

De la protection du propriétaire à la gestion du risque commercial : l'évolution du contrat à forfait en droit québécois

Julie Paquin

Volume 45, Number 1, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1032035ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1032035ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Paquin, J. (2015). De la protection du propriétaire à la gestion du risque commercial : l'évolution du contrat à forfait en droit québécois. *Revue générale de droit*, 45(1), 47–94. <https://doi.org/10.7202/1032035ar>

Article abstract

Although officially conceived as a restatement of existing law, section 2109 CCQ relating to fixed price contracts of enterprise differs in many respects from its predecessor (s. 1690 CCLC). We can therefore ask to what extent the adoption of the Quebec *Civil Code* resulted in, or signalled, a modification of Quebec law on fixed price contracts. In this article, the various interpretations of sections 1690 CCLC and 2109 CCQ are compared, and some of the uncertainties that persist in relation to the interpretation of section 2109 CCQ are underlined. Attempts are then made to account for these uncertainties in light of how the evolution of the concept of contract of enterprise in the course of the 20th century.

De la protection du propriétaire à la gestion du risque commercial : l'évolution du contrat à forfait en droit québécois*

JULIE PAQUIN**

RÉSUMÉ

Malgré la volonté affirmée du législateur de reprendre dans le Code civil du Québec le droit antérieur relatif au contrat à forfait, la formulation de l'article 2109 CcQ diffère sur plusieurs points de celle de son prédécesseur, l'article 1690 CcBC. On peut donc se demander dans quelle mesure l'adoption du Code civil du Québec a entraîné ou signalé une modification du droit québécois en matière de contrats à forfait. Dans le présent article, nous comparerons les diverses interprétations des articles 1690 CcBC et 2109 CcQ et mettrons en lumière certaines incertitudes qui persistent relativement aux effets de ce dernier. Enfin, nous tenterons de mieux comprendre ces incertitudes à la lumière de la manière dont le concept de contrat d'entreprise a évolué au cours du 20^e siècle.

MOTS-CLÉS :

Contrat d'entreprise, forfait, modification du contrat, preuve, risque commercial, obligations de l'entrepreneur.

ABSTRACT

Although officially conceived as a restatement of existing law, section 2109 CCQ relating to fixed price contracts of enterprise differs in many respects from its predecessor (s. 1690 CCLC). We can therefore ask to what extent the adoption of the Quebec Civil Code resulted in, or signalled, a modification of Quebec law on fixed price contracts. In this article, the various interpretations of sections 1690 CCLC and 2109 CCQ are compared, and some of the uncertainties that persist in relation to the interpretation of section 2109 CCQ are underlined. Attempts are then made to account

* L'auteure tient à remercier la Chambre des notaires du Québec pour son appui financier au projet de recherche qui a mené à la rédaction du présent texte.

** Professeure adjointe, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

for these uncertainties in light of how the evolution of the concept of contract of enterprise in the course of the 20th century.

KEY-WORDS :

Contract of enterprise, fixed price contract, contract modification, evidence, commercial risk, contractor obligations.

SOMMAIRE

Introduction.....	48
I. Le contrat à forfait dans le <i>Code civil du Bas Canada</i>	50
A. Origines historiques	50
B. L'article 1690 du <i>Code civil du Bas Canada</i>	55
II. Le <i>Code civil du Québec</i>	66
A. Le contrat à forfait et la révision du <i>Code civil du Bas Canada</i>	66
B. L'article 2109 du <i>Code civil du Québec</i>	69
1. La notion de contrat à forfait.....	70
2. La modification des « conditions d'exécution ».....	73
3. Le cas des sous-entrepreneurs	79
III. L'évolution du contrat à forfait en droit québécois	81
A. L'interprétation de l'article 2109 CcQ: entre rupture et continuité	81
B. De la protection du propriétaire à la gestion du risque commercial	86
Conclusion	93

INTRODUCTION

Le *Code civil du Québec* (CcQ), adopté en 1991 par l'Assemblée nationale du Québec, a profondément remanié le droit relatif aux contrats d'entreprise. Alors que dans le *Code civil du Bas Canada* (CcBC), le contrat d'entreprise était considéré comme une forme de louage, le « louage d'ouvrage par devis et marchés », visé par seulement 15 dispositions, le *Code civil du Québec* a fait du « contrat d'entreprise ou de service » un contrat nommé à part entière, auquel s'applique un ensemble de dispositions formant un cadre beaucoup plus général. Malgré ce profond remaniement, qui a entraîné un élargissement considérable de la notion de contrat d'entreprise, il semble que dans le cas de plusieurs dispositions du nouveau *Code*, la volonté du législateur

ait été de reprendre le droit en vigueur, et non de le modifier en profondeur. Ainsi, plusieurs des dispositions qui figurent au chapitre du CcQ sur le contrat d'entreprise sont, si l'on se fie aux commentaires du ministre, directement inspirées du *Code civil du Bas Canada*.

Parmi les dispositions du CcQ censées reprendre, sous une forme nouvelle, le droit antérieur, on compte l'article 2109, qui porte sur le contrat à forfait¹. On pourrait donc être tenté de voir dans cet article une simple reformulation des règles autrefois prévues à l'article 1690 CcBC. Cependant, une comparaison sommaire de ces deux articles révèle l'existence de plusieurs différences entre eux², la plus importante concernant la disparition de ce qui constituait le cœur de l'article 1690 CcBC. En effet, alors que cette dernière disposition exigeait de l'entrepreneur qu'il fournisse une preuve écrite de l'accord du client afin d'obtenir une modification du prix du forfait, l'article 2109 CcQ prévoit quant à lui que le prix fixé reste le même, « à moins que les parties n'en aient convenu autrement », sans prévoir d'exigence particulière quant à la manière de prouver l'existence d'une telle convention.

On peut donc se demander dans quelle mesure l'adoption du *Code civil du Québec* a entraîné, ou a signalé, une modification du droit québécois relatif aux contrats à forfait. Dans le présent article, nous examinerons cette question en relatant d'abord les origines de la notion

1. Voir les commentaires du ministre dans Jean-Louis Baudouin et Yvon Renaud, *Code civil du Québec annoté*, t 2, 17^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 :

Cet article reprend substantiellement le droit antérieur, mais le reformule. Il clarifie les effets liés à l'établissement d'un prix forfaitaire, en l'absence de convention entre les parties, lorsque des modifications aux conditions d'exécution ont été apportées au contrat.

2. Art 2109 CcQ :

Lorsque le contrat est à forfait, le client doit payer le prix convenu et il ne peut prétendre à une diminution du prix en faisant valoir que l'ouvrage ou le service a exigé moins de travail ou a coûté moins cher qu'il n'avait été prévu.

Pareillement, l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut prétendre à une augmentation du prix pour un motif contraire.

Le prix forfaitaire reste le même, bien que des modifications aient été apportées aux conditions d'exécution initialement prévues, à moins que les parties n'en aient convenu autrement.

Art 1690 CcBC :

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur se charge de construire à forfait un édifice ou autre ouvrage, par marché suivant plan et devis, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de changement dans les plans et devis, ni sous celui d'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux à moins que ces changements ou augmentations ne soient autorisés par écrit, et le prix arrêté avec le propriétaire, — ou à moins que la convention sur les deux points, ne soit établie par le serment décisive du propriétaire.

de contrat à forfait en droit civil québécois, ainsi que la manière dont les tribunaux québécois ont appliqué l'ancien article 1690 CcBC. Nous nous pencherons ensuite sur la genèse de l'article 2109 CcQ et sur l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux jusqu'à ce jour, afin de mettre en lumière certaines incertitudes qui persistent à cet égard. Enfin, nous tenterons de mieux comprendre ces incertitudes à la lumière de la manière dont le concept de contrat d'entreprise a évolué au cours du 20^e siècle.

I. LE CONTRAT À FORFAIT DANS LE CODE CIVIL DU BAS CANADA

A. Origines historiques

Le contrat d'entreprise à forfait prend ses origines dans la *locatio operis* du droit romain, contrat par lequel un *conductor* s'engageait à réaliser un ouvrage en échange d'une somme d'argent, la *merces*. L'obligation principale du *conductor* consistait à produire l'ouvrage convenu selon les règles de l'art. Le client (*locator*) devait quant à lui payer la somme fixée pour la réalisation de l'ouvrage.

Le prix de l'ouvrage, fixé d'avance dans le contrat, n'était pas considéré comme immuable en droit romain³ : « Ainsi, le maître était fondé à demander des dommages-intérêts, *id quod interest*, si l'entrepreneur avait de mauvaise foi stipulé un prix excessif. L'ouvrier, de son côté, pouvait poursuivre le maître en supplément du prix, si ce dernier avait dissimulé l'importance du travail à effectuer »⁴. Par ailleurs, le contrat à forfait obligeait le *conductor* à faire tout ce qui figurait sur le plan, mais rien de plus : « [S]il fait plus, il n'aura aucune action pour réclamer un supplément de prix »⁵, à moins que le *locator* ait consenti aux changements. De plus, le *locator* qui refusait de s'engager dans des dépenses non prévues avait le droit de mettre fin aux travaux entrepris s'il s'avisait que le montant fixé au devis allait être dépassé, sans que

3. Louis Michon, *Droit romain : du louage d'ouvrage locatio conductio operis faciendi. Droit français : des enquêtes parlementaires; étude de législation comparée*, thèse de doctorat en droit, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1890 à la p 61; voir aussi Alfred Forgeau, *Droit romain : du louage d'ouvrage. Droit français : théorie des circonstances atténuantes*, thèse de doctorat en droit, Paris, Imprimerie des Écoles, Henri Jouve, 1886 à la p 39.

4. *Ibid* à la p 83.

5. *Ibid* à la p 76.

le *conductor* ait droit à quelque indemnité⁶. Selon Forgeau, cette règle, « souverainement injuste » pour le *conductor*, s'expliquait par le fait que le droit romain visait d'abord à protéger les propriétaires contre les abus commis par des entrepreneurs qui auraient dissimulé les dépenses éventuelles de l'ouvrage⁷.

Dans l'ancien droit français, la *locatio operis* devint le contrat de louage d'ouvrage. Comme en droit romain, les ouvriers qui se chargeaient de faire un ouvrage devaient « répondre des défauts causés par leur ignorance; car ils doivent savoir faire ce qu'ils entreprennent et c'est leur faute s'ils ignorent leur profession »⁸. Quant à la possibilité de modifier le prix fixé, il fallait distinguer selon que le changement était dû à des événements extérieurs aux parties, survenus depuis le devis, comme le mauvais temps ou l'augmentation des prix, et ayant un effet sur la charge de travail de l'entrepreneur, ou au fait que l'entrepreneur n'avait pas prévu correctement les tâches à effectuer pour réaliser l'ouvrage demandé par le client. Dans le premier cas, on considérait que le client n'était pas tenu de payer une somme supérieure à celle convenue, pour deux raisons différentes. D'une part, on estimait que le forfait aurait tout aussi bien pu être à l'avantage de l'entrepreneur qu'à son désavantage, auquel cas il n'aurait pas eu à réduire le montant de sa réclamation envers le client⁹. D'autre part, on considérait qu'il appartenait à l'entrepreneur de prévoir, au moment de fixer le prix, les événements susceptibles d'avoir un effet sur l'exécution du contrat. On pouvait cependant faire exception à cette règle, en cas d'« une augmentation, qui fut telle que personne n'aurait pu la prévoir »¹⁰ ou encore d'une « augmentation excessive », telle que celles survenues en 1720 à la suite de l'effondrement du système monétaire de Law¹¹.

6. Lucien Péronne, *Droit romain : du louage d'ouvrage (locatio conductio operis faciendi). Droit français : des fins de non-recevoir et des prescriptions en matière de transports terrestres et maritimes*, thèse de doctorat en droit, Paris, Imprimerie de la société de typographie, 1885 aux pp 48-49.

7. Forgeau, *supra* note 3 à la p 84.

8. Jean Domat et Joseph Rémy, *Œuvres complètes de J. Domat*, t 1, Paris, Firmin Didot, 1828 à la p 216.

9. François Morenas, *Dictionnaire portatif des cas de conscience, dans lequel outre la résolution des cas qui y sont rapportés, on trouve les principes sur lesquels les décisions sont fondées*, nouvelle édition, t 2, Lyon, Bruyset, 1770 à la p 302 : « Parce que si cet ouvrier en avait employé beaucoup moins à cause que le temps lui aurait été très favorable, il ne serait pas dans l'obligation de rien diminuer de la somme qui lui aurait été promise. (*Conf de Condom*, t 1, *conf 9*, sect 2) ».

10. François Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, t 2, Paris, Grangé et Cellot, 1770 à la p 372.

11. *Ibid.*

Le cas visant un entrepreneur forcé de faire plus de travail que prévu pour atteindre les buts fixés par le client est quant à lui discuté en détail dans le *Traité du louage* de Pothier, qui distingue trois cas de figure relativement à de telles « augmentations d'ouvrage ». Les deux premiers visent les tâches imprévues lors du marché, mais dont la réalisation est nécessaire à la fabrication de l'ouvrage demandé; dans de tels cas, le locateur (soit le client) devait payer à l'entrepreneur la valeur des tâches en question¹², sauf si ces augmentations se révélaient « assez considérables pour qu'elles eussent pu porter le locateur à abandonner l'ouvrage, s'il en eût eu connaissance », auquel cas l'entrepreneur se devait de consulter au préalable son client afin d'obtenir son accord. Le dernier cas concernait les tâches non prévues au contrat, mais non essentielles à la réalisation de l'ouvrage, à l'égard desquelles l'entrepreneur devait, pour obtenir paiement, prouver le consentement du client¹³.

Les règles décrites par Pothier suggèrent que l'objectif du droit de l'époque n'était pas tant de consacrer le caractère immuable du prix fixé par les parties, que de protéger le propriétaire contre des manœuvres visant à l'entraîner dans des dépenses imprévues après la formation du contrat. Selon les travaux préparatoires du *Code civil* de 1804, cette fonction protectrice était également celle que recherchaient les codificateurs lors de l'adoption de l'article 1793 *Code Napoléon* (CN), qui se lit comme suit :

12. Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure, 1778 aux pp 363-64 :

407. Outre le prix porté par le marché, le locateur doit payer aussi celui des augmentations d'ouvrage qu'il a été nécessaire de faire, et qui n'ayant pas été prévues lors du marché, n'en font pas partie. Par exemple, si dans quelque endroit du lieu où devaient se faire les fondements d'un bâtiment que l'entrepreneur s'est chargé de construire, et qu'on croyait un terrain solide, il s'est trouvé d'anciennes fouilles qui ont donné lieu à une augmentation d'ouvrage, le locateur doit payer le prix de cette augmentation.

13. *Ibid* aux pp 364-65. Dans de tels cas, la preuve testimoniale était admissible :

Si les augmentations n'étaient pas à la vérité nécessaires, mais que le conducteur soutenue qu'elles ont été faites de l'ordre, ou du moins du consentement du locateur intervenu depuis le marché, la preuve par témoins en peut être admise, pourvu que la somme demandée pour ces augmentations n'excède pas la somme de cent livres: on ne peut, pour l'empêcher, opposer que lorsqu'il y a un marché par écrit, l'Ordonnance défend la preuve par témoins contre et outre ce qui y est contenu; car l'Ordonnance, par cette disposition, défend bien la preuve par témoins des conventions qu'on prétendrait faire partie du marché, lorsqu'elles ne sont pas exprimées dans l'acte qui en a été fait; mais elle ne défend pas la preuve des nouvelles conventions qu'on prétend être intervenues depuis le marché, et contenir des augmentations de ce marché.

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte d'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changemens ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changemens ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.

Selon les codificateurs, cet article avait pour but de mettre les propriétaires à l'abri des manœuvres d'entrepreneurs peu scrupuleux, en leur évitant « une surprise qui était très commune. Les architectes avaient coutume de suggérer au propriétaire l'idée de faire quelques changements au plan adopté, et quelques légers que ces changements fussent, les architectes soutenaient que le devis se trouvait annulé »¹⁴.

La fonction de protection de l'article 1793 CN est également mentionnée par plusieurs auteurs. Lepage, notamment, indique que cette disposition visait à mettre fin à une indulgence trop grande des tribunaux envers les entrepreneurs :

[I]l était fort ordinaire de voir les contestations s'élever sur la fixation du prix. L'entrepreneur prétendait tantôt que les matériaux ou la main-d'œuvre étaient renchérissés depuis la conclusion du marché; tantôt il soutenait que, pour répondre aux désirs du propriétaire, il avait été fait différents changemens au plan arrêté, et que, par égard pour celui dont il avait la confiance, il n'avait pas voulu exiger que les changemens demandés fussent constatés par écrit. Le poids de diverses considérations que l'on ne manquait pas d'accumuler en faveur de l'entrepreneur ne décidaient que trop ordinairement les juges à lui accorder l'objet de sa demande¹⁵.

14. Intervention de M. Tronchet rapportée dans P A Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t 14, Paris, 1827 à la p 265.

15. P Lepage, *Lois des bâtimens, ou le nouveau Desgodets contenant la théorie et la pratique*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H Tarlier, 1836 aux pp 281-82. Voir aussi L..., ancien avocat, *Traité des devis et marchés, selon les codes Napoléon et de commerce*, Paris, Baudouin & Co, 1809 à la p ii; Jean-Jules Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, Paris, Auguste Durand, 1856 aux pp 243-44; François Laurent, *Principes de droit civil*, 4^e éd, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1887 à la p 80; Alexandre Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t 17, 3^e éd, Paris, Alex-Gobelet, 1834 à la p 249 au para 256; J M Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t 6, 6^e éd, Paris, Marescq, 1866 à la p 193; Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t 6, 6^e éd, Paris, Delamotte, 1868 aux pp 564-65.

Cette indulgence des tribunaux envers les entrepreneurs perdure après l'adoption de l'article 1793 CN, qui fait l'objet d'une interprétation restrictive. Dans son étude jurisprudentielle réalisée en 1872, Masselin fait ainsi état des diverses conditions à remplir pour qu'un propriétaire puisse bénéficier de l'application de l'article 1793 CN. D'abord, il doit s'agir d'un réel marché à forfait :

La volonté du propriétaire de ne dépenser qu'une somme fixe, déterminée, doit être expressément indiquée dans le marché; comme aussi et surtout la volonté du propriétaire de rejeter à l'avance toute dépense supplémentaire, sous quelque prétexte que ce soit, doit être nettement manifestée¹⁶.

L'article 1793 CN n'est par ailleurs pas applicable lorsque la convention donne au propriétaire le droit de demander des changements et fixe leur prix. De plus, il ne trouve application qu'en présence de plans arrêtés et convenus, soit des plans suffisamment complets et signés par les parties contractantes.

En ce qui concerne les travaux supplémentaires devant être entrepris pour réaliser les fondations d'un édifice, Masselin mentionne une condition additionnelle qui vient encore limiter la portée de l'article 1793 CN. Suivant Pothier, Masselin mentionne ainsi que :

S'il est vrai qu'en vertu du principe que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134 du *Code civil*), le prix, une fois accepté par l'entrepreneur, le lie définitivement, il est non moins vrai qu'il y a lieu d'allouer un supplément de prix s'il est démontré par les faits de la cause : premièrement « que cet entrepreneur ne s'est pas engagé coûte que coûte, à descendre à ses frais, risques et périls, les fondations de l'édifice, à quelque profondeur que ce soit; et deuxièmement, que cet entrepreneur a pris à sa charge tout l'imprévu pouvant résulter de l'état du sol, bien que n'étant connu de lui qu'imparfaitement »¹⁷.

Ainsi,

lorsque le marché dit simplement « que les fondations descendront sur le bon sol » sans stipuler formellement la prise en charge par l'entrepreneur de tout l'aléa, ainsi qu'il est expliqué

16. Onésime Masselin, *Nouvelle jurisprudence et traité pratique sur les devis dépassés et travaux supplémentaires publics ou particuliers traités à forfait ou au mètre*, Paris, Ducher, 1879 à la p 10.

17. *Ibid* aux pp 22-23.

ci-dessus, une telle clause ne peut avoir pour effet de faire supporter tout l'imprévu à l'entrepreneur s'il est démontré que l'état du sol ne pouvait être connu qu'imparfaitement¹⁸.

Il semble donc que l'article 1793 CN avait essentiellement pour rôle de protéger le propriétaire qui, placé devant un fait accompli auquel il n'aurait pas eu l'occasion de s'opposer, ferait face à des réclamations pour des travaux réalisés par un entrepreneur sans son consentement préalable.

B. L'article 1690 du *Code civil du Bas Canada*

L'article 1793 CN a servi d'inspiration aux rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* en ce qui concerne le traitement à accorder au contrat à forfait. La proposition initiale des codificateurs à ce sujet se lisait comme suit :

77. Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur se charge de construire à forfait un édifice ou autre ouvrage par marché suivant plans et devis, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de changement dans les plans et devis, ni sous celui d'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, à moins que ces changements ou augmentations ne soient autorisés par écrit, et le prix arrêté avec le propriétaire¹⁹.

Les commentaires des codificateurs indiquent que cet

[a]rticle 77, pris de l'article 1793 CN, est suggéré pour établir une règle dont le besoin s'est grandement fait sentir en ce pays. La nécessité imposée à l'entrepreneur d'obtenir une autorisation écrite pour lui faire obtenir le paiement des ouvrages *extra* a été sagement adoptée en France, et tous les commentateurs du *Code Napoléon* n'en parlent qu'avec des louanges²⁰.

Cette disposition, adoptée à l'article 1690 du *Code civil du Bas Canada*, fut par la suite modifiée en 1888. On s'éloigna alors du modèle français, en ajoutant à la fin de l'article les mots « ou à moins que

18. *Ibid* à la p 24.

19. Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles, *Code civil du Bas Canada. Quatrième et cinquième rapports*, Québec, George E Desbarats, 1865 à la p 35.

20. *Ibid*.

la convention sur les deux points, ne soit établie par le serment décisoire du propriétaire»²¹.

L'examen de la jurisprudence relative à l'article 1690 CcBC²² permet de répertorier deux types de situations dans lesquelles cet article était invoqué, soit, d'une part, les cas de modification des plans et devis et, d'autre part, les cas d'augmentation du coût de la main-d'œuvre ou des matériaux en cours de réalisation des travaux. Les premiers cas, qui représentent la grande majorité des décisions judiciaires portant sur l'application de l'article 1690 CcBC, mettent en cause des travaux non inclus dans le montant du forfait et qui, selon les entrepreneurs, auraient été demandés ou approuvés par le propriétaire. Conformément à la tendance des tribunaux français, les juges québécois ont adopté en cette matière une approche restrictive relativement à l'application de l'article 1690 CcBC. Dès 1888, la Cour de révision qualifie la règle posée par l'article 1690 CcBC de « règle exceptionnelle et rigoureuse, exorbitante du droit commun »²³, ne pouvant recevoir application que dans des conditions très précises. En cas de doute, celui-ci devait donc être résolu en faveur de l'entrepreneur²⁴.

Les juges québécois étaient peu susceptibles de rejeter les réclamations des entrepreneurs sur la base de l'absence d'une preuve écrite de l'accord du propriétaire. Quatre raisons principales, dont deux rejoignent certains des motifs mentionnés par Masselin, étaient invoquées par les tribunaux pour conclure à l'inapplicabilité de l'article 1690 CcBC. La première de ces raisons concerne la notion de contrat à forfait « par marché suivant plan et devis », qui requiert la présence de plans et devis, ainsi que d'un prix fixé à l'avance. Ainsi, la règle de l'article 1690 CcBC était considérée comme étant non applicable lorsque, bien que le marché soit à forfait, il ne comportait pas de plan suffisamment

21. Loi 51-52 Vict, c 22, sanctionnée le 12 juillet 1888.

22. Afin de procéder à cette analyse, nous avons dressé une liste de décisions faisant mention de l'article 1690 CcBC et rapportées dans les recueils de jurisprudence québécois et les bases de données de Soquij et Westlaw; de ce nombre, nous en avons retenu 96 que nous avons considérées comme pertinentes relativement à l'application ou la non-application de l'article 1690 CcBC.

23. *Corriveau c Roy* (1988), 15 QLR 90 aux pp 91-92.

24. *Duranceau c Cité de Montréal* (1939), 77 CS 19 à la p 23 : « même s'il y avait doute sur le point de savoir si les règles rigoureuses de l'art. 1690 CC, s'appliquent à un contrat d'entreprise en particulier, ce doute doit bénéficier à l'entrepreneur et les règles ordinaires de la preuve doivent être appliquées ».

précis indiquant les ouvrages à faire ou de devis détaillé des travaux²⁵, ou de spécifications tenant lieu de tels plans et devis.

Le deuxième motif avait trait au caractère « relatif », et non absolu du forfait, l'article 1690 CcBC ne s'appliquant que dans les cas de forfait pur et simple. Ainsi, dès 1898, les tribunaux estimèrent que l'article 1690 CcBC « ne saurait être étendu au cas où les parties elles-mêmes, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses et conditions qui le modifient »²⁶. Le fait pour le propriétaire de se réserver le droit de modifier, à la hausse ou à la baisse, l'étendue des travaux à réaliser, constituait une renonciation au bénéfice de l'article 1690 CcBC et faisait en sorte d'exclure le contrat de la catégorie des contrats à forfait visés par cet article²⁷.

Troisièmement, suivant le texte de l'article 1690 CcBC, qui mentionnait le « propriétaire », et conformément à la fonction protectrice qui était attribuée à cette disposition, les tribunaux considéraient qu'une preuve écrite n'était requise que dans le cas de contrats conclus entre un entrepreneur et un propriétaire, les contrats à forfait entre entrepreneurs et sous-traitants étant quant à eux soumis aux règles ordinaires en matière de preuve²⁸.

Finalement, la règle de l'article 1690 CcBC était considérée comme ne visant « que les travaux spécifiés au contrat et désignés aux plans et devis ainsi que les ouvrages qui leur sont accessoires, mais non les

25. Voir notamment *Charlebois c Lamarre*, [1951] BR 496; *Ferland c Laflamme* (1905), 27 CS 66; *Riendeau c Derome*, [1943] BR 459; *Damien Lalonde Ltée c Les galeries parisiennes Ltée*, [1917] 51 CS 134; *Michaud c Jeannotte*, [1963] BR 370; *Caisse c Besette*, [1917] 52 CS 199; *Champagne c Langlois* (1934), 40 RL 407; *R Bélanger inc c Lussier* (1976), AZ-76031164 (Azimut) (Qc CP); *St-Romuald Milling in Transit Ltée c Drouin*, [1972] CA 438; *Dussault c Hébert*, [1947] CS 226; *Saucier c Succession JA Aumais*, [1944] RL 257; *Parent c St-Hilaire*, [1974] CS 444.

26. *Legault c Lallemand*, [1898] 4 R de J 245 aux pp 251-52.

27. Voir par exemple *Quinlan v Redmond* (1910), 39 CS 145 à la p 147:

The first of these covenants or set of covenants giving the owner, through his architects, the right to make any alterations to the plans and specifications with a corresponding increase or diminution in the price, takes the contract out of the class of contracts contemplated in article 1690 CC. It ceases to be an undertaking on a fixed plan for a fixed price, or as the civil law expresses it, a locatio conductio operis per aversionem.

28. Voir par exemple *Robert v Chartrand* (1893), 3 CS 339 à la p 341:

Considering that article 1690, CC, invoked by defendant as preventing plaintiffs' making testimony of said additional works otherwise than by writing of the decisory oath of defendant, has no application in the present cause, said article dealing only with the relation between the proprietor of a building or other works, and his architect or contractor, and not being intended to govern or governing the relation between a contractor and his sub-contractor.

travaux relatifs à des ouvrages non prévus au contrat »²⁹. Ces derniers travaux, qui n'étaient pas visés à l'article 1690 CcBC³⁰, demeuraient donc payables et prouvables selon les règles ordinaires. Cette distinction exigeait des tribunaux qu'ils déterminent, pour chaque réclamation qui leur était soumise, si elle se rapportait effectivement à un « changement dans les plans et devis » ou à des travaux sans lien avec les plans et devis en question, faisant l'objet d'une convention distincte pouvant être prouvée selon les règles ordinaires. Conformément à l'approche restrictive adoptée relativement à l'article 1690 CcBC, « on jugeait qu'en cas de doute » pour savoir si un ouvrage constitue un extra ou non au sens de cet article, l'interprétation la plus favorable à l'entrepreneur devait être choisie³¹.

Ce n'est que dans les cas, peu nombreux, où les tribunaux jugeaient l'article 1690 CcBC applicable que ceux-ci devaient se prononcer sur le type de preuve requis par cette disposition. À cet égard, il convient de distinguer les changements dans les plans et devis, qui, suivant le texte de l'article 1690 CcBC, devaient être « autorisé[s] par écrit », et le prix de ces changements, qui devait être « arrêté avec le propriétaire », « à moins que la convention sur les deux points ne soit établie par le serment décisoire du propriétaire ».

En ce qui concerne l'accord du propriétaire sur les changements, l'article 1690 CcBC était considéré comme requérant une preuve suffisamment précise de l'accord du propriétaire « quant à chaque extra dont le prix lui est réclamé »³². Pour ce qui est de la forme que devait

29. Comme l'indique le juge Loranger dans *MacKay c Davy* (1930), 36 RL ns 140 à la p 148 (CS), « [t]out changement suppose un état de chose existant que l'on altère, modifie ou retranche. Pour changer ou modifier une chose, il faut qu'elle existe dans une certaine forme »; voir aussi *Plante Construction Ltée c Bosada*, [1960] RP 319 aux pp 321-22 [*Bosada*]: « Pour savoir si les travaux complémentaires, ou extras, peuvent être réclamés, il faudra d'abord savoir quelle sorte de travaux additionnels ont été faits. S'ils sont complètement en dehors du contrat et ne sont pas le résultat de changements dans les plans et devis, l'article 1690 ne s'appliquerait pas ».

30. On note, dans la jurisprudence et la doctrine relatives aux articles 1690 CcBC et 2109 CcQ, une utilisation fréquente du terme « extra », auquel on attribue des sens variables selon les auteurs et les époques. En effet, alors que ce terme était initialement utilisé pour désigner les travaux découlant de modifications aux plans et devis, qui étaient donc couverts par ces dispositions, il est plus couramment utilisé de nos jours pour désigner au contraire les travaux extérieurs au contrat à forfait, et donc non visés par l'article 2109 CcQ. En raison de cette confusion terminologique, nous avons choisi d'éviter l'utilisation du terme « extra » dans le présent texte. Nous parlerons plutôt de travaux découlant de changements dans les plans et devis ou de modifications du contrat à forfait, et de travaux distincts, découlant d'un nouveau contrat indépendant du contrat à forfait initial.

31. *Dussault c Hébert*, *supra* note 25 à la p 229.

32. *Towstuck c Brisebois*, [1948] BR 292 à la p 297.

revêtir cet accord, rappelons que jusqu'en 1888, l'article 1690 CcBC, suivant son modèle français, exigeait une preuve écrite. Les tribunaux considéraient néanmoins que l'écrit pouvait être remplacé par un aveu du propriétaire, si cet aveu avait été fait de façon volontaire³³. Selon Faribault, la modification de l'article 1690 CcBC de manière à permettre la preuve sous forme de serment décisoire du propriétaire visait justement à « mettre fin à une certaine incertitude »³⁴ de la jurisprudence quant à l'admissibilité d'une preuve non écrite. Cette solution se révéla cependant de courte durée, le serment décisoire ayant été aboli en 1897. Appelée à se prononcer sur l'incidence de cette abolition à l'égard de l'article 1690 CcBC, la majorité de la Cour de révision conclut qu'il était possible de suppléer à l'absence d'écrit par un aveu fait par le propriétaire dans le cadre d'un interrogatoire comme témoin ordinaire. Selon le juge Guérin,

[v]ainement prétendra-t-on contre l'esprit et la lettre de notre législation moderne, que lorsqu'un propriétaire aura changé de son propre gré les plans et devis de sa construction, ou aura augmenté la main d'œuvre ou les matériaux de son contrat, il ne sera pas condamné à en payer le prix, si, entendu sous serment, il est obligé, pour sauver sa bonne foi et son honneur, d'admettre que c'est bien lui qui a autorisé les changements, et que c'est bien lui qui a autorisé son architecte à en payer le prix selon leur juste valeur. [...]. [I]l suffit maintenant de conserver l'esprit et le sens de l'article 1690 C.c., en examinant le défendeur selon la procédure ordinaire, mais en tenant tout de même son serment pour *décisoire* sur les deux points mentionnés dans l'article. [...]. Rien en effet de plus équitable. Et c'est aussi la véritable interprétation que nous devons donner à l'article 1690 C.c.³⁵ [italique dans l'original]

33. *Beckham v Farmer* (1978), 22 LCJur 261 à la p 262 : « *The respondent in the present case did not object to the questions submitted to him. He voluntarily answered them, and according to the arrêt just cited, he thereby renounced the right to invoke the Art. 1690* ». Voir aussi Léon Faribault, *Traité de droit civil du Québec, vol 12 : du louage*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951 à la p 452.

34. *Ibid.*

35. *Ouimet c Racette* (1909), 38 CS 151 aux pp 155-56; voir aussi *Jacques c Bigras*, [1981] RL 91, AZ-81121031 (Azimut) (Qc CP) à la p 92 :

[L]a preuve révèle que le défendeur n'a pas autorisé par écrit le demandeur à modifier la nature du travail prévu au plan. Toutefois, dans la présente cause, le défendeur a admis avoir autorisé des modifications et des additions, ce qui équivaut au serment décisoire prévu à l'article 1690 CC.

Par ailleurs, les tribunaux admettaient également que l'accord écrit du propriétaire ou de son représentant autorisé ne devait pas obligatoirement précéder l'exécution des travaux, mais qu'il pouvait être donné par la suite³⁶.

Quant à l'entente relative au prix des changements aux plans et devis, les tribunaux québécois s'inspirèrent de la jurisprudence française, selon laquelle il n'était pas nécessaire de prouver par écrit le prix en question. En effet, selon Troplong,

[I]l faut, sans doute, que le prix soit convenu d'avance; l'architecte ne pourrait, à défaut de convention, demander à faire estimer les travaux par experts; mais autre chose est la convention sur le prix, autre chose est la preuve de cette convention. Si l'architecte prouve, par un interrogatoire sur faits et articles ou par le serment, que la convention sur le prix des travaux a positivement eu lieu, que telle somme a été fixée pour les travaux additionnels à exécuter, il sera écouté dans sa réclamation³⁷.

Une question additionnelle concernait la possibilité pour un entrepreneur de se faire payer pour des changements approuvés par le propriétaire, mais dont le prix n'avait pas été préalablement fixé. Cette question a été abordée dans un très petit nombre de cas, dans lesquels la preuve avait établi la conclusion d'un accord quant aux modifications, mais non sur le prix de celles-ci. Ces décisions révèlent l'existence de deux approches parmi les juges québécois à ce sujet. Pour certains, il est absolument essentiel de prouver qu'il y a bel et bien eu accord préalable des parties sur la valeur des travaux pour permettre à l'entrepreneur de réclamer un supplément de prix. Ainsi, dans *MacKay c Davy*, le juge Loranger note que, bien que la preuve ait établi que le propriétaire était au courant de la construction et surveillait lui-même la

36. *Bayard c Drouin* (1902), 22 CS 420 aux pp 422-23:

Le but de la loi, en exigeant une autorisation par écrit du propriétaire pour permettre au contracteur [sic] de recouvrer le coût de travaux extras, a été de prévenir les multiples recours que les contracteurs [sic] ou constructeurs pourraient faire, pour des travaux exécutés à l'insu du propriétaire et partant, prévenir les procès qui en résulteraient. Ce danger ne peut être encouru si, après les travaux, le propriétaire, ou son agent, l'architecte, ont sciemment et volontairement reconnu, par écrit, que le contracteur [sic] avait un recours pour travaux extras.

37. Raymond Théodore Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De l'échange et du louage. Commentaires des titres 7 et 8 du livre III du Code civil*, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1841 à la p 277, n° 1019. Voir aussi *Beckham v Farmer*, *supra* note 33 à la p 263 (« the agreement as to prices need not be in writing, but may be proved otherwise »).

réalisation des travaux, cela ne suffisait pas à justifier la demande de supplément de prix de l'entrepreneur :

je crois que la doctrine est bien définie, et la jurisprudence est constante à l'effet que le contracteur ne peut réclamer de supplément pour des travaux additionnels sur un contrat à forfait avec spécifications sans un écrit du propriétaire à moins que ce dernier n'admette avoir admis les travaux et avoir convenu du prix. Or nous avons la preuve que le défendeur a bien ordonné les travaux, mais nous avons sa dénégation quant au prix des additions qui ont été faites en rapport avec le contrat³⁸.

Pour d'autres, dont la Cour du banc de la reine dans *Towstuck c Brisebois*, « [i]l va de soi cependant que si le propriétaire reconnaît que le prix d'un extra autorisé n'a pas été fixé, arrêté, ce prix ou une valeur dûment allégué, puisse encore être établi par les moyens de preuve de droit commun »³⁹. Une approche similaire a aussi été adoptée par la Cour de révision dans l'affaire *Ouimet c Racette*⁴⁰, dans laquelle on a conclu que l'aveu du propriétaire qu'il avait convenu de payer les modifications « *le prix que ça aurait valu* » [italique dans l'original] était suffisant pour établir la preuve d'une entente sur le prix aux termes de l'article 1690 CcBC.

Certains cas touchant la modification des plans et devis présentent un intérêt particulier en ce qu'ils concernent des changements devant nécessairement être apportés aux plans ou aux devis afin de tenir compte de conditions différentes de celles qui étaient envisagées par les parties au moment de la conclusion du contrat. En effet, ces cas ne concernent pas un entrepreneur qui tenterait, par des manœuvres dolosives, d'obtenir un prix supérieur à celui fixé pour la réalisation des travaux. On peut donc se demander dans quelle mesure l'article 1690

38. *Mackay c Davy*, *supra* note 29 aux pp 150-51; de même, dans *St-Laurent (Cité de) c Boudrias*, [1974] CA 473, le juge en chef Tremblay de la Cour d'appel mentionne que, pour être conforme aux exigences de l'article 1690 CcBC, un « ordre écrit d'exécuter les travaux doit être précédé de l'estimation du coût des changements et doit contenir "le prix fixé à forfait". Si un tel ordre n'est pas émis, l'entrepreneur encourt la "peine de non paiement" ».

39. *Towstuck c Brisebois*, *supra* note 32 à la p 297. Ce principe, qui vise à éviter l'enrichissement d'un propriétaire ayant par ailleurs consenti à des travaux additionnels, a été appliqué dans *Bosada*, *supra* note 29. Voir également *Redbrooke Estates Ltd c EGM Cape & Company (1956) Ltd*, [1974] JQ 799-330, (1974), AZ-50424205 (Azimut) à la p 86 (Qc CS) : « même lorsque l'article 1690 est applicable, si un ouvrage additionnel a été autorisé, comme c'est le cas actuellement (ex. P-341) et que le prix n'en a pas été convenu, [...] la valeur de l'ouvrage peut être établie en suivant les règles de la preuve ».

40. *Ouimet c Racette*, *supra* note 35 à la p 154.

CcBC, conçu d'abord, comme on l'a vu, pour protéger le propriétaire contre ce genre d'abus, était considéré comme pertinent dans l'analyse de telles situations.

Le corpus portant sur l'analyse de la jurisprudence contient un très petit nombre de décisions portant sur tels cas. Cela peut être dû soit au fait que l'article 1690 CcBC a été rarement invoqué dans des situations comportant de nouvelles conditions, ou encore au fait que les décisions analysées sont souvent très courtes et fournissent peu d'indices quant aux motifs ayant mené à la modification du contrat et à la réclamation de l'entrepreneur. Il est donc possible de penser qu'un certain nombre de cas fondés sur la découverte de nouvelles conditions ont été traités de la même manière que ceux relatifs à des changements demandés par le propriétaire ou effectués par l'entrepreneur pour d'autres motifs⁴¹.

La plus ancienne décision que nous avons trouvée à ce sujet est l'affaire *Fraser, Brase & Co v Canadian Light and Power Company*, rendue en 1915 par la Cour de révision. Dans cette affaire, un entrepreneur s'était engagé à construire un batardeau, suivant des plans fournis par le client. Or, après la réalisation de l'ouvrage, on constata qu'il ne permettait pas d'atteindre les fins poursuivies par sa construction, soit l'assèchement d'un canal dans lequel on désirait effectuer des travaux. Divers travaux supplémentaires furent alors réalisés par l'entrepreneur, qui présenta une réclamation correspondant aux coûts additionnels encourus. Après que la Cour supérieure eut fait droit à la réclamation, l'affaire fut soumise à la Cour de révision. Dans son opinion majoritaire, le juge Charbonneau procéda alors à l'analyse du contrat, qui prévoyait notamment que, malgré les plans fournis par le propriétaire, l'entrepreneur demeurerait libre de soumettre d'autres plans pour la construction, étant entendu qu'il demeurerait responsable de l'efficacité du batardeau en question. Le contrat précisait également que l'entrepreneur devait supporter toute perte relative à la nature du sol ou du travail à effectuer. Ainsi, selon le juge Charbonneau,

[t]he contractor did not agree to build a certain coffer-dam according to plans and specifications, but to build a dam that will absolutely close the water out, so that the work can be done behind it, and that for a lump sum of 18,500\$. With such a contract I fail to see how the contractor can claim any extra for the work

41. Il convient de noter que nous n'avons retenu que les décisions impliquant l'application de l'article 1690 CcBC, et exclu ainsi celles traitant des contrats à forfait relatif.

*that he had to do to seal his coffer dam so as to make it effective, especially in face of Art. 1690 CC which enacts that he cannot claim any additional sum upon the ground of a change of plan or specification or of an increase in the labor and material, unless such change or increase is authorized in writing and the price thereof is agreed upon*⁴².

Deux remarques méritent d'être faites quant à la mention de l'article 1690 CcBC dans cette décision. D'abord, elle n'est qu'accessoire à la décision, qui repose essentiellement sur l'interprétation des clauses contractuelles. Ensuite, elle est faite de façon isolée, sans aucune discussion relativement à la qualification du contrat comme contrat à forfait absolu sur plans et devis. Or, on peut à juste titre se demander dans quelle mesure un contrat qui ne lie pas les parties quant au plan devant être suivi constitue effectivement un contrat « sur plans et devis » visé à l'article 1690 CcBC.

Quelques mois à peine après l'affaire *Fraser*, la Cour de révision fut de nouveau appelée à se prononcer sur l'admissibilité de la réclamation d'un entrepreneur ayant fait face à des conditions imprévues. Dans l'affaire *Wilson et al c Hull (Cité de)*, l'entrepreneur s'était engagé à exécuter des travaux de creusage pour un prix fixé d'avance, qu'il avait établi en se fondant sur des plans fournis par le propriétaire qui n'indiquaient pas la présence de roc dans le sol. Lors de l'exécution des travaux, l'entrepreneur rencontra une grande quantité de roc vif. Il avisa le propriétaire de ce fait, mais continua néanmoins le travail, pour lequel il réclama une somme supplémentaire au forfait initial. Dans deux séries de motifs, la Cour de révision confirma les jugements antérieurs faisant droit à la réclamation. Se fondant sur des précédents anglais, mais sans mentionner l'article 1690 CcBC, le juge Archibald conclut à la nullité du contrat :

The proposition of law supported by these cases is the following: When a contract is made with reference to certain anticipated circumstances, and where, without any default of either party, it becomes wholly inapplicable or impossible of application to any such circumstances, it ceases to have any application. It cannot

42. *Fraser, Brase & Co v Canadian Light and Power Company*, [1916] 49 CS 145 à la p 150 [Fraser]. Un raisonnement similaire a aussi été adopté dans la décision *R v Paradis & Farley inc*, [1942] RCS 10, 1941 CanLII 48 (CSC) rendue sans égard à l'article 1690 CcBC, dans laquelle un contrat contenait une clause d'acceptation des risques liés à toutes difficultés éventuelles par l'entrepreneur.

*be applied to other circumstances which could not have been in contemplation of the parties in the contract so made*⁴³.

Pour sa part, le juge Bruneau se rapporta aux principes élaborés en France relativement à l'article 1793 CN pour conclure qu'il y avait en l'espèce une erreur ayant vicié le consentement de l'entrepreneur. Selon lui,

[l]es autorités françaises citées par les demandeurs sont péremptoires. Les auteurs et les tribunaux ont accordé un supplément de prix dans des circonstances absolument identiques à celles de la présente espèce. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a décidé, plusieurs fois, que si un entrepreneur, qui s'est chargé, comme les demandeurs en cette cause, d'effectuer à forfait certains déblais sur un terrain considéré comme meuble dans toute son épaisseur, rencontre un terrain pierreux ayant pour sous-sol un banc de schiste, il se trouve en présence d'un travail à faire tout autre que celui qu'il avait promis, et il pourra demander une augmentation de prix ou la résiliation de son marché. Il en sera de même, s'il y a des erreurs dans le métré ou des omissions dans le devis⁴⁴.

De même, dans *Eastern Constructors Ltd v Montréal (City of)*, la Cour supérieure, saisie d'une demande en nullité d'un contrat présentée par un entrepreneur, fit appel aux autorités françaises pour déterminer que, bien que les conditions découvertes étaient assez importantes et imprévues pour changer la nature du travail à faire et ainsi donner lieu à l'annulation du contrat, l'entrepreneur n'y avait pas droit, car il aurait dû, afin de protéger adéquatement le propriétaire, arrêter immédiatement les travaux et tenter de négocier un nouvel arrangement avec lui. Selon la Cour, en effet, «*[t]o allow a contractor to continue and complete his work without some definite understanding or undertaking with the owner as to compensation would in many cases, be creating dangerous and hazardous position as regards the owner*»⁴⁵.

Les décisions portant sur les changements aux plans et devis indiquent donc que les tribunaux québécois ont adopté une approche restrictive quant à l'application de l'article 1690 CcBC dans de tels cas, d'abord en limitant le type de contrat tombant dans la catégorie de contrats à forfait, puis en limitant l'article 1690 CcBC aux seuls travaux

43. *Wilson et al c Hull (Cité de)* (1915), 48 CS 238 aux pp 240-41.

44. *Ibid* aux pp 242-43.

45. *Eastern Constructors Ltd c Montréal (City of)* (1936), 74 CS 196 à la p 204.

constituant de véritables changements aux plans et devis, cette notion étant elle-même interprétée restrictivement pour en exclure tout travail non accessoire au contrat initial. Cette attitude des tribunaux, globalement favorables aux entrepreneurs, peut s'expliquer à la lumière de l'objectif principal de l'article 1690 CcBC, soit celui de « protéger les propriétaires ignorants et crédules »⁴⁶ contre « le dol de l'entrepreneur »⁴⁷. Le respect de la lettre de la loi se heurte donc chez les juges au besoin de permettre à un entrepreneur de bonne foi, mais ayant omis d'obtenir l'autorisation écrite prescrite, d'être indemnisé pour la valeur des travaux qu'il a réalisés au bénéfice du propriétaire, surtout dans les cas où le propriétaire a lui-même demandé les modifications ou les a approuvées par ailleurs. Dans les cas de modifications liées à des conditions imprévues, on sent de même une certaine ouverture des juges à considérer les réclamations des entrepreneurs, en leur permettant d'obtenir l'annulation du contrat et une rémunération visant à éviter l'enrichissement du propriétaire à leurs dépens si, avant de poursuivre les travaux, ils ont avisé au préalable le propriétaire. Encore une fois, la nécessité de protéger le propriétaire semble jouer un rôle déterminant dans le traitement des réclamations des entrepreneurs, qui pourront être indemnisés seulement dans la mesure où ils n'ont pas fait en sorte de mettre le propriétaire devant un fait accompli en réalisant des travaux non approuvés au préalable, le forçant ainsi à faire une dépense qu'il n'aurait pas faite autrement.

Par ailleurs, un petit nombre de décisions judiciaires portant sur l'application de l'article 1690 CcBC concerne des cas où un entrepreneur réclame des sommes additionnelles en raison non pas de la modification des plans et devis, mais plutôt de la survenance, en cours d'exécution du contrat, de circonstances imprévues comme une grève⁴⁸ ou l'imposition de nouvelles taxes⁴⁹ ou de décrets⁵⁰ fixant les salaires payables par l'entrepreneur. Dans toutes les décisions portant sur de telles situations, les tribunaux ont appliqué strictement les

46. *Mackay c Davy*, *supra* note 29 à la p 149.

47. Faribault, *supra* note 33 à la p 451. Voir aussi Melvin L Rothman, « Litigation Points in Construction Contracts » (1965) 11:3 McGill LJ 194 à la p 195 (« *The purpose of this article is to protect the owner from any fraudulent or unwarranted claims by the contractor* »).

48. *A.S. Transport inc c St-Bruno-de-Montarville (Ville de)* (1986), AZ-87031020 (Azimut) (Qc CP).

49. *Boissoneault et Bisson inc c Commission scolaire Rouyn-Noranda*, (1982) JE-82-878 (Qc CP); *Construction G Di Iorio inc c Pointe-Claire (Ville de)*, [1991] RDFQ 233, (1991), AZ-91021552 (Azimut) (Qc CS); *L'Archevêque & Rivest Ltée c Commission scolaire Le Gardeur* (2007), JE 2007-2089 (Qc CS).

50. *Théberge Ltée c R*, [1970] RC de l'É 648; *Cétill inc c Hôtel-Dieu de Montréal* (1996), AZ-96021237 (Azimut) (Qc CS).

exigences de l'article 1690 CcBC et refusé la réclamation de l'entrepreneur. Cette attitude intransigeante des tribunaux, qui contraste avec celle adoptée dans le cas de modification des plans et devis, peut s'expliquer par la logique différente qui sous-tend la deuxième partie de l'article 1690 CcBC. En effet, on peut supposer que les réclamations de l'entrepreneur se rapportant aux augmentations des coûts qu'il aura à supporter constituent rarement des tentatives dolosives d'obtenir des sommes additionnelles, du moins dans les cas où ces augmentations de coût sont établies. Le but de l'article 1690 CcBC n'est pas ici de protéger le propriétaire contre des manœuvres de son cocontractant, mais de répartir entre les parties les risques liés à de telles augmentations. Ainsi, selon Faribault, le fait de refuser une augmentation de prix « n'est que justice lorsqu'il s'agit d'une augmentation du coût des matériaux ou de la main-d'œuvre; car s'il avait diminué, au lieu d'augmenter, l'entrepreneur en aurait bénéficié »⁵¹.

II. LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

A. Le contrat à forfait et la révision du *Code civil du Bas Canada*

Lors des travaux préparatoires du *Code civil du Québec*, la question de la gestion des changements dans le contrat à forfait est d'abord traitée par le comité du droit de l'entreprise de l'Office de révision du Code civil, qui propose le maintien de la règle posée par l'article 1690 CcBC, avec cependant quelques légères différences par rapport à ce dernier. D'abord, la règle est élargie pour couvrir tous les contrats à forfait, et non seulement les contrats sur plans et devis, mais elle est restreinte dans un même temps aux cas où le contrat à forfait est lui-même écrit⁵². Ensuite, l'article 13 proposé ne contient plus de mention des motifs qui pourraient fonder une demande d'augmentation de la part de l'entrepreneur. Le Comité se montre par ailleurs sensible aux difficultés que rencontrent les entrepreneurs qui font face à des

51. Faribault, *supra* note 33 à la p 451.

52. Québec, Office de révision du Code civil. Comité du droit de l'entreprise, *Rapport sur le contrat d'entreprise XIII*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1971 à la p 36:

Le texte proposé reproduit en substance les dispositions de l'article 1690 du Code civil, élagué de ses formules inutiles ou surannées. Cet article est encore supplétif de volonté (*Marini v Ottini Construction Ltd* [1964] BR 820); en outre, l'application de l'article 13 suppose que le contrat original est lui-même écrit; dans le cas contraire, l'effet de la règle serait d'exiger qu'un contrat verbal ne puisse être modifié que par une convention formaliste, situation paradoxale.

imprévus qui touchent l'exécution du contrat, et suggère l'adoption, à l'article 14, de la théorie de la révision pour imprévision⁵³. Selon le comité, le « particularisme même du contrat d'entreprise »⁵⁴ justifie en effet d'alléger le fardeau de l'entrepreneur en lui permettant de « rapporter la preuve de circonstances extraordinaires, imprévisibles ou imprévues, pour demander, soit une augmentation du prix de l'ouvrage, soit la résiliation du contrat »⁵⁵. Le Comité précise par ailleurs que cet article 14 qui, pour « des raisons de justice et d'équité »⁵⁶, vient tempérer la rigueur de l'article 13, devra, en raison de son caractère exceptionnel, être interprété restrictivement : « la prudence des tribunaux sera, comme d'habitude, un gage de modération et évitera aussi de mettre en échec de façon arbitraire la sécurité des transactions »⁵⁷.

Dans le rapport final de l'Office de révision, il ne sera pas fait mention du contrat à forfait ni de sa révision par les parties ou par le juge, l'Office optant plutôt pour l'introduction dans le droit québécois du principe de la révision du contrat pour imprévision⁵⁸, principe général englobant les cas mentionnés dans le rapport du Comité sur l'entreprise. Les recommandations de l'Office en ce sens ne trouvent cependant pas grâce aux yeux du législateur qui, suivant les recommandations du comité de réforme du Code civil, rejette l'idée d'introduire l'imprévision. Dans *l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations*⁵⁹, on ne trouve aucune mention de l'imprévision relativement aux contrats, sauf en ce qui concerne la donation avec charge⁶⁰. L'Avant-projet

53. *Ibid* à la p 35 :

Article 14. Si exceptionnellement l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile ou onéreuse à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le tribunal peut accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat.

54. *Ibid* à la p 36.

55. *Ibid* à la p 38.

56. *Ibid*.

57. *Ibid* à la p 40.

58. Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol 1 – Projet de Code civil, Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1977 à la p 345 : « Article 75 al 1 : Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables ».

59. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*. Avant-projet de loi, 1^{re} sess, 33^e lég, Québec (sanctionné le 18 décembre 1991).

60. *Ibid* : « 1897. La charge qui, en raison de circonstances imprévisibles lors de l'acceptation de la donation, devient impossible ou trop onéreuse pour le donataire, peut être modifiée ou révoquée par le tribunal, compte tenu de la valeur de la donation et des circonstances ».

contient cependant à son article 2173, la disposition qui deviendra l'article 2109 du *Code civil du Québec* et qui se lit comme suit :

Lorsque le contrat est à forfait, le client doit payer le prix convenu et il ne peut prétendre à une diminution du prix en faisant valoir que l'ouvrage ou le service a exigé moins de travail ou a coûté moins cher qu'il n'avait été prévu.

Pareillement, l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut prétendre à une augmentation du prix pour un motif contraire.

Le prix forfaitaire reste le même, bien que des modifications aient été apportées aux conditions d'exécution initialement prévues, à moins que les parties n'en aient convenu autrement.

Nous n'avons pas trouvé de documents susceptibles de nous éclairer sur les raisons ayant mené au choix de cette formulation par le législateur. Par ailleurs, peu de commentaires sur ce sujet semblent avoir été formulés par les personnes consultées dans le cadre de l'adoption de l'Avant-projet de loi, Le Barreau du Québec indique dans son mémoire que le troisième alinéa de cet article est ambigu et donne à l'article proposé une portée beaucoup plus grande que l'article 1690 CcBC. Selon le Barreau, cet article pourrait

être à l'origine de préjudice pour le professionnel puisque, malgré des modifications aux conditions d'exécution, le prix resterait le même si le client refusait de le modifier par voie conventionnelle. Par contre, il ne faudrait pas, par un article, cautionner des modifications aux modalités d'exécution à la seule initiative du professionnel sans que le client ne puisse rien dire⁶¹.

Pour sa part, Thérèse Rousseau-Houle estime que :

Le projet maintient l'essence de l'actuel article 1690 Cc et continue de protéger le client qui traite à forfait contre les risques d'exécution et les risques d'évaluation de l'ampleur et des difficultés des travaux, de même que contre les risques de fluctuation du prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

61. Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (du contrat de travail et du contrat d'œuvre)*, Service de recherche et de législation, 1988 à la p 29.

L'article 2173 ne reprend plus les conditions formelles jugées indispensables à l'application de l'article 1690 Cc. La seule condition maintenue est celle du forfait absolu. Les parties pourront cependant se soustraire à l'application de l'article 2173 par une convention à l'effet contraire. Lorsqu'une telle convention aura été établie, la preuve de l'autorisation des travaux supplémentaires ou des modifications pourra être faite selon les règles ordinaires de preuve⁶². [note omise]

Les commentaires de M^{me} Rousseau-Houle semblent suggérer que les termes «à moins que les parties n'en aient convenu autrement» ont pour but de souligner le caractère supplétif de l'article 2173. Il faudrait ainsi, pour modifier le forfait, convenir de ne pas être lié par celui-ci, pour pouvoir par la suite être autorisé à prouver une entente postérieure relative à des travaux supplémentaires «selon les règles ordinaires de la preuve». Dans cette éventualité, la question de la manière dont une partie pourra prouver l'existence d'une telle convention initiale distincte du contrat à forfait lui-même demeure entière.

Ces commentaires relatifs à l'article 2109 avant son introduction révèlent à tout le moins un certain manque de clarté de la formulation choisie par le législateur. Dans les sections qui suivent, nous analyserons la doctrine et la jurisprudence québécoise afin de déterminer dans quelle mesure, et comment, elles ont réussi à éliminer les ambiguïtés du Code civil à cet égard.

B. L'article 2109 du *Code civil du Québec*

Afin de clarifier la portée actuelle de l'article 2109, nous discuterons d'abord des contrats auxquels il est destiné à s'appliquer. Ensuite, nous nous questionnerons sur les conséquences de son application, à la lumière de la disparition des termes «changement dans les plans et devis» et «augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux», qui figuraient à l'article 1690 CcBC, pour enfin nous pencher sur la question de l'applicabilité de l'article 2109 CcQ dans les relations entre entrepreneur et sous-traitant.

62. Thérèse Rousseau-Houle, «Le contrat d'œuvre: un chef d'œuvre?» (1988) 29:4 C de D 993 aux pp 1008-09.

1. La notion de contrat à forfait

Comme nous l'avons vu, l'approche retenue par les tribunaux québécois à l'égard de l'article 1690 CcBC était d'en faire une interprétation restrictive, conforme à son caractère exceptionnel. Il fallait donc, pour qu'un contrat soit considéré comme un contrat à forfait visé par cet article, être en présence d'un ouvrage bien déterminé suivant des plans et devis précis, ainsi que d'un prix fixé à l'avance entre les parties. En l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments, ou lorsque le contrat lui-même prévoyait la possibilité de modifier l'étendue des travaux à faire ou le prix à payer, le contrat n'était pas considéré comme un « forfait absolu » visé par la règle de l'article 1690 CcBC.

En ce qui concerne la détermination de l'ouvrage visé par le contrat, on constate que, contrairement à l'article 1690 CcBC qui visait les constructions « par marché suivant plans et devis », l'article 2109 CcQ ne fait aucune mention de cet élément, ce qui suggère que le législateur n'a pas voulu restreindre l'application de l'article 2109 aux contrats « sur devis et marchés » anciennement visés par l'article 1690 CcBC⁶³. On peut donc se demander quels critères sont maintenant applicables pour déterminer si un contrat particulier constitue ou non un contrat « à forfait » au sens de l'article 2109 CcQ.

Notons d'abord qu'il ne suffit pas qu'un contrat mentionne un prix « forfaitaire » se dise « clé en main » pour qu'il soit automatiquement considéré comme un contrat à forfait. En effet, il importe de distinguer les contrats à forfait des contrats comportant de simples estimations budgétaires, qui sont quant à eux visés à l'article 2107 CcQ⁶⁴. La doctrine et la jurisprudence suggèrent plusieurs critères afin de faire cette distinction. Pour le professeur Jacques Deslauriers, qui s'inspire

63. Vincent Karim, *Contrats d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation). Contrat de prestation de services et l'hypothèque légale*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 278; voir également, au même effet, Pierre Cimon, « Le contrat d'entreprise ou de service » dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, t 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 797 à la p 818 : « Cet article reprend à toutes fins pratiques [sic] l'article 1690 du Code civil du Bas Canada, sauf évidemment qu'il ne se limite pas aux ouvrages par devis et marchés ».

64. Art 2107 CcQ :

Si, lors de la conclusion du contrat, le prix des travaux ou des services a fait l'objet d'une estimation, l'entrepreneur ou le prestataire de services doit justifier toute augmentation du prix.

Le client n'est tenu de payer cette augmentation que dans la mesure où elle résulte de travaux, de services ou de dépenses qui n'étaient pas prévisibles par l'entrepreneur ou le prestataire de services au moment de la conclusion du contrat.

pour ce faire des propos de la Cour supérieure dans l'affaire 2840-3996 *Québec inc c Galibois*⁶⁵,

[u]n contrat est à forfait quand l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage selon des plans et devis précis, en fournissant l'ensemble de la main-d'œuvre et des matériaux nécessaires à la réalisation du projet, en contractant lui-même avec les fournisseurs et les sous-traitants qu'il paye directement pour les matériaux fournis et les services professionnels rendus, et que les travaux sont réalisés sous sa surveillance et son entière responsabilité⁶⁶.

Le professeur Vincent Karim propose quant à lui de considérer l'absence de détails en ce qui a trait au début des travaux, au délai de réalisation et aux modalités de paiement, de même que la présence d'un mode de facturation périodique selon la méthode coûts et honoraires comme des indices de la présence d'un contrat sur estimation plutôt qu'à forfait⁶⁷. De même, on pourra conclure qu'un contrat n'a pas été conclu à forfait lorsque les plans fournis par le client ne sont pas suffisamment précis⁶⁸. En effet, le caractère immuable du prix fixé entre les parties au contrat à forfait ne se justifie que lorsque l'entrepreneur a été en mesure d'évaluer avec précision les tâches à réaliser. Dans cette perspective, comme le souligne, la juge Trahan de la Cour supérieure dans *D & S Décors c Mandravelos*, la notion de forfait, si elle ne suppose plus nécessairement la présence de « plans et devis »,

presupposes, amongst others, that the client [...] would have provided the contractor (D&S) with a very complete and precise description of the work to be done so that the latter could have established very precisely the cost of the work since he bears the consequence in case the costs are higher than what he quoted.

65. 2840-3996 *Québec inc c Galibois* (2000), AZ-50187669 (Azimut) (Qc CS).

66. Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 au para 2131. Cette définition a par la suite été reprise dans un certain nombre de décisions. Voir notamment *Lebeau c Bédard*, 2005 CanLII 43557 (QC CQ), (2005), AZ-50344135 (Azimut) (Qc CQ); *Mécanique industrielle Renfort inc c Serres Nouvelles Cultures inc*, 2007 QCCQ 3213 (disponible sur CanLII).

67. Karim, *supra* note 63 au para 619.

68. *Ibid* au para 620; voir aussi Deslauriers, *supra* note 66 au para 2135 : « En l'absence de plans et devis précis, si les pourparlers entre le client et l'entrepreneur se sont déroulés à la lumière de plans sommaires et d'esquisses, le contrat ainsi intervenu n'est pas un contrat à forfait »; *Lebeau c Bédard*, *supra* note 66 au para 7 : « Étant donné qu'en l'espèce, le donneur d'ouvrage Bédard n'a fourni aucuns plans et devis précis, il ne peut s'agir d'un contrat à forfait, contrat dérogatoire du droit commun ».

[...] the responsibility of giving a precise description of the work required is that of the client⁶⁹.

Le fait d'exiger la présence d'une description détaillée du travail afin d'appliquer l'article 2109 CcQ se justifie également si l'on tient compte du fait que celui-ci ne vise que les modifications à des conditions d'exécution prévues initialement au contrat à forfait pour la réalisation d'un ouvrage ou la fourniture d'un service déterminé. Il semble donc essentiel, afin de déterminer si une réclamation particulière découle d'une « modification » des éléments prévus au contrat, d'être en mesure de définir avec précision l'étendue des travaux compris dans le contrat en question⁷⁰. Comme l'indique la Cour supérieure dans *Zouki c 9005-6334 Québec inc*,

[a]fin de déterminer si [une] réclamation [...] se base sur des travaux qui n'étaient pas prévus dans le contrat à forfait, il faut examiner celui-ci et la description des travaux qu'il contient et comparer cette description aux travaux pour lesquels [on] réclame maintenant un prix supplémentaire⁷¹.

Par ailleurs, pour être considéré comme étant « à forfait », un contrat doit également exclure la possibilité de modifier le prix ainsi que les travaux à réaliser. En effet, comme son prédécesseur, l'article 2109 CcQ ne vise que les contrats à forfait absolu⁷².

69. *D & S Decors inc c Mandravelos*, 2006 QCCS 4376 au para 52 (disponible sur CanLII), JE 2006-1868; voir aussi *Construction Fernand Roy inc c 9164-1316 Québec inc*, 2009 QCCQ 13987 aux para 35-36 (disponible sur CanLII), AZ-50591584 (Azimut):

On a également décidé que ne pouvaient être assimilés à un contrat à forfait des pourparlers entre clients et entrepreneurs à partir seulement de plans et d'esquisses et en l'absence d'un devis détaillé.

De plus, il appartient au donneur d'ouvrage de décrire les travaux proposés avec suffisamment de soins et de précisions pour que l'entrepreneur sache ce que l'on attend de lui.

70. *9054-0006 Québec inc (Constructions Gilles Lanoue et Fils) c Leblanc*, 2008 QCCQ 5326 au para 43 (disponible sur CanLII), AZ-50498696 (Azimut): « il faut connaître ces informations avec clarté pour être en mesure de déterminer par la suite si l'entrepreneur a droit à des augmentations de prix suite à des changements intervenus (modifications ou "extras") par rapport au prix initial convenu ».

71. *Zouki c 9005-6334 Québec inc*, AZ-97026462 (Azimut) aux pp 9-10 (Qc CS) [Zouki].

72. Karim, *supra* note 63 à la p 270; voir aussi Deslauriers, *supra* note 66 au para 2132: « Il s'applique aux contrats à forfait purs et simples, absolus et non relatifs ». Les juges qui ont été appelés à se prononcer expressément sur cette question en viennent à la même conclusion: voir notamment *Dawcolectric inc c Hydro-Québec*, 2011 QCCS 5999 au para 414 (disponible sur CanLII), AZ-50804827 (Azimut): « Selon la jurisprudence, l'article 2109 CcQ, qui oblige le client de payer le prix convenu ne s'applique tel quel qu'au contrat à forfait absolu »; *2430-5658 Québec inc c Liu*, AZ-98036253 (Azimut) à la p 8: « En l'espèce, l'article 2109 ne s'applique donc pas même

2. La modification des « conditions d'exécution »

Une différence importante entre les articles 1690 CcBC et 2109 CcQ porte sur le remplacement des termes « changement dans les plans et devis » et « augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux » par des énoncés plus généraux voulant, d'une part, que ni le client ni l'entrepreneur ne puissent prétendre à une modification du prix « en faisant valoir que l'ouvrage ou le service a exigé moins de travail ou a coûté moins cher qu'il n'avait été prévu » ou « pour un motif contraire » et, d'autre part, que le prix reste le même, bien que des modifications aient été apportées aux conditions d'exécution initialement prévues, à moins que les parties n'en aient convenu autrement.

Quant à la notion d'augmentation du prix de la main-d'œuvre et des matériaux, elle peut aisément être considérée comme couverte par la mention selon laquelle le prix reste le même, bien que l'ouvrage ait coûté plus ou moins cher que prévu. Ainsi, l'augmentation du prix du bitume⁷³ ou du carburant⁷⁴ nécessaire à l'exécution du contrat à forfait ne donne pas droit à une augmentation du prix. En ce qui concerne l'introduction du terme « modifications apportées aux conditions d'exécution », rendue nécessaire par la disparition dans le Code de toute référence aux contrats « sur plans et devis », on peut se demander dans quelle mesure cette notion est assimilable à celles de changements dans les plans et devis⁷⁵ ou si elle est plutôt destinée à recouvrir une réalité distincte. À cet égard, nous n'avons trouvé aucune source doctrinale ou jurisprudentielle concernant l'interprétation à apporter à ce terme, si ce n'est les affirmations du professeur Karim selon lesquelles « [s]ans aucun doute, le législateur a

si l'on qualifie l'entente de "marché à forfait" puisqu'il ne s'agit que d'un marché à forfait relatif»; *Jobin c Bertrand*, 2006 QCCS 4727 (disponible sur CanLII); *Oasis Construction inc c 2329-5272 Québec inc*, 2010 QCCS 3291 (disponible sur CanLII). Il faut mentionner l'existence de certaines décisions ayant déclaré l'article 2109 CcQ applicable à des contrats à forfait relatif; par contre, ces décisions ne reposaient pas sur l'application des règles posées à l'article 2109. Si on y mentionne l'article 2109, c'est à titre de disposition générale affirmant le caractère immuable du forfait: voir par exemple *Trois-Rivières (Ville de) c Construction Claude Caron & Fils inc*, AZ-02019083 (Azimut) (Qc CA); *Bui c Jean-Marie Pelletier & Fils inc*, 2011 QCCS 1929 (disponible sur CanLII); *Solutions technologiques Enixum inc c Pomerleau inc*, 2012 QCCQ 9851 (disponible sur CanLII), AZ-50909238 (Azimut).

73. *Ali Excavation inc c Franklin (Municipalité de)*, 2009 QCCQ 13875 (disponible sur CanLII).

74. *Transport Rosemont inc c Montréal (Ville de)*, 2008 QCCS 5507 (disponible sur CanLII), AZ-50522861 (Azimut).

75. En y apportant évidemment les ajustements nécessaires pour tenir compte de l'absence éventuelle de tels plans et devis.

voulu référer, par cette expression, aux modalités d'exécution des travaux (art 2099 CcQ) »⁷⁶ et

aux modifications ou circonstances réelles entourant la réalisation des travaux ou la fourniture de services. En principe, à moins qu'elles ne soient faites à la demande du client, les conditions d'exécution modifiant celles initialement prévues, ou contraires à celles initialement prévues par les parties, ne justifient pas systématiquement un changement du prix⁷⁷.

Afin de déterminer le type de « modifications » visées par l'article 2109 CcQ, il convient de se reporter à la distinction, introduite par la jurisprudence relative à l'article 1690 CcBC, entre les travaux considérés comme résultant d'une modification du contrat à forfait et ceux considérés comme faisant plutôt l'objet d'un nouveau contrat distinct, et à ce titre non soumis aux règles de preuve très strictes prévues à l'article 1690 CcBC. Selon le professeur Karim, cette distinction demeure pertinente afin de déterminer le champ d'application de l'article 2109 CcQ, qui devrait être restreint « aux modifications apportées aux travaux prévus initialement au contrat », à l'exclusion des travaux nouvellement demandés par le client et qui, n'étant pas soumis à l'application de l'article 2109 CcQ, « doivent plutôt faire l'objet d'une entente supplémentaire nécessitant une preuve distincte »⁷⁸. Le libellé de l'article 2109 CcQ nous invite cependant à nous demander quelles sont les conséquences pratiques d'une telle distinction. En effet, alors que l'ancien article 1690 CcBC exigeait un écrit afin de prouver l'accord du client à une modification du contrat, l'entente sur le prix pouvant quant à elle être prouvée par tout moyen, l'article 2109 CcQ n'impose aucune exigence précise en matière de preuve et prévoit simplement que le prix forfaitaire reste le même « à moins que les parties n'en aient

76. Karim, *supra* note 63 au para 653. Cette hypothèse soulève la question de savoir pourquoi le législateur a choisi d'utiliser le terme « conditions » plutôt que celui de « moyens » qui figure à l'article 2099 CcQ (« Art 2099: L'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à son exécution »).

77. Karim, *supra* note 63 au para 644.

78. *Ibid* au para 711. Le professeur Karim propose de désigner sous le nom d'« extra » ces travaux faisant l'objet d'un nouveau contrat entre les parties. Comme il en convient lui-même cependant, cette utilisation du mot « extra » n'est pas conforme au sens attribué à ce mot dans la jurisprudence antérieure, pour laquelle les extras désignaient les travaux liés à une modification des plans et devis. Bien que la distinction soit clairement exprimée par le professeur Karim, on ne peut que constater que le mot « extra » est utilisé de façon inconstante dans la jurisprudence actuelle, certains juges appliquant même les règles relatives aux « extras » énoncées par le professeur Karim à des cas de modification du contrat à forfait.

convenu autrement ». L'existence d'une entente modifiant le contrat à forfait sera donc soumise aux règles ordinaires de la preuve⁷⁹. En conséquence, le juge devant trancher une réclamation devra, dans un premier temps, appliquer les mêmes règles, qu'il s'agisse d'une modification du forfait ou d'une nouvelle entente. Ainsi, la qualification d'une réclamation comme tombant ou non sous l'égide de l'article 2109 CcQ sera sans conséquence dès lors que l'entrepreneur (ou, plus rarement, le client) ne pourra prouver l'existence d'une entente à ce sujet⁸⁰.

Cependant, si les moyens dont dispose l'entrepreneur afin de prouver l'existence d'une entente avec le client sont maintenant les mêmes, qu'il s'agisse d'une « modification des conditions d'exécution » du contrat à forfait ou d'un contrat distinct visant des travaux non prévus dans le forfait, il n'en est pas nécessairement de même en ce qui concerne le contenu d'une telle entente, et plus précisément, la nécessité pour l'entrepreneur de fixer au préalable avec le client le prix des travaux liés à cette modification ou ce nouveau contrat. En effet, il convient de souligner qu'en matière de fixation du prix, le principe selon lequel le prix des travaux exécutés par l'entrepreneur peut être fixé après leur réalisation, en fonction de leur valeur (ou au *quantum meruit*) a été codifié à l'article 2106 CcQ⁸¹. Ainsi, et conformément au droit antérieur, un entrepreneur pourra, dans le cas d'un contrat portant sur des travaux distincts de ceux prévus au contrat à forfait, être rémunéré en prouvant simplement l'existence de ce contrat et la valeur des travaux réalisés. Est-ce également le cas pour les « modifications » visées à l'article 2109 CcQ?

En cette matière, il faut admettre que la confusion règne actuellement chez les juges québécois, qui semblent tiraillés entre deux thèses

79. La preuve testimoniale est ainsi permise, lorsque la loi l'autorise; voir les règles prévues aux articles 2861 et 2862 CcQ relativement à la preuve des actes juridiques, et Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au para 1125. De même, il sera possible de prouver l'existence d'une entente tacite, par présomption de fait: Karim, *supra* note 63 au para 693.

80. Ceci pourrait expliquer un certain manque de précision de la part des juges dans l'exposition des règles relatives aux contrats à forfait; en effet, on constate que, même lorsqu'elles mentionnent la distinction faite par le professeur Karim entre « modifications » et « extras », bon nombre de décisions omettent de qualifier les réclamations qui leur sont soumises comme tombant dans l'une ou l'autre de ces catégories et concluent tout simplement au rejet de la réclamation.

81. Art 2106 CcQ: « Le prix de l'ouvrage ou du service est déterminé par le contrat, les usages ou la loi, ou encore d'après la valeur des travaux effectués ou des services rendus ».

doctrinales opposées. D'une part, certains auteurs estiment que la modification d'un contrat à forfait exclut la possibilité pour un entrepreneur de se faire indemniser selon la valeur des travaux fournis. Pour le professeur Jacques Deslauriers⁸², « [o]utre l'autorisation des modifications, l'accord doit spécifier le prix convenu à cet effet ». De même, pour le professeur Léo Ducharme, l'article 2109 CcQ impose « un régime spécial » en matière de preuve dans le cas de modifications à un contrat à prix forfaitaire :

De cet article, il résulte que pour que des modifications apportées aux conditions d'exécution d'un contrat à forfait entraînent une modification du prix forfaitaire, il faut que les parties en aient convenu. En l'absence d'une telle entente, le prix va demeurer inchangé, et ce, même si le client reconnaît que c'est lui qui a demandé que des modifications soient apportées aux conditions d'exécution du contrat⁸³.

Selon le professeur Karim, également,

le fait qu'il s'agisse d'un contrat à forfait absolu n'empêche pas l'entrepreneur de réclamer un ajustement du prix pour des modifications aux conditions d'exécution initialement prévues, à condition qu'une entente soit intervenue entre les parties qui règle l'ajustement du prix ou le prix supplémentaire à payer pour des travaux non prévus initialement au contrat⁸⁴.

Cette approche a été retenue à plusieurs reprises par les tribunaux. Dès 1996, dans *Zouki c 9005-6334 Québec inc*, le juge Gomery de la Cour supérieure indiquait ce qui suit :

[a]fin de déterminer si la réclamation de la défenderesse se base sur des travaux qui n'étaient pas prévus dans le contrat à forfait, il faut examiner celui-ci et la description des travaux qu'il contient, et comparer cette description aux travaux pour lesquels la défenderesse réclame [...] un prix supplémentaire⁸⁵.

Or, la majorité des réclamations de l'entrepreneur visait des travaux inhérents au contrat initial. En conséquence,

82. Deslauriers, *supra* note 66 au para 2140.

83. Ducharme, *supra* note 79 au para 1129.

84. Karim, *supra* note 63 au para 632.

85. *Zouki*, *supra* note 71 aux pp 9-10.

[m]ême si la défenderesse a fourni aux demandeurs des matériaux ou de la main-d'œuvre au-delà de ses obligations contractuelles ou qui rehaussaient la qualité de la finition de la rénovation, elle ne peut imposer aux demandeurs l'obligation d'en assumer les coûts, n'ayant pas obtenu leur accord quant à la nature supplémentaire des travaux ni quant à leur prix⁸⁶.

Certains auteurs et juges sont cependant d'un avis contraire. Ainsi, selon Cimon et Gosselin, en cas de modification du contrat initial, « [s]'il y a absence d'accord sur le prix des modifications, rien ne devrait empêcher l'entrepreneur de se faire indemniser sur une base de "quantum meruit" pour établir la valeur des travaux »⁸⁷. Pour Sarault également,

si le contrat est silencieux sur la question des modifications, la preuve que devra apporter l'entrepreneur pour démontrer le consentement du propriétaire à une modification au sens du dernier alinéa de l'article 2109 CcQ sera la même que celle qu'il devrait apporter pour démontrer une entente distincte au sujet des travaux supplémentaires constituant des extras par rapport au contrat original. En effet, dans les deux cas, l'entrepreneur devra démontrer le consentement du propriétaire aux changements ainsi que sa [sic] valeur sans aucune restriction particulière quant aux moyens de preuve à sa disposition pour ce faire⁸⁸.

86. *Ibid* à la p 10. Plusieurs décisions de la Cour du Québec sont au même effet; par exemple, dans *Gervais c Groupe MD Design inc*, 2003 CanLII 49476 au para 34 (Qc CQ), on a conclu que l'absence d'un prix fixé au préalable ne fait pas obstacle à la réclamation de l'entrepreneur, puisqu'il s'agissait en l'espèce d'un nouveau contrat visant des travaux commandés en sus :

Il ne serait pas équitable au sens de l'article 1434 du *Code civil du Québec* que le demandeur puisse jouir de ces ajouts sans en payer une quelconque contrepartie, en invoquant l'absence d'entente préalable sur le prix alors qu'il n'a pas démontré que le plan initialement conçu était erroné et qu'il ne pouvait être réalisé tel quel. La défenderesse pouvait réclamer le coût des travaux additionnels exécutés, l'article 2109 CcQ ne visant pas pareil cas.

Voir également *Constructions I Brousseau inc c Beaulieu*, [1996] RL 666 à la p 668; 9108-0598 *Québec inc c Boulianne*, 2007 QCCQ 6860 au para 32 (disponible sur CanLII); *Habitations André Poirier Inc c Lefebvre*, 2004 CanLII 18461 (Qc CQ); *Ameublements Zakaria inc c Devenco Contracting Inc*, 2010 QCCQ 7416 (disponible sur CanLII) [*Zakaria*].

87. Ian Gosselin et Pierre Cimon, « La responsabilité du propriétaire » dans Olivier F Kott et Claudine Roy, dir, *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 339 à la p 357. Notons que ces auteurs ne mentionnent aucune autorité à l'appui de cette affirmation.

88. Guy Sarault, *Les réclamations de l'entrepreneur en construction en droit québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 17.

La première décision à épouser expressément cette thèse a été rendue en 1998 par la juge Laberge de la Cour du Québec⁸⁹. Après avoir admis que l'article 2109 CcQ ne s'applique qu'à des modifications au contrat à forfait, et non à l'ajout de travaux supplémentaires qui « élargit la consistance même de l'ouvrage »⁹⁰, la juge conclut que la réclamation qui lui est soumise n'est pas visée par l'article 2109 CcQ. Elle considère néanmoins opportun d'examiner « subsidiairement »⁹¹ la question de savoir si l'article 2109 CcQ exige la preuve d'une convention fixant le prix des modifications convenues. Après avoir mentionné les jugements *Zouki* et *Brousseau*, ainsi que le texte de Cimon et Gosselin, la juge se rallie à l'opinion de ces derniers, et ce,

pour deux raisons principales. Tout d'abord, outre le contrat d'entreprise à forfait, le nouveau Code reconnaît expressément celui dont la rémunération dépend de la « valeur des travaux effectués » (art. 2106); dès lors, on ne voit pas pourquoi il réprouverait implicitement le marché mixte, à prix forfaitaire pour le principal et au *quantum meruit* pour les travaux supplémentaires. En second lieu, l'exigence d'une entente préalable sur la quotité du supplément avait pour seul fondement l'ancien article 1690 qui ne s'est jamais appliqué aux travaux additionnels, comme on l'a vu; de plus, les mots visant spécifiquement le montant du supplément — « le prix arrêté avec le propriétaire » — sont délibérément omis du nouveau code⁹².

Plusieurs juges de la Cour du Québec ont par la suite fait droit à des réclamations dans le cadre desquelles l'entrepreneur avait prouvé l'existence d'un accord du propriétaire quant à leur réalisation, mais non à leur prix⁹³. Si certaines de ces décisions portent clairement sur

89. 167190 *Canada inc c Giannakis*, 1999 RJQ 285, (1998), AZ-99031017 (Azimut) (Qc CQ) [Giannakis].

90. *Ibid* à la p 9.

91. *Ibid*.

92. *Ibid* à la p 10.

93. Voir par exemple *Racicot c Désautels*, 2003 CanLII 2839 (Qc CQ); 2327-4152 *Québec inc c Audy*, 2006 QCCQ 13277 (disponible sur CanLII), AZ-50406126 (Azimut); *Boldem inc c Constructions Triad inc*, 2009 QCCQ 7724 (disponible sur CanLII), AZ-50574185 (Azimut); *Concepts Architecturaux inc c Vuilleumard*, 2011 QCCQ 5806 (disponible sur CanLII); *Constructions GS inc c Welch*, 2013 QCCQ 153 (disponible sur CanLII), AZ-50928514 (Azimut); *Gaudreault c Tremblay* (2003), CanLII 13703 (Qc CQ), AZ-50175199 (Azimut).

des cas de modification du contrat à forfait⁹⁴, la plupart soit omettent de qualifier la réclamation de l'entrepreneur comme constituant une modification du contrat ou un travail supplémentaire distinct du forfait, soit la traitent comme un « travail supplémentaire » non soumis à l'article 2109 CcQ⁹⁵. Il est donc difficile de déterminer dans quelle mesure ces décisions sont conformes à l'opinion exprimée par Cimon et Gosselin quant à la possibilité d'être indemnisé pour des travaux découlant de modifications visées à l'article 2109 CcQ sans entente préalable sur le prix de telles modifications.

Par ailleurs, l'opinion de Cimon et Gosselin nous semble difficilement compatible avec la règle voulant qu'il faille choisir, entre plusieurs interprétations possibles, celle qui donne à la loi un effet utile⁹⁶. En effet, une telle interprétation a pour effet d'accorder exactement le même traitement à toutes les réclamations d'un entrepreneur, qu'elles soient relatives à des modifications d'un contrat à forfait ou à un nouveau contrat distinct conclu avec le client. En ce sens, l'approche exigeant la preuve d'un accord sur le nouveau prix du contrat à forfait semble préférable.

3. Le cas des sous-entrepreneurs

Si l'article 1690 CcBC était jugé inapplicable aux relations entre entrepreneur et sous-entrepreneur, la situation n'est pas aussi claire en ce qui concerne l'article 2109 CcQ. En effet, alors que l'article 1690 CcBC mentionnait le « propriétaire », l'article 2109 CcQ utilise plutôt le terme de « client », ce qui pourrait inclure la situation d'un entrepreneur à l'égard d'un sous-entrepreneur. La question se pose donc de savoir

94. Voir par exemple 9068-4911 *Québec Inc (FAS Structurex) c Maçonnerie Dynamique Ltée*, 2011 QCCQ 1076 au para 71 (disponible sur CanLII), AZ-50723194 (Azimut) : « Ainsi, tel que l'énoncent la jurisprudence et la doctrine, lorsque des modifications aux travaux sont acceptées par le donneur d'ouvrage, comme c'est le cas en l'instance, l'entrepreneur qui les réalise peut se faire indemniser sur une base "*quantum meruit*", soit la valeur du marché »; voir également, au même effet, *Alliance Électrique inc c 9158-6099 Québec inc (Cordev)*, 2013 QCCQ 3559 (disponible sur CanLII), AZ-50959488 (Azimut); *Audet c Rénovation 2x4*, 2014 QCCQ 2444 (disponible sur CanLII), AZ-51061391 (Azimut); *Gagné c BDL Développement inc*, 2005 CanLII 37055 (Qc CQ), (2005), AZ-50336819 (Azimut); *Roy et Fils Ltée c Clinique vétérinaire Quartier DIX30*, 2014 QCCQ 3290 (disponible sur CanLII).

95. Mentionnons qu'il en était de même dans *Giannakis*, *supra* note 89, où la remarque de la juge Trahan sur la preuve requise en vertu de l'article 2109 CcQ n'a été indiquée qu'à titre d'*obiter dictum*.

96. Voir la *Loi d'interprétation du Québec*, RLRQ c I-16, art 41(1) : « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage ».

si l'on doit privilégier une interprétation large et libérale de l'article 2109 CcQ ou plutôt se conformer à l'approche antérieure, qui mettait l'accent sur la nécessité de protéger les personnes « crédules et inexpérimenté[e]s » faisant affaire avec des entrepreneurs, et considérer le terme « client » comme excluant de tels entrepreneurs.

Encore une fois, nous constatons l'absence de consensus à cet égard dans la doctrine. Alors que selon le professeur Karim, « l'article 2109 CcQ peut s'appliquer autant aux relations contractuelles client-entrepreneur qu'aux relations entrepreneur et sous-traitant, à condition que l'on soit en présence d'un contrat à forfait absolu »⁹⁷, le professeur Deslauriers est plutôt d'avis que « [l']article 2109 CcQ s'applique uniquement entre l'entrepreneur et le client. Il ne lie pas les sous-traitants »⁹⁸.

De même, la jurisprudence est partagée sur cette question. D'une part, certains juges choisissent d'appliquer la solution retenue sous l'ancien Code et refusent l'application de l'article 2109 CcQ aux relations entrepreneur-sous-traitant. Ainsi, dans la plus ancienne décision que nous avons trouvée sur le sujet, la Cour supérieure se fonde sur une décision rendue par la Cour d'appel sous l'empire du CcBC pour conclure que l'article 2109 CcQ ne s'applique pas à la relation entre un entrepreneur et un sous-traitant⁹⁹. Ce raisonnement sera repris par la Cour du Québec à quelques reprises de 2000 à 2002¹⁰⁰.

D'autre part, on constate que dans plusieurs décisions rendues de 2001 à 2014, les tribunaux ont effectivement appliqué l'article 2109 CcQ à une relation entrepreneur-sous-traitant. Si la majorité de ces décisions ne contiennent pas de motivation à cet égard¹⁰¹, la juge Vadboncœur de la Cour du Québec a pour sa part offert des motifs élaborés sur le sujet dans une décision rendue en 2011. Selon la juge, il importe, dans

97. Karim, *supra* note 63 à la p 251.

98. Deslauriers, *supra* note 66 au para 2132.

99. *Drainamar inc c Sintra inc*, JE 99-373 (CS), (1998), AZ-99021190 (Azimut) (Qc CS).

100. *Montminy c Précélence Construction inc* (2000), AZ-00026324 (Azimut) (Qc CS); 141517 *Canada inc c L Bucci Estimation inc*, 2001 CanLII 14469 (Qc CQ), (2001), AZ-50086904 (Azimut); *Ferblanterie SKV (Québec) inc c Constructions Ferclau inc*, 2004 CanLII 20997 (Qc CS), (2004), AZ-50267305 (Azimut).

101. *Ferblanterie Côte-Nord Inc c Alta Mura Construction inc*, 2002 CanLII 14567 (Qc CQ); *Terexfor inc c Thiro Ltée*, 2004 CanLII 20142 (Qc CS); *G Chouinard & Fils inc c Wilfrid Allen Ltée*, 2004 CanLII 20253 (Qc CS); *Immeubles Chantal et Martin inc c Construction CSC inc*, 2012 QCCS 2934 (disponible sur CanLII), AZ-50869453 (Azimut); *Centaure Construction inc c Entreprises Smeriglio inc*, 2013 QCCQ 6105 (disponible sur CanLII), AZ-50979301 (Azimut).

l'interprétation de l'article 2109 CcQ, de tenir compte tant du libellé de cet article, qui diffère de celui de l'article 1690 CcBC, que de son insertion « dans un chapitre, à la fois plus large et plus précis, portant sur le contrat d'entreprise ou de service, dont la définition, à l'article 2098, invite à une application beaucoup plus large pouvant inclure notamment le contrat entre un entrepreneur général et un sous-traitant »¹⁰². La juge note également que

[I]es autres articles de ce chapitre du nouveau Code civil ont d'ailleurs été interprétés par la Cour d'appel comme s'appliquant à un tel contrat. C'est le cas notamment des articles 2125 et 2129, traitant de la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise, dans *Construction Injection EFM Inc c Société de Construction Gératek Ltée et al.* Comment la Cour d'appel pourrait-elle interpréter le mot « client » différemment selon qu'elle se penche sur l'article 2109 ou sur l'article 2125 dans un même contexte contractuel impliquant un entrepreneur général et un sous-traitant? On ne saurait décemment en arriver à une telle conclusion¹⁰³.

III. L'ÉVOLUTION DU CONTRAT À FORFAIT EN DROIT QUÉBÉCOIS

A. L'interprétation de l'article 2109 CcQ : entre rupture et continuité

La comparaison des interprétations faites de l'article 2109 CcQ et de l'article 1690 CcBC révèle l'existence à la fois d'une certaine continuité entre les deux dispositions, par exemple quant à leur application aux contrats à forfait relatif, ainsi que de ruptures à plusieurs égards, dont, au premier chef, quant à la forme de la preuve exigée en cas de modification du contrat. L'étude présentée dans les sections précédentes du présent texte indique aussi l'existence de deux désaccords majeurs parmi les auteurs et les juges québécois quant à l'interprétation à donner à l'article 2109 CcQ. Le premier concerne la nécessité ou non pour l'entrepreneur de prouver l'existence d'un accord avec le client

102. Zakaria, *supra* note 86 au para 72; voir au même effet, *A Lacroix et Fils granit Ltée c Groupe Dubé & Associés inc*, 2011 QCCQ 3575 au para 32 (disponible sur CanLII).

103. Zakaria, *supra* note 86 au para 73.

concernant le prix des modifications faites au contrat à forfait¹⁰⁴. Le second est relatif à la possibilité d'appliquer cet article aux relations entre entrepreneurs et sous-entrepreneurs, ou uniquement aux relations entre des entrepreneurs et des « clients » profanes.

L'étude réalisée nous permet de proposer trois interprétations possibles de l'article 2109 CcQ. La première de ces interprétations attribue à l'article 2109 CcQ la même fonction que son prédécesseur. Selon cette approche, l'article 2109 CcQ viserait à reproduire, en les reformulant, les principes posés par l'article 1690 CcBC. Certains éléments factuels semblent appuyer cette hypothèse. D'une part, les commentaires du ministre ne font état d'aucune volonté du législateur d'introduire des changements importants au sujet du contrat à forfait. De plus, on remarque que l'article 2109 CcQ n'a entraîné que fort peu de commentaires de la part des intervenants s'étant exprimés sur le contrat d'entreprise, ce qui suggère que cette disposition n'était pas perçue à l'époque comme entraînant une modification du droit en la matière. Cette hypothèse comporte cependant des lacunes importantes. En effet, elle suppose que la disparition de l'exigence de la preuve écrite posée à l'ancien article 1690 CcBC serait accidentelle : les différences entre les articles 1690 CcBC et 2109 CcQ résulteraient ainsi d'erreurs commises au cours du processus législatif, erreurs ayant contrecarré la volonté réelle du législateur de reproduire le droit antérieur. Or, on peut difficilement concevoir qu'une erreur ayant pour effet d'effacer toute référence à l'exigence d'une preuve écrite ait pu non seulement être commise, mais qu'elle ait pu passer inaperçue parmi les observateurs¹⁰⁵.

Une deuxième hypothèse consiste plutôt à voir dans le nouvel article 2109 CcQ l'expression d'une volonté législative de poursuivre les mêmes buts que l'article 1690 CcBC, tout en modifiant légèrement

104. Notons que ce désaccord reproduit en partie celui qui existait relativement à l'article 1690 CcBC : Voir ci-dessus « B. L'article 1690 du *Code civil du Bas Canada* ».

105. Notons cependant un élément qui pourrait étayer cette hypothèse. Afin d'éviter la situation paradoxale où un contrat verbal ne pourrait être modifié que par un écrit, le comité sur le contrat d'entreprise de l'Office de révision du Code civil avait recommandé de reproduire l'exigence d'une preuve écrite prévue à l'article 1690 CcBC, mais en la limitant spécifiquement aux contrats écrits (voir *supra*, note 52). Il est possible que l'élimination de l'exigence d'une preuve écrite ait relevé d'un semblable souci de symétrie entre la forme du contrat et celle de sa modification : la décision de ne pas limiter l'application de l'article 2109 CcQ aux contrats écrits aurait ainsi entraîné celle d'éliminer l'exigence d'un écrit pour leur modification, sans que soient pleinement prises en compte les conséquences d'une telle disparition sur l'effet utile de cette disposition.

le droit en la matière. Il s'agirait ainsi d'offrir au « propriétaire », maintenant appelé « client », une forme de protection plus souple que dans le droit antérieur. On viserait alors, tout comme c'était le cas avec l'article 1690 CcBC, à éviter qu'une partie soit entraînée dans des dépenses imprévues qu'elle aurait refusé d'engager si elle en avait préalablement connu l'étendue, ou qu'elle consente à des modifications visant à diminuer le prix des travaux sans avoir une idée réaliste des économies à réaliser. Pour ce faire, l'article 2109 CcQ exigerait la preuve d'une entente quant aux modifications à apporter au contrat à forfait ainsi qu'au prix de ces modifications, tout en écartant l'exigence de l'article 1690 CcBC au sujet du caractère écrit d'une telle preuve. Selon cette approche, l'article 2109 CcQ aurait ainsi comme principal effet d'écarter la possibilité offerte par l'article 2106 CcQ de calculer la rémunération de l'entrepreneur après l'exécution des travaux, en fonction de la valeur de ceux-ci. Cette hypothèse comporte cependant une lacune importante. En effet, le libellé même de l'article 1690 CcBC, qui introduit une symétrie de traitement entre l'entrepreneur et le client¹⁰⁶, semble contredire l'hypothèse d'une fonction semblable à celle de l'article 1690 CcBC, soit la protection des clients profanes face aux entrepreneurs.

La troisième hypothèse demeure, quant à elle, la plus problématique. Suivant l'approche proposée par Cimon et Gosselin, et reprise par Sarrault, elle consiste à permettre à l'entrepreneur de réclamer la valeur des travaux additionnels acceptés par le client, même si cette valeur n'a fait l'objet d'aucune entente entre eux. Ainsi, pour qu'un entrepreneur soit rémunéré, l'article 2109 CcQ n'exigerait que la preuve de l'accord du propriétaire relativement aux modifications, et non quant au prix. La lacune majeure de cette hypothèse est qu'elle a pour effet de dénier à l'article 2109 CcQ tout effet utile : la décision relative à la réclamation d'un entrepreneur sera en effet la même, qu'elle se fonde sur l'article 2109 CcQ ou sur les règles ordinaires du droit des contrats. Elle enlève également toute pertinence à la distinction entre les travaux résultant de modifications des travaux compris dans le forfait et les travaux faisant l'objet d'un contrat distinct. Si la règle de l'effet utile impose de rejeter cette hypothèse, elle laisse entière la question de savoir comment une telle interprétation a pu

106. Art 2109 CcQ : « Le client doit payer le prix convenu et il ne peut prétendre à une diminution du prix [...]. Pareillement, l'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut prétendre à une augmentation du prix ».

non seulement émerger dans la doctrine, mais être endossée à plusieurs reprises par les tribunaux.

L'existence d'interprétations divergentes de l'article 2109 CcQ semble découler en partie de la difficulté de lui attribuer une fonction précise. Contrairement à l'article 1690 CcBC, dont on reconnaissait qu'il visait la protection du « propriétaire », il est malaisé dans l'état actuel des choses de définir les buts poursuivis par l'article 2109 CcQ. Il semble qu'il ne s'agit plus, ou du moins plus seulement, de protéger le propriétaire contre le dol d'un entrepreneur peu scrupuleux; mais alors, de quoi peut-il s'agir?

Afin de répondre à cette question, il nous semble nécessaire de dépasser l'analyse textuelle ou téléologique de l'article 2109 CcQ et de nous pencher sur le contexte de son adoption. En effet, il est surprenant de constater l'absence de débats lors de l'adoption de l'article 2109 CcQ, malgré des différences textuelles évidentes par rapport à son prédécesseur. En d'autres termes, on peut se demander quels sont les facteurs qui ont permis au départ de voir l'article 2109 CcQ comme une simple reformulation de l'article 1690 CcBC, puis, paradoxalement, de développer des interprétations neutralisant la fonction protectrice qu'il était censé reproduire.

Un tel exercice implique de se questionner sur le rôle que joue cette disposition dans les décisions judiciaires, au-delà de son insertion dans un raisonnement démonstratif purement logique. En effet, comme le souligne Chaïm Perelman, toute décision judiciaire doit être accompagnée d'une motivation ayant pour fonction de convaincre les parties au litige, et plus largement l'auditoire auquel le juge s'adresse, du caractère juste de sa décision¹⁰⁷. Ainsi, le rôle d'une disposition législative ne se limite pas à fournir des règles que le juge doit appliquer, mais consiste également à faciliter la formulation d'une argumentation susceptible de convaincre les parties et le reste de l'auditoire ciblé du caractère juste de la décision. Dans cette perspective, la loi ne vise pas qu'à poser des normes, mais exprime également, selon la terminologie de Perelman, des « faits » ou « vérités » qui s'imposent aux membres de la communauté juridique et qui peuvent être utilisés par les juges

107. Chaïm Perelman, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit: au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984 à la p 122: « motiver un jugement, c'est le justifier, ce n'est pas le fonder d'une façon impersonnelle et pour ainsi dire démonstrative. C'est persuader un auditoire, qu'il s'agit de connaître, que la décision est conforme à ses exigences ».

comme fondements de leur argumentation¹⁰⁸. Une disposition législative ne peut donc être pleinement comprise qu'en considérant les « faits » qu'elle est censée énoncer ou sur lesquels elle repose implicitement, ainsi que les procédés argumentatifs dans lesquels elle est invoquée.

La distinction que nous nous proposons de faire entre le texte d'une disposition législative et les faits ou vérités qui lui sont associés permet de conceptualiser de deux manières distinctes la continuité du droit. La première concerne les dispositions législatives associées aux mêmes faits et vérités que les dispositions qu'elles remplacent. Dans de tels cas, le nouveau droit consiste en une simple « reformulation » visant à corriger des imprécisions ou à mettre le texte au « goût du jour ». Le second type de continuité concerne les cas où une disposition législative initialement liée à certains faits et vérités en vient par la suite à être associée à de nouvelles conceptions. Dans un tel cas, une nouvelle disposition législative qui, tout en empruntant une nouvelle terminologie, se fonderait également sur ces nouvelles conceptions se trouverait en rupture avec la signification *initiale* de la disposition remplacée, mais en continuité avec les conceptions qui existaient avant sa propre adoption. Dans un tel cas, il est très possible que les différences entre la nouvelle disposition et la disposition antérieure passent inaperçues aux yeux des observateurs, dans la mesure où l'évolution des conceptions qui les sous-tendent a été intégrée par les membres de la communauté juridique de telle façon qu'ils les perçoivent isolément du processus historique qui leur a donné naissance, comme « allant de soi ».

Dans le reste du présent texte, nous examinerons l'hypothèse selon laquelle l'impression de continuité entre l'article 1690 CcBC et l'article 2109 CcQ s'explique par une évolution des « faits et vérités » fondant le droit relatif au contrat d'entreprise dans le courant du 20^e siècle. Pour ce faire, nous tenterons de répertorier certaines des conceptions implicites du contrat d'entreprise sur lesquelles se fonde le droit québécois, et la manière dont celles-ci ont évolué entre l'adoption du *Code civil du Bas Canada* et celle du *Code civil du Québec*.

108. Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 6^e éd, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008 à la p 89 et s, spéc à la p 92 :

On parle généralement de *faits* pour désigner des objets d'accord précis, limités; par contre, on désignera de préférence, sous le nom de *vérités* des systèmes plus complexes, relatifs à des liaisons entre des faits, qu'il s'agisse de théories scientifiques ou de conceptions philosophiques ou religieuses transcendant l'expérience [italiques dans l'original].

B. De la protection du propriétaire à la gestion du risque commercial

L'inventaire des conceptions sous-tendant les interprétations des articles 1690 CcBC et 2109 CcQ suppose de dépasser l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence portant spécifiquement sur ces articles pour examiner l'ensemble du droit relatif au contrat d'entreprise. Une analyse exhaustive et détaillée de l'ensemble des sources juridiques portant sur le contrat d'entreprise dépasserait cependant nettement le cadre de la présente étude. Notre ambition n'est pas ici de tracer un portrait complet et exact de l'évolution de la notion de contrat d'entreprise, mais plutôt de dégager des pistes qui pourront éventuellement servir de base à des études ultérieures portant sur l'ensemble du corpus pertinent. Pour ce faire, nous tenterons de mettre à jour certains des principes (ou « vérités ») qui se sont superposés, ou substitués, aux conceptions initiales du contrat d'entreprise.

Sur la base d'une revue non exhaustive¹⁰⁹ de la jurisprudence relative au contrat d'entreprise, il est possible de déceler trois grandes « vérités » qui semblent mériter une mention particulière. La première concerne la situation de vulnérabilité des clients, généralement profanes, et pour lesquels les travaux commandés représentent souvent un investissement important, par rapport aux entrepreneurs, qui sont expérimentés et dont les connaissances pourraient amener certains d'entre eux à entraîner leurs clients dans des dépenses supplémentaires sous le couvert de les conseiller adéquatement. Ainsi, comme nous l'avons vu, l'article 1690 CcBC était généralement considéré comme ayant essentiellement pour but d'assurer la protection du propriétaire partie à un contrat d'entreprise, au détriment éventuel des entrepreneurs ayant, de bonne foi, omis d'obtenir l'accord préalable écrit de leur client. L'interprétation restrictive apportée à cet article, considéré comme exceptionnel, permettait ainsi aux juges de rétablir un certain équilibre entre les parties, en faisant droit aux réclamations des entrepreneurs de bonne foi. Une approche similaire peut aussi être observée dans la jurisprudence relative aux contrats à forfait relatif. Ainsi, lorsque le contrat prévoit qu'une procédure précise doit être

109. Le corpus examiné a été constitué de façon à y inclure les sources mentionnées dans les décisions relatives à l'interprétation des articles 1690 CcBC et 2109 CcQ ainsi que les décisions les plus couramment citées dans la doctrine relative au contrat d'entreprise. Bien que cette liste de décisions ne soit pas exhaustive, nous considérons qu'elle est suffisante pour tirer certaines conclusions préliminaires quant à l'orientation générale de la jurisprudence.

suivie par l'entrepreneur afin d'obtenir une modification du prix, l'entrepreneur doit respecter strictement la procédure en cause, à moins qu'il ne puisse prouver que son client a renoncé à son application¹¹⁰. À défaut, et même s'il pourrait être inéquitable de refuser toute indemnisation à l'entrepreneur, « [i]l ne serait pas plus équitable de faire supporter le coût par le propriétaire, après coup, par une intervention du Tribunal »¹¹¹.

La deuxième « vérité » relative au contrat d'entreprise concerne la qualité de « professionnel » de l'entrepreneur, qui doit, à ce titre, évaluer correctement les tâches à effectuer pour atteindre le résultat souhaité et assumer les conséquences de ses erreurs d'appréciation. Comme l'indique le professeur Karim, « [e]n tant que maître d'art de son métier, il lui incombe de supporter une erreur dans le choix des moyens d'exécution de son contrat, à moins qu'une telle erreur ne soit imputable au fait du client ou ses professionnels »¹¹². L'entrepreneur se doit donc de prendre correctement en compte tous les éléments susceptibles d'avoir un effet sur son évaluation du prix des travaux. Ainsi, « un entrepreneur consciencieux et soucieux de ses responsabilités »¹¹³ prendra soin de faire les démarches essentielles pour obtenir les données nécessaires à son évaluation et vérifier l'exactitude des données fournies par son client¹¹⁴, particulièrement lorsqu'une clause de vérification de la situation le prévoit.

110. *Corpex (1977) inc c R*, [1982] 2 RCS 643 à la p 665, 1982 CanLII 213 (CSC) [*Corpex*] : « Mais l'entrepreneur ne peut, une fois les travaux terminés, réclamer dans un procès des avantages semblables à ceux que lui garantit l'article 12 des Conditions générales s'il n'a pas lui-même observé cet article en donnant l'avis qu'il prévoit. Autrement, il priverait le propriétaire des avantages que lui garantit l'article 12 ». Voir aussi, notamment, *EB Eddy Forest Products Ltd c Beamer & Lathrop (Quebec) Ltd*, JE 84-417 (CA), (1984), AZ-84011106 (Azimut) (Qc CA); *Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite c Industries Falmec inc*, 2005 QCCA 441 (disponible sur CanLII), AZ-50310954 (Azimut).

111. *Dominion Bridge Co c Emcosteel inc*, [1982] CS 1043, (1981), AZ-82021018 (Azimut) (Qc CS).

112. Karim, *supra* note 63 à la p 265 au para 656.

113. *Grant Mills Limited c Universal Pipeline Welding Limited*, [1975] CS 1203, (1975), AZ-75021454 (Azimut) à la p 61 (Qc CS).

114. Voir *Atlas construction Co Ltd v Montreal (City of)*, [1954] CS 350 à la p 355 : « A reasonable and prudent contractor tendering on these plans and specifications should have been ascertained in advance whether or not any trouble could be expected under water and cannot hold the City responsible for his failure to do so »; *Sotramex inc c Québec (PG)*, (1996), AZ-96021948 (Azimut) à la p 13 (Qc CS) : « La soumissionnaire qui ne prend pas en considération tous les éléments prévisibles lorsqu'elle établit le prix de sa soumission commet une erreur d'appréciation qui ne constitue aucunement motif à majoration de ses prix lorsqu'elle se rend compte de la nouvelle situation ».

Enfin, la dernière « vérité » concerne le caractère spéculatif du contrat d'entreprise, qui est vu comme comportant nécessairement des risques financiers et commerciaux qui, en l'absence de disposition contraire, doivent être supportés par l'entrepreneur. L'entrepreneur pourra ainsi, selon son évaluation de ces risques, subir des pertes ou encore réaliser un profit plus important que prévu. Il est difficile de déterminer l'origine exacte de cette conception dans le droit québécois relatif aux contrats d'entreprise. Dans la jurisprudence portant sur l'article 1690 CcBC, on la trouve mentionnée de façon marginale, dans les quelques cas de modification des coûts de la main-d'œuvre et des matériaux, dont les risques sont explicitement attribués à l'entrepreneur aux termes du Code. On en trouve également des traces dans quelques décisions portant sur des contrats comprenant des clauses contractuelles traitant explicitement de la gestion des risques¹¹⁵.

Le fait que le contrat d'entreprise ait acquis une dimension spéculative n'est probablement pas sans lien avec l'utilisation croissante de l'appel d'offres comme mode d'attribution des contrats¹¹⁶. C'est d'ailleurs au cours des années 1970 et 1980 que cette conception du contrat d'entreprise semble s'être diffusée plus largement. En 1991, on en trouve une expression on ne peut plus explicite dans la décision *Groupe Desjardins assurances générales c Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*¹¹⁷. Dans cette affaire, la Cour d'appel était appelée à se prononcer sur la réclamation d'un entrepreneur ayant fait face à des conditions d'exécution imprévues. Après avoir conclu, sur la base des faits présentés, que l'entrepreneur « était en mesure de connaître les conditions en question et les connaissait effectivement », la Cour a jugé qu'il était entièrement responsable de sa propre erreur dans l'évaluation des coûts du chantier. Il est intéressant de constater que, plutôt que de s'en tenir à cette simple conclusion, la Cour d'appel jugea approprié d'ajouter « [u]ne courte observation » selon laquelle « [d]ans une économie de type libéral, la

115. Voir par exemple l'affaire *Fraser*, *supra* note 42, dans laquelle le contrat précisait que l'entrepreneur devait supporter toute perte relative à la nature du sol ou du travail à effectuer.

116. En effet, la préservation de l'intégrité des processus d'appel d'offres implique, d'une part, que le prix fixé demeure immuable et, d'autre part, que tous les soumissionnaires fondent leur mode de fixation du prix demandé sur les mêmes critères, y compris quant aux risques résultant de l'exécution du contrat.

117. JE 91-1599 (CA), (1991), AZ-91011928 (Azimut) (Qc CA).

notion de risque commercial subsiste »¹¹⁸ et celui-ci doit, en principe, être supporté par le soumissionnaire.

Le fait de donner une dimension spéculative au contrat d'entreprise a des conséquences importantes sur la conceptualisation du rôle de ce contrat dans la gestion de la relation entre les parties. Plutôt que d'être un instrument permettant la planification et la réalisation d'ouvrages en échange d'une rémunération adéquate, le contrat d'entreprise devient une forme de pari, que l'entrepreneur peut gagner ou perdre. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas du contrat à forfait absolu, qui ne permet aucune possibilité de modification du prix initial. Cette conception du contrat comme mode d'allocation des risques n'est probablement pas étrangère à l'attitude des tribunaux quant à l'application de clauses contractuelles relatives à la répartition des risques. À cet égard, il convient de mentionner l'affaire *R v Paradis & Farley Inc*¹¹⁹, rendue en 1941 par la Cour suprême du Canada, en appel d'une décision de la Cour de l'Échiquier. Dans cette affaire, le contrat conclu entre le gouvernement fédéral et l'entrepreneur prévoyait que ce dernier n'aurait droit à aucune somme additionnelle en cas de difficultés imprévues dans la conduite des travaux. S'estimant liée par les termes du contrat, la Cour jugea que :

*The risk was upon the suppliant, and having assumed it, it must necessarily bear all the consequences, financial and others, if it misjudged the works to be performed and miscalculated the cost of the enterprise. Expenses incurred for unforeseen difficulties must be considered as being included in the amount of the tender, and the respondent has the legal obligation to execute the contract for the price agreed upon, in the same way as would have been its undisputable right to benefit, if the soil had been more favourable and easier than foreseen*¹²⁰.

Suivant cette approche, plusieurs décisions ont par la suite rejeté des réclamations d'entrepreneurs ayant accepté par contrat d'assumer l'entière responsabilité de constater et de vérifier les conditions d'exécution des travaux, et ce, malgré leur caractère « léonin »¹²¹ ou

118. *Ibid* à la p 18.

119. *Supra* note 42.

120. *Ibid* à la p 18.

121. *H Cardinal Construction Inc c Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, JE 87-970 (CA), (1987), AZ-87011304 (Azimut) à la p 6 (Qc CA) [*Cardinal*].

« draconien »¹²² et leur « rigueur impitoyable »¹²³ pour l'entrepreneur. L'attitude des tribunaux face à de telles clauses connaîtra éventuellement un certain assouplissement, au moyen de l'application de deux principes juridiques distincts. D'une part, on fera de l'obligation de renseignement « un corollaire immédiat de l'allocation des risques »¹²⁴. D'autre part, après que la Cour d'appel aura qualifié, dans l'arrêt *Janin*¹²⁵ *de contrat d'adhésion, le contrat conclu par appel d'offres*, il deviendra possible d'annuler des clauses contraires à l'obligation de renseignement du client en vertu de l'article 1437 CcQ. Cependant, il faut noter que ces deux mécanismes permettant de réduire les risques de l'entrepreneur ne trouvent application que lorsque le comportement du client justifie de lui imputer une partie de la responsabilité des erreurs commises dans l'évaluation des conditions d'exécution. Dans les autres cas, l'entrepreneur qui désire limiter ses risques aura la responsabilité de prévoir l'inclusion de clauses contractuelles à cet effet¹²⁶.

L'utilisation de l'une ou l'autre des trois vérités définies comme fondement du droit relatif au contrat d'entreprise a des conséquences importantes quant à la conceptualisation de la responsabilité de l'entrepreneur. Dans l'approche « protectrice » originale, c'est la malhonnêteté de l'entrepreneur qui est visée. Si la règle peut en pratique avoir pour effet d'empêcher l'indemnisation d'un entrepreneur de bonne foi, il s'agit d'une conséquence accidentelle d'une application trop large de la règle, dont on cherchera d'ailleurs à limiter la portée. Dans une approche « professionnelle », par contre, on attend de l'entrepreneur qu'il fasse preuve d'une certaine expertise dans l'évaluation des travaux à effectuer et de leur coût, le défaut de le faire entraînant sa responsabilité. On peut présumer que la formulation d'une telle conception dépend en partie de l'évolution des connaissances et techniques en matière de construction, qui permettent aux professionnels

122. *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c Janin Construction* (1983) Ltée, JE 99-765 (CA), [1999] RJQ 929, (1999), AZ-50060951 (Azimut) à la p 33 (Qc CA) [*Janin*].

123. *Corpex*, *supra* note 110 à la p 664.

124. *Banque de Montréal c Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554 à la p 591, 1992 CanLII 71 (CSC) : « La partie qui assume les risques se doit de se renseigner [...]. Toutefois, l'autre partie ne doit pas, par action ou par inaction, contribuer à fausser l'évaluation des risques de celle qui les assume ».

125. *Janin*, *supra* note 122.

126. Voir *Nova Scotia Construction Company Limited v Quebec Streams Commission*, [1933] RCS 220 à la p 223; *Cardinal*, *supra* note 121 à la p 7 : « L'appelante était libre de soumissionner ou de ne pas soumissionner. [...] L'appelante pouvait aussi faire une soumission sous la réserve expresse que le contrat comprendra une clause de la nature de celle qu'on trouve dans l'affaire *Corpex* ».

de mieux planifier les chantiers. Enfin, même si le statut de « professionnel » de l'entrepreneur et la dimension spéculative du contrat d'entreprise font tous deux appel à la notion de prise en charge des risques, ces deux éléments ont des conséquences bien distinctes sur la détermination des obligations de l'entrepreneur. En effet, alors qu'une approche « professionnelle » suppose de faire porter à l'entrepreneur les conséquences de ses erreurs, l'approche « spéculative » permet de lui imposer une responsabilité, même en l'absence de toute faute de sa part.

En faisant de l'obligation d'assumer les pertes un simple corollaire de la possibilité d'enranger un bénéfice plus important que prévu, la conception spéculative du contrat d'entreprise opère en fait un réalignement des fondements de la responsabilité de l'entrepreneur, les notions de faute et de bonne foi cédant la première place aux principes d'immutabilité des contrats et de liberté contractuelle. Dans cette perspective, il ne suffit plus pour un entrepreneur d'agir de façon consciencieuse dans la planification de ses chantiers afin de réduire ses risques de perte. Il devra également s'assurer de la présence d'une clause permettant de réviser les prix en cas de découverte de conditions imprévues.

Dans une perspective juridique, l'adoption d'une conception spéculative du contrat d'entreprise présente certains avantages. En faisant reposer sur l'entrepreneur les risques liés au contrat et le fardeau de les limiter par l'adoption de clauses contractuelles, cette approche permet d'éviter des questions difficiles, comme celle de la distinction entre circonstances imprévues et circonstances imprévisibles. Plus spécifiquement, le fait d'assimiler l'entrepreneur à un spéculateur permet d'apporter une réponse simple à l'épineuse question de la gestion de l'imprévision. On se souviendra que cette question avait fait l'objet d'un examen attentif par le comité sur le contrat d'entreprise de l'Office de révision du Code civil. Celui-ci s'est fondé sur une approche centrée sur l'impératif de bonne foi pour proposer de tenir compte du particularisme du contrat d'entreprise et a adopté une disposition permettant sa révision ou sa résiliation en cas de circonstances extraordinaires, imprévisibles ou imprévues¹²⁷. Or, cette approche a par la suite été

127. Office de révision du Code civil, *supra* note 52. Pour un exposé des liens entre la bonne foi et l'imprévision, voir Pierre-Gabriel Jobin, « L'imprévision dans la réforme du Code civil et aujourd'hui » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 375.

rejetée sans ménagement par le comité de réforme du Code civil, pour des raisons liées à la notion de liberté contractuelle. En effet, selon ce comité,

[c]ompte tenu du contexte social et économique actuel et de la pratique de plus en plus répandue qui s'est développée [*sic*] chez les contractants de prévoir conventionnellement la révision régulière de leurs ententes, il a paru aux membres du Comité que l'attitude d'un contractant qui ne prévoirait pas la révision périodique de ses ententes, surtout si elles sont de longue durée, serait tout à fait irresponsable aujourd'hui, et, donc, qu'une règle générale permettant la révision judiciaire des contrats pour imprévision viendrait sanctionner une telle irresponsabilité chez les contractants¹²⁸.

On peut cependant se demander dans quelle mesure le contrat constitue effectivement un instrument adéquat de gestion des risques pour l'entrepreneur. Dans le cas des contrats consentis par appel d'offres, ou d'autres contrats d'adhésion, il n'est pas évident que les entrepreneurs soient effectivement en mesure d'imposer la présence de clauses de révision leur permettant de limiter leurs risques. De plus, même si on pouvait considérer l'insertion de telles clauses comme allant de soi dans les contrats importants, pour lesquels peu d'entrepreneurs sont en mesure de présenter une soumission, il n'en est pas nécessairement de même sur les marchés vraiment compétitifs. Dans de tels cas, un entrepreneur qui soumissionnerait des travaux sous réserve de l'inclusion d'une clause lui permettant de limiter ses risques obtiendrait probablement le contrat seulement en échange d'une diminution significative du prix consenti. Or, si l'on tient pour acquis que le mécanisme d'appel d'offres permet effectivement au client d'obtenir le meilleur prix possible, l'entrepreneur voulant limiter ses risques devra souvent choisir entre la possibilité de remporter un contrat non rentable et le fait de présenter une soumission pour un contrat rentable, mais comportant des risques. Par ailleurs, si l'on considère le cas des contrats pour des chantiers de moindre importance, on peut douter que les entrepreneurs qui signent de tels contrats aient les ressources nécessaires pour évaluer le besoin de telles clauses et les imposer à leurs clients. À cet égard, il nous semble donc que les affirmations des tribunaux, selon lesquelles l'absence de clauses

128. Ministère de la Justice du Québec, *Orientations législatives retenues par le comité de réforme du Code civil*, 1986 à la p 6 [document non publié disponible aux Archives nationales du Québec, bureau de Québec].

contractuelles signale une volonté réelle de prise en charge des risques par l'entrepreneur, reposent sur une certaine méconnaissance des réalités commerciales.

CONCLUSION

La jurisprudence et la doctrine relatives à l'article 2109 CcQ souffrent actuellement d'un manque de cohérence évident. Dans le présent texte, nous avons d'abord tenté de répertorier les incertitudes qui persistent quant à l'interprétation à donner à cette disposition. Nous nous sommes notamment demandé comment une disposition généralement vue comme une simple reprise du droit antérieur avait pu mener à des interprétations divergentes, dont certaines ont même pour effet de lui retirer tout effet utile. Nous avons ensuite tenté de rendre compte de cette situation en examinant les différents « faits et vérités » associés au contrat d'entreprise, et leur évolution au cours du siècle dernier.

Cette étude nous a permis de mettre au jour l'apparition, dans les conceptions relatives au contrat d'entreprise, d'une dimension spéculative voulant que l'entrepreneur soit responsable de tous les risques d'exécution du contrat. Cette dimension spéculative du contrat d'entreprise, qui était invoquée très marginalement dans la jurisprudence relative à l'article 1690 CcBC, fournit des clés intéressantes concernant l'article 2109 CcQ. D'une part, le fait pour les tribunaux de concevoir le contrat d'entreprise à forfait comme un mode spécifique de gestion des risques permet de mieux comprendre le flou entourant les fonctions attribuées à l'article 2109 CcQ. D'autre part, il permet d'expliquer pourquoi la protection autrefois accordée aux propriétaires contre les manœuvres des entrepreneurs est maintenant considérée par certains comme devant s'étendre à toute partie bénéficiaire du forfait, y compris un sous-entrepreneur, sans égard à son degré de compétence par rapport à l'entrepreneur.

Si elle peut expliquer une partie de la confusion actuelle relative à l'article 2109 CcQ, cette conception du contrat d'entreprise comme un outil de répartition des risques, plutôt que de coopération, n'est pas sans poser quelques problèmes additionnels. En s'appuyant sur le principe de la liberté contractuelle, elle repose sur une vision peu réaliste des processus de négociation entourant la conclusion des contrats d'entreprise. En effet, on peut se demander dans quelle mesure un tel contrat reflète l'intention des parties quant à la répartition des risques,

et si l'absence de clauses contractuelles implique nécessairement la libre prise en charge de ces risques par l'entrepreneur. Plus largement, on peut s'interroger sur les liens entre les règles relatives au contrat d'entreprise et le principe de bonne foi. On peut notamment se demander si l'obligation de renseignement imposée au client est suffisante pour assurer la création et le maintien de relations coopératives à même de garantir le succès des chantiers entrepris, ou s'il ne faudrait pas également envisager la remise en cause de l'immutabilité du forfait, dans les cas où elle s'avérerait nécessaire à l'atteinte des résultats recherchés par les parties.