



INSTITUT  
DE MÉDIATION  
ET D'ARBITRAGE  
DU QUÉBEC

*P l a c e à l ' e n t e n t e*

**LES MODES DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (PRD)  
« EN TEMPS RÉEL »**

**DES OUTILS POUVANT ASSAINIR LA GESTION  
ET PRÉVENIR LA MALVERSATION  
DANS LES CONTRATS PUBLICS DE CONSTRUCTION**

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ PAR  
L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC  
À LA  
COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET  
LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS  
DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION (CEIC)  
(LA « COMMISSION »)**

**LE 19 JUIN 2014**

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC (L'« IMAQ ») .....	3
LE COMITÉ CONSTRUCTION DE L'IMAQ .....	6
LE CONTEXTE .....	7
LES DIFFÉRENDS .....	9
UN MODE DYSFUNCTIONNEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.....	12
UNE SOLUTION PROPOSÉE : LA MISE EN PLACE, DU DÉBUT À LA FIN D'UN PROJET, D'UN MÉCANISME EFFICIENT DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS..	15
CONCLUSION .....	18
ANNEXE .....	19
LES DIVERS MODES DE PRD ADAPTÉS AUX DIFFÉRENDS DE LA CONSTRUCTION .	19
a. Le partenariat (« Partnering ») .....	20
b. La médiation .....	22
c. Le comité de règlement des différends (CRD) .....	24
d. L'adjudication.....	25
e. L'arbitrage.....	25

## INTRODUCTION

Les différends sont monnaie courante dans la gestion des contrats de construction.

La grande majorité de ceux-ci résultent de demandes de compensation par les parties responsables de la mise en œuvre d'un projet, non seulement les entrepreneurs, mais aussi les professionnels (architectes et ingénieurs et autres spécialistes) mandatés par les donneurs d'ouvrage pour concevoir le projet, en raison de modifications ou changements au contrat (communément appelés les « extras »).

Malgré les exemples d'« extras » frauduleux dont il a été abondamment question devant la Commission, la possibilité de modifications au contrat et le traitement des extras sont prévus dans les conditions générales de tous les contrats de construction publics, ces conditions devant souvent être adaptées à la réalité d'un nombre important de changements concomitants sur un projet, qui s'échelonnent souvent sur toute la durée de réalisation du contrat.

Notons d'emblée que la proposition faite dans le présent rapport ne s'applique pas aux cas de fraude où, comme il a été démontré devant la Commission, toutes les parties à un contrat de construction (entrepreneurs, professionnels et gestionnaires des donneurs d'ouvrage) s'entendent pour payer des « extras » non justifiés ou dont la valeur est artificiellement gonflée.

Il n'est plus rare de voir, sur la plupart des projets publics, des changements nombreux et de grande envergure, dont l'impact sur le prix global et l'échéancier du contrat a été négocié et agréé en toute légalité entre les parties au contrat.

Les changements représentent souvent jusqu'à 10% de la valeur globale du contrat et des contingences. Ils sont d'ailleurs généralement alloués par les donneurs d'ouvrage dans les évaluations budgétaires préalables au lancement des projets.

La grande majorité des modifications ou changements sont réglés par la négociation directe entre les parties au contrat (donneurs d'ouvrage, professionnels et entrepreneurs).

Les problèmes surviennent lorsque ces négociations échouent ou qu'une partie seulement des coûts est compensée pendant que le projet de construction progresse. Les différends non réglés s'accumulent ainsi jusqu'à la fin du projet, pour constituer un contentieux dont l'issue n'est tranchée que plusieurs années après la fin des travaux, dans un processus judiciaire extrêmement coûteux et énergivore.

Nous soumettons que l'absence de modes ou processus équitables, rapides et efficaces de prévention et de règlement des différends, dès le début d'un projet et pendant toute sa durée, crée un déséquilibre financier entre les parties et que ce déséquilibre constitue un terrain fertile aux tentatives de corruption et/ou de collusion, qui peuvent parfois être utilisées pour tenter de soulager la pression financière sur les parties chargées de la réalisation du projet.

# L'INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC

## (l'« IMAQ »)

L'IMAQ est un organisme à but non lucratif dédié au développement et à l'utilisation extensive de méthodes de prévention et de règlement des différends (les « PRD »), afin notamment de favoriser l'accès à une justice de qualité pour tous les citoyens, organisations et entreprises du Québec<sup>1</sup>. Notre mission en est une de services et d'éducation.

Créé en 1977, l'IMAQ est le principal organisme québécois à regrouper des tiers impartiaux qualifiés qui agissent comme médiateurs ou arbitres pour résoudre les différends en matière civile, commerciale et dans le domaine du travail. Les 265 membres accrédités de l'IMAQ proviennent d'horizons professionnels multiples et de domaines d'expérience diversifiés. Ils sont pour la plupart membres d'un de 17 ordres professionnels différents.

Nos membres partagent des valeurs communes d'intégrité et de compétence, attestées par des règles d'accréditation, d'éthique et de procédure visant à établir un ensemble de normes généralement reconnues dans la pratique des modes de PRD au Québec.

L'IMAQ est affilié à l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (mieux connu sous l'acronyme « ADRIIC »), un organisme pancanadien qui regroupe des instituts de médiation et d'arbitrage de chacune des provinces canadiennes et qui est un partenaire clef dans la mise en place et le maintien des plus hauts standards de qualification de professionnels en PRD, qui assistent les parties dans la résolution de leurs différends<sup>2</sup>.

L'IMAQ est reconnu dans l'espace francophone mondial comme un leader dans sa sphère d'activités et un précurseur dans le développement des modes de PRD pour résoudre

---

<sup>1</sup> Voir le site web de l'IMAQ, en ligne à : [www.imaq.org](http://www.imaq.org)

<sup>2</sup> Voir son site web, en ligne à : [www.adrcanada.ca/francais/index.cfm](http://www.adrcanada.ca/francais/index.cfm)

efficacement les conflits en société. Depuis nos débuts, notre organisation, ainsi que nos médiateurs et arbitres accrédités, ont formé des centaines de professionnels à la médiation et à l'arbitrage, tant au Québec, au Canada que dans plusieurs pays européens et africains. À cet égard, l'IMAQ s'associe fréquemment avec l'Université de Sherbrooke et son programme de maîtrise en prévention et règlement des différends<sup>3</sup> pour des activités de formation et de promotion des PRD, tant sur le plan local qu'international. L'IMAQ est également l'un des initiateurs et membre fondateur de l'Institut de la médiation en espace francophone (IMEF) qui a pour objet de promouvoir le développement de la médiation dans la francophonie, notamment en structurant et intensifiant la représentation des médiateurs francophones sur le plan national et sur le plan supranational, en stimulant la recherche liée aux standards, méthodes et outils de médiation ainsi qu'en renforçant la formation à la médiation et ses référentiels.

Au fil des ans, l'IMAQ a collaboré avec le ministère de la Justice du Québec dans la poursuite de son objectif d'améliorer l'accessibilité à la justice et la qualité de celle-ci. En 2002, le ministère de la Justice s'est associé à la campagne « Servez votre cause, exigez la clause » initiée par l'IMAQ et visant à promouvoir la médiation civile et commerciale et l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux. Plus récemment, nous nous sommes investis dans le projet des Centres de justice de proximité en tant que partenaire, siégeant sur son Comité national des partenaires provinciaux.

Nous collaborons aussi avec d'autres ministères québécois, dont le ministère des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire et le ministère des Transports, sur des projets reliés à la médiation. Par ailleurs, nous avons des échanges réguliers avec les organismes publics et les tribunaux administratifs québécois, afin de les aider à développer une expertise en

---

<sup>3</sup> Les détails et le contenu de ce programme sont disponibles en ligne à :

<http://www.usherbrooke.ca/programmes/fac/droit/2e-cycle/maitrises/reglement-differends/>

médiation institutionnelle et appuyer leurs efforts d'amélioration continue des pratiques de médiation, de facilitation et de conciliation qui y sont mises en œuvre.

L'IMAQ a également une longue tradition de collaboration avec plusieurs organismes et ordres professionnels intéressés par la justice participative. Au cours des quatre dernières années, nous avons participé aux tables rondes sur la justice participative organisées par le Barreau de Montréal. Nous avons également créé un comité de regroupement qui permet à une dizaine d'organismes québécois œuvrant dans la prévention et le règlement des différends d'échanger de manière régulière sur des sujets d'intérêt dans ce domaine et de coordonner leurs efforts de promotion et de développement professionnel.

C'est ainsi qu'en 2006, le comité Construction de l'IMAQ rassemblait les associations et ordres professionnels de tous les acteurs impliqués dans la réalisation des travaux de construction autour d'un mémoire promouvant différents modes de prévention et règlement des différends conçus spécifiquement pour cette industrie.

En 2007 et en 2013, le comité Construction de l'IMAQ a fait des représentations auprès du Secrétariat du conseil du trésor du Québec afin d'inclure aux conditions générales des contrats de construction publics des mécanismes de prévention et de règlement « en temps réel »<sup>4</sup> des différends liés aux travaux de construction.

---

<sup>4</sup> C'est-à-dire en temps opportun, au fur et à mesure de l'évolution du projet.

## **LE COMITÉ CONSTRUCTION DE L'IMAQ**

Le présent mémoire est le fruit d'un travail collectif réalisé par les membres suivants du comité

Construction de l'IMAQ :

- Me Serge Pisapia, avocat, médiateur et arbitre agréé, l'auteur principal du présent rapport

secondé par :

- Mme Rosanna Eugeni, ingénieure, médiatrice et arbitre accréditée

lesquels ont été appuyés par :

- Me Michel Simard, ingénieur et avocat, médiateur agréé
- M. Gaston Langlois, ingénieur, arbitre agréé
- Me Howie Clavier, avocat, médiateur et arbitre agréé
- M. Nunzio Spino, ingénieur, médiateur accrédité
- Me François Valiquette, ingénieur et avocat, médiateur accrédité
- M. Michel Dupont, ingénieur, médiateur accrédité
- M. Guy Simard, architecte, médiateur accrédité
- M. Jacques Falardeau, directeur construction pour une grande entreprise de construction



## LE CONTEXTE

L'objectif d'un projet de construction est d'ériger un ou plusieurs ouvrages pour lesquels des critères, budgets et délais sont fixés à l'avance.

Plusieurs entreprises, groupes et individus spécialisés oeuvrant dans des domaines différents doivent intervenir et travailler ensemble. Bien que le cadre hiérarchique et les responsabilités et obligations de chacun de ces intervenants soient définis dans leurs contrats respectifs, il reste que la réalisation d'un projet de construction revêt une grande complexité et présente beaucoup de risques. En voici quelques uns :

- multiplicité de parties aux intérêts divergents;
- documents d'appel d'offres volumineux et complexes (plans, devis, conditions générales et spéciales, addenda, rapports d'expertise) rédigés parfois par plusieurs parties distinctes;
- délais d'appel d'offres limités;
- prix forfaitaires ou unitaires exigés;
- règle du plus bas soumissionnaire (BSDQ) créant des partenariats précaires;
- marges de profit très étroites;
- contrats d'adhésion.

Une grande proportion des donneurs d'ouvrage sont du domaine public. Ainsi, l'économie du Québec est largement tributaire de la saine gestion des projets d'infrastructures et de bâtiments que les différents paliers de gouvernement entreprennent. De par l'importance des projets de construction réalisés sous sa tutelle, le domaine public québécois établit en quelque sorte le *modus operandi* de cette industrie au Québec.

Le marché des contrats de construction publics octroyés selon les règles (c'est-à-dire sans collusion préalable), est très compétitif et généralement assujéti à la règle du plus bas soumissionnaire. Plusieurs soumissionnaires se livrent une compétition féroce pour décrocher un contrat dont la marge bénéficiaire est souvent très mince, laissant très peu de place aux erreurs et aux omissions.

Les entrepreneurs soumissionnaires sont, dans la grande majorité des cas, des petites ou moyennes entreprises (les « **PME** ») dont les ressources financières sont relativement limitées. Vu la nécessité de fournir des cautionnements de paiement et d'exécution, et vu les modalités usuelles de paiement qui permettent aux entrepreneurs de recevoir des paiements progressifs, mensuels, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, ces derniers n'ont pas besoin, en théorie, de disposer de liquidités importantes, même pour réaliser des projets d'envergure.

Or, nous verrons que dans la réalité, l'exécution, sous protêt, de travaux faisant l'objet d'un différend quant à leur prix ou leur échéancier peut rapidement créer, pour les entrepreneurs, des problèmes de liquidité menaçant leur survie financière. Ce phénomène survient également lorsque plusieurs directives de chantier, qui constituent *a priori* des modifications au contrat, sont réglées tardivement par les professionnels et/ou les donneurs d'ouvrage.

## LES DIFFÉRENDS

Un différend survient lorsque les parties n'arrivent pas à s'entendre sur certains éléments liés au contrat après qu'elles aient négocié entre elles et que l'une d'elles conteste la recommandation du « professionnel » désigné au contrat comme premier interprète des documents contractuels.

Les causes principales des différends qui découlent de la gestion des contrats de construction publics sont des conditions de chantier imprévues de même que des interprétations divergentes de la portée des obligations décrites aux plans et devis contractuels considérés incohérents, ambigus ou même insuffisamment coordonnés.

Qu'il nous suffise de mentionner les exemples suivants des causes les plus fréquentes de changements que l'on retrouve sur les projets de construction :

- conditions géotechniques différentes de celles annoncées dans les documents d'appel d'offres;
- erreurs et/ou ambiguïtés dans les documents d'appel d'offres;
- coordination inadéquate des lots de travail ou des tâches des étapes du projet;
- changements apportés aux plans et devis par le donneur d'ouvrage ou par les professionnels ou autres intervenants;
- réception tardive de l'ordre de débiter les travaux;
- évaluations divergentes de la valeur des travaux supplémentaires requis par les changements.

Ce sont là des « extras » légitimes qui n'ont rien à voir avec le type d'« extras » frauduleux dont il a été fait mention devant la Commission. D'ailleurs, dans la grande majorité des cas, ils sont négociés et convenus entre les parties durant l'exécution du projet.

Ces différends et leur traitement font partie intégrante de tout projet de construction et implique souvent des sommes considérables.

Toutefois, il arrive souvent que ces différends s'accumulent tout au long du projet et que leur résolution ne soit amorcée qu'à la fin du projet, qui peut n'intervenir que des années plus tard.

Entretemps, les contrats de construction publics ont cette particularité de permettre aux donneurs d'ouvrage de forcer l'entrepreneur à exécuter les travaux sous protêt et ainsi lui faire encourir des frais qu'il n'avait pas prévu au prix de son contrat. Il s'agit là d'un cas d'exception à la règle fondamentale de la consensualité des contrats, qui permet à une partie d'obliger son co-contractant de façon tout à fait unilatérale.

Ainsi, en cas de désaccord dans le cas des contrats de construction publics, le gouvernement peut exiger de son co-contractant (qui, rappelons-nous, est déjà le plus bas soumissionnaire conforme), l'exécution de travaux supplémentaires résultant des changements qui lui sont imposés, en plus de ceux déjà prévus à son contrat. Cette particularité ajoute au déséquilibre des parties contractantes déjà manifeste entre un palier de gouvernement et une PME.

En pareille circonstance, l'équité contractuelle exige que ce différend soit réglé le plus rapidement possible.

Effectivement, une telle situation peut vite devenir intenable pour des entreprises à qui on n'a pas demandé, d'entrée de jeu, de disposer des liquidités nécessaires pour financer de tels travaux pendant la durée du contrat et qui de fait, ne disposent pas de ces liquidités.

Il n'est pas difficile d'imaginer que si un tel scénario se répète sur plusieurs contrats ou même sur un seul contrat d'envergure pour un même entrepreneur, cela puisse le mener inexorablement à des difficultés financières importantes qui affecteront directement ses multiples fournisseurs et sous-traitants.

Pour certains entrepreneurs, c'est la pérennité même de leur entreprise qui peut être en jeu. Comment, dans un tel contexte, maintenir sa capacité d'être en affaires, d'être concurrentiel, éviter la fermeture, voire la faillite ? Si rien n'excuse le recours à des solutions illégitimes ou à la malversation pour relâcher la pression financière, il n'en demeure pas moins que la tentation de recourir à de tels moyens peut être grande dans ces circonstances.

À moins de solutions convenables, non seulement nombre de PME peuvent être contraintes à la malversation, aux difficultés financières ou à la faillite, entraînant des coûts additionnels pour la société québécoise, mais ces PME risquent d'être remplacées par des entreprises beaucoup plus importantes, des multinationales notamment, qui pourront, elles, mieux supporter les risques financiers inhérents aux systèmes en place.

## UN MODE DYSFUNCTIONNEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'architecte et/ou l'ingénieur mandaté par le donneur d'ouvrage pour préparer les plans et devis et faire la surveillance du projet est le premier interprète des différends contractuels. Il est le « professionnel » désigné à cet effet par les conditions générales usuelles des contrats de construction publics.

Étant donné qu'une des causes principales des différends origine de la préparation des plans et devis contractuels par ce même « professionnel », il est facile de comprendre que ce dernier est placé dans une situation de conflit d'intérêts lorsqu'il exerce son rôle décisionnel susmentionné.

Suite à l'introduction du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, C-65.1, r. 5, en 2012, les conditions normalisées de contrats publics pour les bâtiments prévoient que les parties doivent, sur demande de l'une d'elles, tenter de régler leur différend par la médiation à l'intérieur de délais prédéterminés. Ces dispositions sont toutefois silencieuses quant aux modalités de mise en œuvre de cette médiation, bien que le nouveau *Code de procédure civile* devant entrer en vigueur à l'automne 2015 pourra fort probablement venir combler cette lacune.

Ces conditions générales ne s'appliquent pas aux travaux de génie civil et bien qu'elles existent depuis 2012 pour les bâtiments, rares sont les projets pour lesquels un tel processus de médiation semble avoir été mis en œuvre.

Le mode prédominant de règlement des différends relatifs aux contrats de construction publics demeure encore majoritairement le procès, lequel a généralement lieu plusieurs mois après la fin des travaux, soit souvent plusieurs années après la manifestation du différend.

Tous les acteurs de l'industrie reconnaissent que le procès d'un litige de construction est généralement très long et très dispendieux, vu la preuve volumineuse et complexe qu'il nécessite.

Qu'il nous suffise de reprendre les propos contenus dans l'Introduction des *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction* élaborées par le Comité canadien des documents de construction (le « **CCDC** ») :

*« Les différends, dans l'industrie de la construction, sont monnaie courante. La multiplicité des parties en cause et la complexité technique des grands projets rendent presque inévitable l'apparition de désaccords. Le coût de la résolution des différends importants est un lourd fardeau, même pour les grandes entreprises. Les retards apportés au règlement de différends causent de sérieux problèmes de trésorerie aux entreprises de moindre envergure et aux sous-traitants. L'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation peut affecter sérieusement la qualité des relations d'affaires, parfois de façon permanente. Si on ajoute ces facteurs au problème de l'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des participants dans l'industrie de la construction à l'égard des avocats, des juges et des tribunaux, et il est facile de comprendre pourquoi les divers acteurs de l'industrie de la construction recherchent activement des façons plus efficaces de gérer les conflits de construction » (nos soulignements)*

À moins que cette recherche de « façons plus efficaces » ne se retrouve dans les modes de règlement des différends réellement adaptés aux besoins des acteurs de l'industrie, tels, par exemple, ceux proposés par le CCDC lui-même, la porte restera ouverte à ce que des acteurs aient recours à des moyens illégaux du type de ceux qui ont été abondamment discutés devant la Commission.

Nous croyons que l'absence de moyens rapides et efficaces de règlement des différends pendant la réalisation des projets de construction crée une sorte de « vacuum juridique », qui contribue à perpétuer un climat propice à la collusion et à la corruption.

N'est-il pas effectivement facile d'imaginer qu'un entrepreneur dont les différends avec son donneur d'ouvrage ont le potentiel de l'acculer à la « faillite » puisse être tenté de soudoyer le gestionnaire du donneur d'ouvrage ou le professionnel qu'il a mandaté pour obtenir, illégalement, un règlement qui le favorise ?

N'avons-nous pas entendu des témoignages devant la Commission expliquant que des contributions illégales étaient faites aux partis politiques afin de ne pas « avoir de problèmes » sur les chantiers ?

Combien de fonctionnaires et de professionnels avons-nous vu défiler devant la Commission pour nous expliquer les avantages personnels illégaux qu'ils tiraient en échange de leur « collaboration » dans le traitement des réclamations injustifiées ?

De nombreux exemples de ce type d'ententes frauduleuses ont été rapportés devant la Commission.

L'objectif du présent mémoire est de suggérer qu'il existe des moyens de prévenir le recours à de telles méthodes en instaurant, sur tous les projets publics de construction, des modes éprouvés de prévention et de règlement « en temps réel » des différends.



## UNE SOLUTION PROPOSÉE : LA MISE EN PLACE, DU DÉBUT À LA FIN D'UN PROJET, D'UN MÉCANISME EFFICIENT DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'IMAQ préconise la mise en place d'un mécanisme de prévention, puis de règlement « en temps réel » des différends, dès le début du projet et pendant toute sa durée, jusqu'à l'acceptation définitive des travaux.

Un tel mécanisme et les modalités de sa mise en œuvre devraient être bien décrits dans les conditions générales des contrats et une allocation budgétaire être prévue afin d'en couvrir les coûts.

Ce mécanisme fait appel à l'intervention de tiers neutres et impartiaux, choisis par les parties principales au contrat au moment de sa signature, lesquels interviennent périodiquement sur le chantier et restent informés de son évolution tout au long du projet.

Il peut s'agir d'un comité de trois personnes (appelé « comité de règlement de différends », le « **CRD** ») ou d'un médiateur de projet, ces deux modèles correspondant au concept de « *Standby Neutral* » maintenant bien établi à travers le monde.

Le ou les tiers ont comme fonction d'identifier les situations potentiellement conflictuelles de façon à les prévenir avant qu'elles ne dégénèrent en un différend, ou de régler les différends de la façon la plus rapide et efficace possible lorsqu'ils surviennent.

Ces tiers sont complètement indépendants de l'équipe de projet, afin d'éviter tout type de collusion entre les entrepreneurs et les « professionnels » du projet et/ou les gestionnaires des maîtres d'oeuvre. Rappelons que les décomptes de paiement en retard ou les modifications aux travaux non payées peuvent mettre en péril la pérennité de certaines entreprises et mener certaines d'entre elles à avoir recours à des solutions illégitimes. Nous sommes d'avis que ces

tiers peuvent certainement contribuer à prévenir ces situations et contribuer à diminuer, voire éliminer les impacts négatifs significatifs que subit actuellement la société québécoise au plan humain et économique.

Ces tiers sont à la fois des experts de la gestion des travaux de construction et de la prévention et règlement des différends (PRD).

Ils doivent être accrédités comme médiateurs et/ou arbitres par l'IMAQ ou un autre organisme accréditeur reconnu, donc régis par le code d'éthique de l'organisme accréditeur, lequel doit prévoir des règles strictes visant à préserver l'intégrité des processus gérés par ses membres.

Ils peuvent aussi être regroupés dans un répertoire de tiers neutres constitué conjointement par l'organisme accréditeur et certains grands donneurs d'ouvrage et associations d'entrepreneurs ou de professionnels de la construction.

On peut décider de leur confier un rôle de médiation, de recommandation ou même d'adjudication, selon le modèle choisi.

En effet, les modes de PRD développés par les acteurs de l'industrie de la construction se situent sur un *continuum* allant du **partenariat** (« *Partnering* ») jusqu'à l'**arbitrage** en passant par la **médiation**, le CRD (« *Dispute Resolution Board* ») et l'**adjudication** selon le modèle de la loi britannique<sup>5</sup>.

Alors que la fonction première du **partenariat** est de renforcer l'équipe de projet (« *Team Building* ») avant même que ne débutent les travaux et de convenir du processus de règlement des différends pendant l'exécution du projet, le **médiateur de projet** a pour fonction de suivre

---

<sup>5</sup> *The Housing Grants, Construction and Regeneration Act* aussi connue sous le vocable de la *Construction Act*.

l'évolution des travaux afin de déceler et de prévenir les conflits et d'aider les parties lors d'un règlement à l'amiable dans des délais raisonnables.

Le CRD joue également ce rôle, avec comme différence qu'il procède à une évaluation du différend et formule une recommandation, soit de façon formelle à la suite d'une audition des parties, ou même par la voie ou à l'aide d'opinions informelles à la demande des parties.

Par l'**adjudication** selon le modèle britannique comme par l'**arbitrage**, les parties demandent qu'un tiers intervienne pour trancher leur différend, soit de façon temporaire jusqu'à la fin des travaux en ce qui concerne l'adjudication, soit de façon définitive et sans appel dans le cas de l'arbitrage.

Tous ces modes ont comme particularité qu'ils peuvent être exercés de façon contemporaine au projet, d'où l'appellation « en temps réel ».

Nous vous référons à l'annexe du présent rapport pour une description plus détaillée de chacun de ces modes.

Nous sommes convaincus qu'un tel mécanisme de gestion des différends, à la fois rapide et indépendant, aurait pour effet d'assainir considérablement les relations contractuelles des parties à un contrat de construction et de réduire le potentiel de tractations possiblement frauduleuses dans ce domaine.

Finalement, la solution proposée est en parfaite harmonie avec les dispositions fondamentales du nouveau *Code de procédure civile* qui priorise les modes de PRD par rapport aux recours aux tribunaux.

## CONCLUSION

Il est possible que certains aspects de la collusion et de la corruption que l'on retrouve dans la gestion des travaux publics de construction soient des « moyens alternatifs » de dernier recours employés par des parties, autrement intègres, afin de palier à un système généralement inefficace de règlement des différends, dont les conséquences peuvent être néfastes pour les parties en cause.

Un système de règlement des différends rapide et efficient, sous l'égide de tiers neutres dont l'accréditation garantit les plus hauts standards éthiques, aurait pour effet de rendre obsolète ce recours à des moyens alternatifs illégaux.

Par ailleurs, de façon plus générale, les différends de construction non adéquatement réglés sont la cause de myriades de problèmes affectant l'économie québécoise. Mentionnons, à titre d'exemple, les importants dépassements de coûts de construction des infrastructures et bâtiments; les difficultés financières pour les PME et les répercussions sur la population (salariés, fournisseurs, impôts non payés à la suite de faillites, etc.); la réduction du nombre de PME sur le marché et l'augmentation des multinationales dont une partie des bénéfices pourrait se voir versée à des entités étrangères et finalement, l'appauvrissement de l'expertise québécoise en construction.

Il est par conséquent urgent de mettre en œuvre des solutions « taillées sur mesure » pour mieux répondre aux besoins de l'industrie de la construction.

## ANNEXE

### LES DIVERS MODES DE PRD ADAPTÉS AUX DIFFÉRENDS DE LA CONSTRUCTION

Ces modes gravitent tous autour du concept de l'intervention de tiers neutres, experts en construction et en résolution de conflits, dans toutes les phases d'un projet de construction, de sa planification à sa clôture. Leur fonction est de prévenir les conflits et, le cas échéant, de les régler en fonction du mandat qui leur est donné par les parties.

Ces différents modes se distinguent entre eux en fonction du degré de contrôle que souhaitent préserver les parties dans le règlement de leur différend. Plus elles accordent un pouvoir décisionnel au tiers, plus elles acceptent de lui céder le contrôle.

Selon ce critère, le **partenariat** et la **médiation** se distinguent des comités de règlement des différends (« *Dispute Review Boards* ») qui eux-mêmes se différencient des *Dispute Adjudication Boards*, du modèle d'**adjudication** britannique et de l'**arbitrage**. En principe, ni le partenariat ni la médiation ne donnent lieu à une opinion ou une décision du tiers alors que le but des autres modes mentionnés est précisément d'en obtenir une.

Essentiellement, nous estimons que le « *Dispute Resolution Ladder* » traditionnel à deux niveaux (décision du professionnel du projet suivie de l'arbitrage et/ou du procès) ne convient plus aux exigences de plus en plus complexes et sophistiquées des projets de construction modernes. Des paliers d'intervention en amont et en aval de la décision du professionnel de projet devraient être introduits, sur un *continuum* dans lequel l'arbitrage et/ou le procès représentent véritablement une solution de dernière instance.

En amont de ce *continuum* on retrouve le **partenariat**. En aval se situent la **médiation**, l'**évaluation neutre non contraignante** (« *Standing Neutral* ») et le **Comité de Règlement des Différends** (« *CRD* »), l'**évaluation neutre contraignante** (« *Adjudication* »), selon le modèle britannique et *Dispute Adjudication Board*) et finalement, l'arbitrage ou le procès.

La particularité de ces divers modes est leur approche proactive au règlement des différends. Il ne s'agit plus d'attendre que les travaux du projet soient terminés pour intervenir. Le règlement se fait « en temps réel » dès que surviennent les différends.

Certains de ces modes prévoient que des tiers soient nommés dès le début du projet et qu'ils restent disponibles (en « *standby* ») durant toute sa durée, étant régulièrement informés de son déroulement de façon à pouvoir intervenir rapidement et efficacement dès qu'un différend leur est soumis. Il s'agit du médiateur de projet, du « *Standing Neutral* » ou des CRD.

Quant aux modes adjudicatifs susmentionnés, ils se distinguent de l'arbitrage en favorisant des règles de procédure et de preuve beaucoup plus souples et en se concentrant davantage sur la recherche de faits et les arguments techniques que sur le droit.

Nous décrivons plus en détails chacun de ces modes ci-après.

#### **a. Le partenariat (« Partnering »)**

Mise de l'avant à la fin des années 1980 par le *US Army Corps of Engineers*, cette méthode de prévention des conflits fait appel à une équipe multidisciplinaire lors de l'exécution d'un projet.

Le partenariat vise à développer l'esprit d'équipe en mettant l'emphase sur le projet, auprès de firmes qui n'ont pas nécessairement d'expérience commune et dont l'association est imposée, dans le secteur public, par le système d'octroi du contrat au plus bas soumissionnaire. Ne

modifiant en rien le contrat établi entre les parties, il vise à établir et faciliter la communication entre les intervenants du projet.

Considéré comme une étape essentielle de la planification d'un projet, le partenariat a pour but de :

- renforcer les équipes de travail;
- éliminer les obstacles organisationnels à une franche communication, à tous les niveaux;
- permettre un accès libre et complet à l'information;
- développer une attitude constructive face aux problèmes rencontrés;
- identifier les objectifs communs;
- identifier les obstacles potentiels et proposer des solutions;
- former et responsabiliser le personnel de première ligne dans la résolution rapide du plus grand nombre de problèmes possible;
- assurer une responsabilité conjointe pour le maintien, l'amélioration et l'entretien de la relation de partenariat;
- permettre l'écriture d'une charte qui devient le code d'éthique des membres de l'équipe afin d'assurer la bonne marche du projet.

## **b. La médiation**

La médiation a été introduite dans les conditions normalisées de tous les contrats publics de bâtiments en 2012, par le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, C-65.1, r. 5.

À défaut de règles de médiation spécifiques convenues entre les parties, ce sont celles édictées aux articles 605 à 615 du nouveau *Code de procédure civile* qui s'appliqueront lors de leur entrée en vigueur à l'automne 2015.

La médiation a également été choisie comme processus privilégié par le Comité canadien des documents de construction (le « **CCDC** »), comité mixte composé de représentants de l'Association canadienne de la construction, de l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, du Comité des conseils d'architecture du Canada, du Conseil canadien des ingénieurs et de Devis de Construction Canada.

Voici comment l'IMAQ définit la médiation sur son site web<sup>6</sup> :

« La médiation est un processus par lequel des parties conviennent de demander à un tiers, le médiateur, de les accompagner dans la recherche d'une solution à leur conflit. La médiation est souple et flexible, les parties y conservent le plein contrôle du déroulement et du résultat final. Le médiateur est là pour aider les parties à trouver elles-mêmes des solutions à leurs conflits et non pour leur imposer des solutions, le tout dans un cadre privé et confidentiel. »

Les *Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction conclus selon les contrats CCDC*<sup>7</sup> précisent quant à elles qu'il s'agit d'un :

---

<sup>6</sup> [www.imaq.org](http://www.imaq.org)



« processus entièrement volontaire et exempt de tout risque, dans lequel une personne neutre aide des parties qui sont en différend à négocier leur propre règlement. Le médiateur les incite à la communication, les aide à cerner les points sur lesquels elles s'entendent et ceux sur lesquels elles ne s'entendent pas, et s'efforce de les amener à un règlement ».

Notons ces quelques particularités de la médiation propres aux différends de construction, formulées par le CCDC :

1. l'obligation de nommer un médiateur de projet, dans les 30 jours de la conclusion du contrat (art. CG 8.2.1 du contrat CCDC 2-2005);
2. les délais très courts entre la conclusion du professionnel, l'avis de différend, le début et la durée de la médiation (arts CG 8.2.2 à 8.2.5 du contrat CCDC 2-2005);
3. l'expertise en construction du médiateur parmi les qualifications requises (art. 5.3 des *Règles de médiation*);
4. la possibilité d'une recommandation de règlement de la part du médiateur (art. 11.3 des *Règles de médiation*).

Les parties peuvent donc prévoir de nommer un médiateur de projet, dès la signature du contrat, sans attendre que ne survienne un conflit. Le médiateur de projet acquiert une connaissance suffisamment approfondie des plans et devis, est familier avec les intervenants du projet et est tenu au courant de son déroulement. Il demeure à la disposition des parties tout au long du projet, pour les aider à résoudre rapidement, au chantier, tout différend qui n'aura pu être réglé par la négociation.

---

<sup>7</sup> CCDC 40, 2005.

### **c. Le comité de règlement des différends (CRD)**

Voici la définition du Comité de règlement des différends que donne la Chambre de commerce internationale<sup>8</sup>, laquelle a choisi de conserver sa désignation anglaise, soit le « *Dispute Board* » :

*« Le Dispute Board (DB) est un comité chargé des différends qui est généralement créé dès le début du contrat, reste en place et est rémunéré pendant toute la durée de celui-ci. Composé d'un ou de trois membres qui connaissent parfaitement le contrat et son déroulement, le DB aide de manière informelle les parties, si elles le souhaitent, à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution du contrat et émet des recommandations ou des décisions concernant tout différend que lui soumet l'une ou l'autre des parties. Les DB constituent désormais un mécanisme courant pour la résolution des différends contractuels dans le cadre de contrats à moyen ou long terme. »*

Cette définition réfère à la possibilité pour le DB d'émettre soit une recommandation, soit une décision, puisqu'elle s'applique aux deux principaux modèles qui existent dans le monde : le modèle nord-américain du « *Dispute Resolution Board* » (DRB),<sup>9</sup> qui n'a généralement pas de pouvoir d'adjudication, et le modèle européen du « *Dispute Adjudication Board* » (DAB)<sup>10</sup> qui, comme son nom l'indique, émet des décisions liant les parties pour la durée du projet.

Le processus des Comité de Règlement des Différends se distingue de l'arbitrage en ce qu'il constitue une procédure d'expertise ayant pour objet de fournir aux parties un rapport d'expert sur une question particulière de faits techniques ou d'interprétation de contrat. Ses règles sont

---

<sup>8</sup> [http://www.iccwbo.org/court/dispute\\_boards/id4528/langtype1036/index.html](http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4528/langtype1036/index.html)

<sup>9</sup> Modèle développé par la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) basée à Seattle ([www.drb.org](http://www.drb.org))

<sup>10</sup> Modèle prévu aux contrats-type de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC)

plus souples que l'arbitrage et, même dans le cas d'un comité avec pouvoir d'adjudication, ses recommandations ne sont pas finales et peuvent faire l'objet d'une contestation, en fin de projet.

La *Dispute Resolution Board Foundation* explique que des CRD sont généralement implantés sur des projets d'une valeur de 10 M\$ et plus et que leur coût varie entre 0,05% du coût de construction final, pour un projet sans trop de réclamations, jusqu'à un maximum de 0,25% pour des projets difficiles impliquant plusieurs réclamations.

#### **d. L'adjudication**

Tout comme le comité de règlement avec pouvoir décisionnel, l'adjudication est le modèle institutionnel adopté par le législateur britannique.

Quelques soient les dispositions des contrats de construction, la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* britannique prévoit qu'en cas de différend, une des parties au contrat peut exiger, à l'intérieur de délais prédéterminés pendant l'exécution du projet, qu'un tiers expert et impartial (l'« *adjudicator* ») intervienne et rendre une décision qui lie les parties jusqu'à la fin du projet après quoi l'une d'elles peut la contester, soit par arbitrage ou devant les tribunaux.

Contrairement au comité de règlement, ce mode ne prévoit l'intervention de l'adjudicateur qu'au moment où un différend lui est soumis et non pendant toute la durée du projet.

#### **e. L'arbitrage**

L'arbitrage est un mode de règlement des différends qui fait appel à un tiers impartial choisi par les parties pour rendre une décision sur le fond du litige, après avoir entendu et évalué la preuve présentée par chacune. Sa décision est finale et sans appel. Elle est exécutoire et peut être homologuée par le tribunal à la demande d'une partie.

Le tribunal arbitral peut être composé de un ou de trois arbitres, selon ce que les parties décident et en fonction de la valeur de l'objet du litige. Il peut citer des témoins et retenir les services d'experts. Afin d'accélérer la procédure et les décisions arbitrales, le contrat peut prévoir des protocoles simplifiés (par exemple : aucun interrogatoire, adjudication sur affidavits, etc.).