

Les conventions de service

- ✓ Un très grand nombre de contrats que vous concluez oralement ou par écrit sont des contrats de service.
- ✓ S'il y a lien de subordination, les tribunaux pourraient conclure qu'il y a relation employeur-employé.
- ✓ Le fournisseur court le risque dans certains cas de se retrouver avec l'accréditation et la convention collective de son client.
- ✓ Les parties ne peuvent éviter les surprises et les problèmes éventuels qu'en précisant clairement leurs attentes respectives et les spécifications.
- ✓ Plusieurs règles supplétives du *Code civil du Québec* vont s'appliquer à votre relation contractuelle à moins que vous ne les éliminez, les circonscriviez ou les limitiez.

Par André Laurin

La vogue de l'impartition et de la sous-traitance, le nombre accru de travailleurs autonomes et la place prépondérante qu'occupe le secteur des services au Québec ont donné une importance considérable à la convention de service.

Toutefois, force est de constater que généralement, sauf pour certains contrats sophistiqués d'impartition de services informatique par exemple, les utilisateurs et les fournisseurs de services devraient davantage user de prudence et reconnaître toute l'importance que revêtent la préparation et le contenu de la convention de service et les risques qui y sont associés. Mieux vaut établir clairement et comprendre de part et d'autre les attentes de son vis-à-vis.

Qu'est-ce qu'un contrat de service?

Le *Code civil du Québec* en donne cette définition à l'article 2098 :



« Art. 2098. Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer. »

Cette définition est très large et couvre aussi bien les services majeurs que les services de moindre importance; le contrat d'impartition de services informatique comme le contrat d'entretien ménager.

Distinction avec le contrat de travail et le contrat de mandat

Dans le contrat de service, le fournisseur de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et, contrairement au contrat de travail, il n'y a pas de lien de subordination entre le client et le fournisseur, alors qu'il y en a un entre l'employeur et le travailleur. Quant au contrat de mandat, il se situe à l'enseigne de la représentation avec des instructions plus ou moins détaillées selon la discrétion du mandant. Notons que parfois le contrat de service peut impliquer un volet représentation et



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

qu'il peut y avoir à la fois un contrat de service et un contrat de mandat. Ainsi le planificateur financier peut être appelé d'une part à conseiller son client et d'autre part à agir comme un mandataire aux fins de conclure certaines opérations.

Convention collective (art. 45 du Code du Travail) et contrat de travail

Le fournisseur de services qui oeuvre au Québec et qui désire fournir certains services à un client qui utilisait auparavant ses propres employés à ces fins, a intérêt à vérifier que le contrat, ou plus précisément le transfert de certaines activités du client au fournisseur, ne sera pas considéré comme une **aliénation d'entreprise**. Si tel devait être le cas et que les activités transférées du client étaient auparavant assumées par des employés syndiqués du client, le fournisseur pourrait se retrouver **lié par la convention collective** à laquelle son client était assujéti. La Cour suprême du Canada a tiré des conclusions en ce sens dans deux décisions récentes, soit une première concernant l'entretien ménager d'immeubles¹ et une deuxième concernant la cueillette d'ordures ménagères².

De son côté, le client voudra s'assurer que le **fournisseur** de services n'est pas considéré comme **son employé** au sens de certaines lois régissant le travail (normes minimales, droit à la syndicalisation, cotisations de CSST, etc.) et de certaines lois fiscales (déductions à la source, prestations d'assurance-chômage et autres). Les tribunaux regardent l'ensemble des éléments qui composent la relation entre les parties. Ces éléments sont habituellement regroupés en quatre catégories, à savoir :

- le niveau de contrôle du client sur le fournisseur ou, à l'inverse, le niveau d'autonomie;
- la propriété des instruments ou outils de travail;
- la possibilité de pertes et de profits ou, en d'autres termes, le mode de rémunération; et
- le niveau d'intégration du fournisseur dans l'entreprise du client.³

Juridiction et lois applicables

Les contrats de service conclus au Québec qui sont silencieux quant aux lois applicables et, bien entendu, les contrats qui le stipulent de manière explicite, peu importe où ils sont conclus, seront soumis aux lois du Québec. Dans ces cas, le *Code civil du Québec* s'appliquera.

Or, le *Code civil du Québec* comporte plusieurs dispositions qui lieront les parties si celles-ci ne sont pas sciemment éliminées, modifiées ou circonscrites par les parties. Bien entendu, ne peuvent être éliminées ou modifiées les dispositions impératives ou d'ordre public.

Parmi les **dispositions d'ordre public**, relevons :

- l'obligation pour les parties d'agir de bonne foi;

¹ *Ivanhoe Inc. c. TUAC*, section locale 500, [2001] C.S.C. 47

² *Sept-Îles (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [2001] C.S.C. 48

³ *Id.*, p.113, citant les arrêts *Perreault c. Produits Replico Inc.*, J.E. 94-1865 (C.Q.); *Ferme Richard Brault Enr. c. Constructions D.M. Primeau Inc.*, J.E. 96-1800 (C.Q.); voir aussi *Stageline Mobile Stage inc. c. Richard*, J.E. 2000-862 (C.A.) et *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.* [1986] 3 C.F. 553.

André Laurin est membre du Barreau du Québec depuis 1971 et oeuvre en droit des affaires.



- l'impossibilité pour les contractants d'exclure ou de limiter leur responsabilité d'effectuer réparation à l'égard des tiers étrangers au contrat;
- l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité pour dommage corporel ou moral causé à autrui;
- la possibilité pour le tribunal de réduire ou d'annuler certaines clauses pénales qu'il jugera abusives; et
- l'impossibilité pour le fournisseur de se dégager de sa responsabilité lorsqu'il a assumé une obligation de résultat autrement qu'en prouvant la force majeure.

De plus, le fournisseur qui transige avec des consommateurs devra respecter les obligations de fond et de forme applicables que prescrivent la *Loi sur la protection du consommateur* et les règlements adoptés sous son égide.

Les **dispositions supplétives** spécifiques aux contrats de service se retrouvent aux articles 2098 à 2129 du *Code civil du Québec*. Parmi celles-ci, notons :

- libre choix du fournisseur quant aux moyens d'exécution (art. 2099 C.c.Q.);
- pas de lien de subordination entre le client et le fournisseur quant à l'exécution (art. 2099 C.c.Q.);
- le fournisseur est tenu d'agir au mieux des intérêts du client, avec prudence et diligence et conformément aux règles et usages de son art (art. 2100 C.c.Q.);
- le droit pour le fournisseur de s'adjoindre un tiers (art. 2101 C.c.Q.);
- l'obligation du fournisseur, avant la conclusion du contrat, de fournir toute information utile quant à la nature de la tâche et quant aux biens et au temps nécessaires (art. 2102 C.c.Q.);
- l'obligation du fournisseur de fournir les biens nécessaires à l'exécution du contrat (art. 2103 C.c.Q.);

- le cadre restreint des possibilités de modifier le prix d'un contrat à forfait, c'est-à-dire à prix fixe (art. 2109 C.c.Q.);
- le droit du client de résilier unilatéralement le contrat et les restrictions quant au droit du fournisseur de résilier le contrat (pour motif sérieux seulement et non à contretemps, obligation de faire ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir un préjudice) (art. 2125 et art. 2126 C.c.Q.);
- les effets de la résiliation (art. 2129 C.c.Q.).

Les parties ou l'une d'entre elles pourraient donc avoir grandement intérêt à **exclure**, à **limiter** ou à **compléter certaines de ces dispositions** afin de, par exemple, mieux encadrer les droits de résiliation, réclamer des profits anticipés en cas de résiliation (à l'avantage du fournisseur), ou encore, prévoir spécifiquement la possibilité de redresser le prix.

Si le contrat n'est pas soumis aux lois québécoises et aux tribunaux québécois ou, en d'autres termes s'il est soumis à des lois ou juridictions étrangères, il sera plus prudent pour le contractant québécois notamment :

- de prescrire une **procédure spécifique** d'avis et de transmission d'avis et de signification;
- d'utiliser les lois d'une **juridiction neutre** qui appliquent des règles commerciales reconnues (ex. : lois de l'État de New York);
- de privilégier un **arbitrage** et des arbitres neutres et qualifiés;⁴
- d'**exclure les dommages punitifs**; et
- de stipuler que les parties renoncent aux **procès par jury**.

Recommandations et précautions

Voici quelques recommandations et précautions utiles.

Recommandations aux deux parties

- Adoptez une **approche raisonnable, équilibrée et de bonne foi**; un bon contrat est un contrat où chaque partie y trouve son bénéfice.
- **Définissez clairement ce qui est recherché** (l'objet) et, partant, les spécifications; l'image du service que chaque partie a en tête doit être exprimée en utilisant, par exemple, l'une ou plusieurs des **approches** suivantes :
 - la description du résultat recherché;
 - la description des différents aspects du service;
 - la formulation de règles quant à la sélection et à l'utilisation d'une main-d'oeuvre spécialisée;

→ la description de l'assistance qui sera fournie par le client dont, entre autres :

- l'accessibilité aux lieux et au personnel (en temps et en qualité);
 - l'accessibilité aux travaux préparatoires, aux données internes de l'entreprise; et
 - les outils de travail qui seront mis à la disposition du fournisseur pour le client.
- Prévoyez la **durée précise** du contrat ou la façon d'y mettre fin, les effets de la terminaison, les obligations qui devraient survivre (confidentialité, non-concurrence, etc.), les droits ou options de prolongation et, quant au fournisseur, l'octroi en sa faveur d'un pacte de préférence ou droit de premier refus.

⁴ Exemples : Chambre de commerce Internationale ou Commission des Nations Unies pour le droit commercial Int'l (CNUDCI)

- Dans les circonstances où le service est exécuté en phases successives ou est exécuté de manière continue et sur une période de temps relativement longue, stipulez des échéances périodiques ou des **points de chute intermédiaires**; ces étapes permettent aux parties de s'expliquer, d'évaluer la situation et de faire les ajustements requis, le cas échéant.
- Vérifiez l'opportunité d'utiliser un tiers indépendant, une procédure d'**inspection** et de **vérification** ou des critères objectifs pour vérifier l'atteinte des objectifs et le respect des spécifications à différentes étapes.
- Lorsque les circonstances le permettent, utilisez les **versements périodiques**.
- Déterminez à l'avance quelles **dépenses** du fournisseur sont **remboursables** et quels sont les critères, exigences et modalités de remboursement (approbation préalable, coûts concurrentiels, prix unitaire, plafonds, rabais au volume, pièces justificatives, etc.).
- Prévoyez ce qui arrivera **en cas de non-respect** par l'une ou l'autre des parties (suspension des obligations, droit de résolution, droit de résiliation, demande d'exécution spécifique, dommages-intérêts liquidés, surcharges, pénalité, etc.), établissez la procédure à suivre dans les cas où l'une ou l'autre des parties voudra se prévaloir de ses droits (avis, délai pour effectuer réparation, etc.) et prévoyez l'étendue de la notion de force majeure et ses effets si elle empêche ou retarde l'exécution du contrat.
- Demandez-vous s'il n'y a pas lieu pour vous de **protéger la propriété intellectuelle** ou les renseignements confidentiels auxquels vous donnerez accès à l'autre partie (engagement de confidentialité) et de vous prémunir contre certaines actions contraires à l'intérêt de votre entreprise que l'autre partie pourrait prendre; à cet effet plusieurs outils peuvent être utilisés en plus de l'engagement de confidentialité tels :
 - l'engagement de non-concurrence;
 - l'engagement d'exclusivité;
 - l'engagement de non-sollicitation d'employés;
 - la prohibition générale d'agir contre les intérêts de l'autre partie.
- Obtenez des **confirmations** et **garanties** de l'autre partie sur sa capacité de contracter et sur son respect des dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables (capacité juridique, permis de travail, certificats de compétence, conventions collectives, paiement des cotisations de CSST, paiement des taxes et déductions à la source, etc.); il est également très utile de vérifier si l'autre partie a souscrit et maintient en vigueur des garanties d'assurance responsabilité et d'assurance dommage satisfaisantes, et d'obtenir un certificat de l'assureur à cet égard comportant un engagement de vous donner un avis préalable de résiliation.
- Prévoyez de façon claire les **exonérations** et **limitations de responsabilité** dont le fournisseur pourra se prévaloir le cas échéant.

Rappelons également qu'au Québec les autorités fiscales peuvent percevoir la TPS ou la TVQ qui n'a pas été perçue ou remise soit du client ou du fournisseur, bien que l'obligation de paiement soit imposée au client et celle de percevoir, au fournisseur. Les deux parties ont donc intérêt à surveiller le respect des exigences fiscales en ces matières.

Autres recommandations au client

En ce qui le concerne spécifiquement, le client aura de plus intérêt,

- s'il ne peut prescrire ou ne prescrit pas une **obligation de résultat**, à être à tout le moins précis quant à ses attentes, aux spécifications et aux **moyens** que devra utiliser le fournisseur (qualité des outils, de la main-d'oeuvre et des méthodes de travail);
- à ne **pas payer automatiquement** et d'avance; et,
- en plus des droits en cas d'exécution déficiente ou de non-respect des échéances, à s'assurer d'avoir des **solutions de remplacement** et des **moyens de pression** à sa disposition (retenues, garanties sous forme de cautionnement d'exécution et de lettre de garantie bancaire, disponibilité d'autres fournisseurs ou capacité d'exécuter directement le reste du contrat, etc.).

Autres recommandations au fournisseur

En plus de préciser clairement ce qu'il doit livrer au client et de limiter les recours potentiels du client dont nous avons déjà brièvement traité, l'objectif premier du fournisseur sera évidemment de s'assurer du **paiement de la contrepartie** et du **remboursement des dépenses**; à ce dernier égard, le fournisseur prudent devrait, entre autres,

- éliminer les **risques de change**;
- prévoir un **mécanisme de paiement rapide** (ex. virement bancaire);
- relier l'obligation de paiement à des **déclencheurs** aussi **objectifs** que possible (dates précises, certificat d'un inspecteur indépendant, etc.);
- se protéger contre les risques de non-paiement (dépôt, **lettres de crédit** ou de garantie bancaire, cautionnement, etc.); et

- stipuler l'**accessibilité** et les moyens que le client devra lui fournir (l'accès aux lieux, au personnel-clé, à certains équipements ou matériaux...) et se prémunir contre les délais et obstacles au respect de ses propres obligations que le client lui-même, ou d'autres fournisseurs, pourraient créer.

Conclusion

Il n'y a **pas** en matière de conventions de service ni d'ailleurs en matière contractuelle en général de **contrats modèles** ou de **formules magiques**. Toutefois, il y a des questions à se poser, des précautions à prendre et donc un raisonnement à suivre. Ce texte a pour but de vous aider à ce faire.

Ce bulletin ne se veut pas exhaustif. La diversité des conventions de service, leur contexte et leur importance relative de même que l'espace disponible ne permettent pas qu'il le soit. Nous vous invitons toutefois à consulter, sur notre site internet, le texte de la conférence donnée par l'auteur le 4 octobre 2001.

André Laurin

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants du groupe Affaires pour toute question relative à ce bulletin.

à nos bureaux de Montréal

Diane Bellavance
Fabienne Benoit
Pascale Blanchet
Michel Blouin
Valérie Boucher
Serge Bourque
René Branchaud
Patrick Buchholz
Pierre Cadotte
Pierre Caron
André Champagne
Andrea Daniels
Pierre Denis
Richard F. Dolan
Georges Dubé
David Eramian
Réal Favreau
Brian Forget
Michèle Gamache
Marie-Andrée Gravel

Martin Joyal
Isabelle Lamarre
André Laurin
Alexandra Lee
Larry Markowitz
Jean Martel
Nicole Messier
Charles Nieto
Philip Nolan
André Paquette
Luc Pariseau
Jacques Paul-Hus
Douglas S. Pryde
Johanne L. Rémillard
Stéphanie Séguin
Michel Servant
Yves St-Cyr
Eric Stevenson
Marc Talbot
Vincent Tanguay
Sébastien Vézina

à nos bureaux de Québec

Michel C. Bernier
Martin J. Edwards
Nicolas Gagné
Jacques Gingras
Claude Lacroix
Louis X. Lavoie
Simon Lemay
Marie-Élaine Racine
Jean-Philippe Riverin
Louis Rochette
Jean-Pierre Roy
François Vallières
Sophie Verville

à nos bureaux de Laval

Michel M. Dagenais
Claire Gonneville

Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
(514) 871-1522
Télécopieur :
(514) 871-8977

Québec

Bureau 500
925, chemin Saint-Louis
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
(418) 688-5000
Télécopieur :
(418) 688-3458

Laval

Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
(450) 978-8100
Télécopieur :
(450) 978-8111

Ottawa

Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
(613) 594-4936
Télécopieur :
(613) 594-8783

Site Web

www.laverydebilly.com

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.