



INSTITUT
DE MÉDIATION
ET D'ARBITRAGE
DU QUÉBEC

P l a c e à l ' e n t e n t e

DOCUMENT SYNTHÈSE

«UNE SOLUTION AUX CONFLITS RELIÉS AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION»

Préparé par les membres du
Comité de construction
Octobre 2006 (Rév. juin 2007)

LES CONFLITS ET L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION

Le déséquilibre qui existe trop souvent entre les parties à un contrat de construction, le fait qu'un grand nombre de changements sont souvent apportés par le propriétaire durant le cours des travaux et le caractère temporaire et fragmenté des relations d'affaires qui sont le propre du secteur de la construction sont autant de facteurs qui expliquent que les conflits et, par voie de conséquence, leur résolution, font partie intégrante de la gestion d'un projet de construction.

Les retards apportés au règlement des différends, l'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation, les coûts et l'imprévisibilité associés aux recours judiciaires de même que l'encombrement des tribunaux ont amené tous les intervenants de l'industrie de la construction au Québec à appuyer l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) dans la recherche et la promotion active de moyens plus efficaces, souples et mieux adaptés de gérer les conflits propres à cette industrie.

L'IMAQ demeure, actuellement, le seul organisme à but non lucratif voué à la promotion des modes de prévention et de résolution non judiciaires de conflits, au Québec.

Sa démarche résulte d'un consensus atteint au sein d'un regroupement des principaux intervenants de l'industrie de la construction que sont :

- L'Association canadienne de caution
- L'Association de la construction du Québec
- L'Association des constructeurs de routes et grands travaux du Québec
- L'Association du barreau canadien, division Québec (droit de la construction)
- L'Association des ingénieurs-conseils du Québec
- Le représentant d'un important assureur en responsabilité professionnelle
- Le Conseil du patronat du Québec
- La Corporation des entrepreneurs généraux du Québec
- L'Ordre des architectes du Québec
- L'Ordre des ingénieurs du Québec

DES SOLUTIONS AUTRES QUE LE PROCÈS

L'approche préconisée par l'IMAQ et ses partenaires consiste à préserver, dans le cadre du traitement des différends contractuels, le même esprit de collaboration essentiel à la réussite d'un projet.

Prévention avant le début des travaux

C'est avant même que ne débutent les travaux, lors de l'élaboration des conditions générales des devis relatives au règlement des différends, que doit se concrétiser la promotion d'un climat de coopération orienté vers la réussite du projet.

À titre d'exemple, voici l'énoncé de valeur établi par l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto dans sa gestion du programme de développement de l'Aéroport international Lester B. Pearson :

« Instaurer un cadre de résolution de problèmes pratique, souple et créatif en privilégiant des communications franches et claires, qui font appel aux valeurs fondamentales que sont le respect mutuel, la confiance, la probité, l'intégrité et la responsabilité individuelle. »

Afin d'établir, dès le début des travaux, un climat de coopération entre tous les intervenants du projet, et de le maintenir jusqu'à la fin des travaux, l'IMAQ suggère l'implantation d'un mécanisme de **Partenariat** sur le projet.

Ce mécanisme a pour but principal d'anticiper les situations conflictuelles qui pourront surgir dans le cours de l'exécution des travaux et ainsi de les prévenir, dans la mesure du possible. Une définition plus détaillée du Partenariat se trouve à l'Annexe A ainsi qu'un modèle de clause contractuelle.

Traitement des différends «en temps réel» pendant les travaux

Dès le moment où un différend ne peut pas être réglé par la négociation directe entre les parties au contrat de construction, l'IMAQ propose de faire intervenir, pendant les travaux, des tiers neutres, experts en résolution de conflits dans le domaine de la construction.

Ce tiers peut être un **médiateur de projet**, nommé dans les trente jours de la conclusion du contrat, conformément à la dernière édition des Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux travaux de construction élaborées par le Comité Canadien des Documents de Construction (CCDC 40), ou de toutes autres règles semblables applicables aux travaux en question, et dont la fonction est d'aider les parties à régler leur différend. Nous référons à la définition de l'Annexe A où l'on décrit également son mode d'implantation.

Pour les parties qui souhaiteraient plutôt obtenir une recommandation non-contraignante résultant d'une évaluation neutre de leur différend par un ou trois experts indépendants, nous recommandons la création d'un «**Dispute Review Board (DRB)**» dont le mécanisme est plus amplement décrit à l'Annexe A.

Règlement non judiciaire des différends après la fin des travaux

Si un différend subsiste malgré les étapes mentionnées précédemment, ou s'il survient après la fin des travaux, l'IMAQ propose que les parties tentent d'abord de le régler par la **médiation**, selon les règles prescrites par le Comité canadien des documents de construction (CCDC 40-2005), à défaut de toutes autres règles de médiation applicables aux travaux en question.

Ce n'est qu'en cas d'échec de la médiation que les parties pourraient, à leur choix, décider de soumettre leur différend à l'**arbitrage**, selon les règles CCDC 40-2005 susmentionnées.

Pratique émergente des modes de règlement non judiciaires

Voici comment s'adressait, en 2002, le ministre québécois de la Justice, dans une lettre adressée au président de l'IMAQ :

«Il me fait plaisir, comme ministre de la Justice et Procureur général, de m'associer à la «Campagne Pro médiation 2002» qui vise à promouvoir la médiation civile et commerciale et l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux.

Je soutiens d'emblée le but visé par votre campagne puisque je vois, dans la médiation, un moyen privilégié de prévenir et même d'éviter le recours aux tribunaux lorsqu'un conflit se dessine entre les parties.

Mon appui à la médiation se veut entier et j'invite tous les partenaires sollicités à promouvoir et à utiliser la clause de médiation proposée ou toute autre clause au même effet.»

Depuis le 1^{er} janvier 2003, le ministère de la Justice du Québec publie d'ailleurs un dépliant qui s'intitule «*Une bonne façon de s'entendre – La médiation civile et commerciale*» et dans lequel, après avoir énuméré les avantages de la médiation, il préconise l'inclusion d'une clause de médiation dans les contrats.

Ces modes de règlement propres aux conflits de construction sont couramment utilisés dans les autres provinces canadiennes, aux États-Unis et sur les grands projets internationaux.

Ils sont déjà incorporés dans les contrats-type de construction du Comité Canadien des Documents de Construction (CCDC), de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et de la Fédération Internationale des Ingénieurs-conseils (FIDIC), pour ne nommer que les plus importants.

Par sa *Politique sur les marchés*, et plus particulièrement son article 13.3 intitulé *Médiation portant sur les différends relatifs aux marchés de construction*, le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada exige qu'un tel mode de règlement s'applique à tous les contrats de construction du gouvernement fédéral de plus de 100 000 \$.

Suite à l'adoption, en janvier 1999, de la Règle 24.1 établissant le Programme de médiation obligatoire en Ontario, cette pratique semble maintenant bien établie pour régler même les conflits les plus complexes en construction.

Selon un sondage réalisé par l'American Arbitration Association (AAA) auprès de plus de 150 professionnels et entrepreneurs de la construction et auquel réfère son *Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution* d'octobre 2004, près de 90% des répondants ont affirmé avoir participé, sous une forme ou sous une autre, à un processus de règlement non judiciaire de leurs conflits.

Plus de 30% des répondants ont indiqué participer à des modes de prévention tels que le partenariat, les «Dispute Review Board (DRB)» et autres processus de règlement «en temps réel», sur le chantier.

Quant à l'efficacité de ces modes, l'AAA réfère aux statistiques compilées par le *Dispute Resolution Board Foundation* sur le succès des DRB, lesquelles indiquent que jusqu'en 2004, de tels processus ont été implantés sur approximativement 1200 projets de construction en Amérique du Nord, totalisant 54 milliards de dollars et que 98,8% des projets complétés à cette date l'ont été sans qu'aucun différend n'ait dû être tranché par un arbitrage ou un procès.

Finalement, la médiation a obtenu une reconnaissance internationale comme méthode de résolution des conflits commerciaux par l'adoption, en 2002, d'une loi-type sur la conciliation commerciale internationale par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

RECOMMANDATION

Afin de minimiser l'impact négatif sur les coûts de même que sur le climat de travail de leurs projets, le regroupement des intervenants précités s'entend pour demander aux grands donneurs d'ouvrage québécois d'incorporer dans leurs contrats de construction un processus de règlement des différends, spécialement adapté à leurs besoins, tel que celui proposé dans la clause suivante :

«Sauf pour la partie du contrat relatif aux honoraires d'un professionnel régi par le Code des professions, les parties conviennent que tout désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application qui n'aura pas été réglé par la négociation et/ou tout autre mode de règlement prévu au présent contrat, sera soumis à un processus de médiation conformément à la dernière édition des Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction CCDC 40, à défaut de toutes autres règles de médiation applicables aux travaux en question.

Si aucune entente n'intervient dans les 30 jours suivant la nomination du médiateur, les parties pourront choisir de faire trancher leur différend de façon définitive par voie d'arbitrage conformément à la dernière édition des Règles d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction CCDC 40. Les parties peuvent à tout moment convenir d'un délai plus long avant de soumettre le différend à l'arbitrage.»

RÉFÉRENCES

- *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004, (www.adr.org)
- *A New Look at DRBs, AAA Offers New DRB Roster and Protocol*, Robert J. Smith and Robert A. Rubin, 2004 American Arbitration Association
- *American Arbitration Association Dispute Resolution Board Guide Specifications, Effective December 1, 2000*, 2004 American Arbitration Association
- *Building Success for the 21st Century, A Guide to Partnering in the Construction Industry*, Report of the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (DART) of the American Arbitration Association 1996
- *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, Juin 1995 Mise à jour 20 octobre 2005 (www.justice.gc.ca)
- *Guide de l'ADR de la CCI*, Chambre de commerce internationale 2001, N° CCI : publication 809
- *Règlement relatif aux Dispute Boards*, Chambre de commerce internationale 2004, N° CCI : publication 829
- *Règlement d'expertise*, Centre international d'expertise, Chambre de commerce internationale 2002, N° CCI : publication 649
- *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, May 2004 (www.drbf.org)
- *FIDIC's Four new Standard Forms of Contract, Claims, Resolution of Disputes and the DAB*, Christopher R. Seppala, 1999 FIDIC (www.fidic.org)
- *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer*, Multilateral Development Bank Harmonised Edition, May 2005 FIDIC
- *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits: la prévention par le "partnering"*, Nicole Guay, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais 1997
- *Construction Dispute Resolution Handbook*, Robert Silver, Gary T. Furlong, Lexis Nexis Butterworths, October 2004
- *Faciliter le processus de résolution des conflits de construction*, Bill Gillan, Le Bulletin Revay, Volume 23, Numéro 1, Mars 2004
- *Guide pratique de la médiation*, de Kovachich, Clavier, Esposito, Renaud, Carswell, 1997
- *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Kott, Roy, Wison & Lafleur, 1998
- *Les contrats de construction en droit public et privé*, Rousseau-Houle, Wilson & Lafleur, 1982

ANNEXE A

DÉFINITIONS ET CLAUSES-TYPE

PARTENARIAT

Le processus commence normalement avec l'introduction de clauses dans le cahier des charges, qui précisent l'intention du propriétaire de mettre en place une forme de partenariat impliquant une étroite collaboration entre le donneur d'ouvrage, l'entrepreneur, les sous-traitants, les fournisseurs et les professionnels. À cet effet, le propriétaire choisit et paie le ou les facilitateurs externes chargés de l'implantation et du suivi de ce processus. L'atelier de partenariat se déroule le plus tôt possible après la signature des contrats, mais avant le début des travaux de construction.

Pour identifier et examiner les problèmes potentiels qui pourraient survenir au cours du projet en question, un facilitateur rencontre, séparément, le donneur d'ouvrage et son représentant sur le chantier, les professionnels du design, l'entrepreneur et ses sous-traitants. Cette information est utilisée afin de planifier l'atelier de partenariat.

En se fondant sur les principes et les procédures établies à cet atelier, les participants rédigent un document exprimant leur volonté de maintenir une bonne collaboration et des relations cordiales tout au long du projet, d'agir de bonne foi et de favoriser un climat de travail harmonieux et un climat de confiance. Cette charte, un simple contrat moral, est signée par les participants, accompagnée d'une photo du groupe et distribuée à tous les bureaux de chantier.

Lorsque les problèmes surviennent, il peut être tentant de retomber dans ses vieilles habitudes de confrontation. C'est pourquoi le mandat accordé au facilitateur comprend normalement une ou deux rencontres pendant la réalisation du projet pour faire le point avec les participants et pour les aider à mettre en pratique ce qu'ils ont appris durant l'atelier.

Dans l'éventualité où les parties voulaient choisir d'implanter un processus de partenariat, nous proposons l'inclusion de la clause suivante, dans leur contrat de construction :

PARTENARIAT

«Le Propriétaire désire établir une relation de confiance et de coopération entre les différents intervenants au projet. Pour ce faire, l'Entrepreneur, ainsi que ses sous-traitants et fournisseurs majeurs, devront prévoir leur participation à un atelier de Partenariat d'une durée de deux (2) jours consécutifs, avant le début des travaux auquel participeront également les professionnels impliqués et les représentants du Propriétaire et qui sera animé par un ou plusieurs facilitateurs externes.

À l'issue de cet atelier, les participants rédigeront une charte qui deviendra le code d'éthique des membres de l'équipe, afin d'assurer la bonne marche du projet. La signature de cette charte ne modifie en rien les obligations contractuelles établies entre les parties.

Les coûts reliés à l'engagement des facilitateurs externes ainsi que la location des salles de réunion sont assumés par le Propriétaire alors que tous les coûts reliés à la participation de l'Entrepreneur, son personnel, ses fournisseurs et sous-traitants, sont assumés par l'Entrepreneur.

Toutes les personnes impliquées devront également prévoir la tenue d'un ou de deux ateliers additionnels pour faire le suivi du Partenariat au cours du projet. Ces ateliers ne dureront pas plus d'une journée. La date et l'endroit seront déterminés ultérieurement.»

MÉDIATEUR DE PROJET

Les parties peuvent prévoir de nommer un médiateur de projet, dès la signature du contrat, sans attendre que ne survienne un conflit.

Le médiateur de projet acquérera une connaissance suffisamment approfondie des plans et devis, sera familier avec les intervenants du projet et sera tenu au courant du déroulement du projet.

Il demeurera à la disposition des parties, tout au long du projet, pour les aider à résoudre rapidement, au chantier, tout différend qui n'aura pas pu être réglé par la négociation.

Les parties qui souhaitent prévoir les services d'un médiateur de projet peuvent incorporer la clause suivante dans leur contrat :

«Les parties doivent, en accord avec la dernière édition des Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction conclus selon CCDC 2 ou de toutes autres règles de médiation semblables applicables aux travaux, nommer un médiateur de projet

- 1. dans les 30 jours de la conclusion du contrat, ou,*
- 2. si les parties ont négligé de procéder à cette nomination dans le délai de 30 jours indiqué, dans les 15 jours de la date à laquelle l'un ou l'autre des parties demande par écrit que le médiateur soit nommé.»*

LE «DISPUTE REVIEW BOARD» (DRB)

Il s'agit d'un comité chargé des différends qui est généralement créé, comme le médiateur de projet, de façon consensuelle, dès le début du contrat, et qui reste en place pendant toute la durée de celui-ci.

Composé d'un ou de trois membres qui connaissent parfaitement le projet et son déroulement, le DRB aide de manière informelle les parties, si elles le souhaitent, à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution des travaux et émet des recommandations concernant tout différend que lui soumet l'une ou l'autre des parties.

Ces recommandations, bien qu'elles ne lient pas les parties, peuvent être mises en preuve dans tout recours subséquent, au cas où elles ne seraient pas suivies d'un règlement.

Ainsi, les membres du DRB, qui jouissent de la confiance des parties, ne font pas office d'arbitres. Il s'agit plutôt d'une procédure d'expertise qui a pour objet de fournir aux parties un rapport d'expert sur une question particulière.

La clause suivante est proposée aux parties qui désirent implanter un «Dispute Review Board» dans le contrat de construction :

«DISPUTE REVIEW BOARD»

«Les parties consentent à établir un «Dispute Review Board» (DRB) conformément au Règlement de la Chambre de commerce internationale relatif aux Dispute Boards (le «Règlement»), lequel est considéré comme faisant partie des présentes. Le DRB se compose d'un (de trois) membre(s) nommé(s) dans le présent contrat ou nommé(s) conformément au Règlement.

Tout différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci sera soumis, en premier lieu, au DRB conformément au Règlement. Quel que soit le différend en question, le DRB émettra une recommandation conformément au Règlement.

Si l'une des parties notifie par écrit à l'autre partie et au DRB, conformément au Règlement, son désaccord avec une recommandation, ou bien si le DRB n'émet pas de recommandation dans le délai prévu par le Règlement, ou encore si le DRB est dissous conformément au Règlement, le différend sera alors soumis aux processus de médiation et d'arbitrage prévus au présent contrat.»

Dans l'éventualité où un différend n'aura pas pu être réglé par la négociation directe entre les parties, nous proposons que les parties s'engagent à le soumettre obligatoirement à un processus de médiation.

MÉDIATION

La médiation ne lie pas les parties et celles-ci sont libres de quitter la table de négociation en tout temps sans altérer leurs droits. 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.

La médiation met l'accent sur les points d'entente des parties et surtout sur les besoins de chacune d'elles. Il va de soi que chacune des parties a l'occasion, en médiation, de faire part au médiateur et à l'autre partie de sa version des faits et de ses demandes. Par contre, en médiation, les parties n'auront pas à convaincre le tiers impartial de la véracité de leurs positions à l'encontre de celles de l'autre partie, le médiateur fera en sorte que des voies de solutions soient explorées. Ces solutions tiendront davantage compte des besoins de chacune des parties que des allégations de celles-ci.

En médiation, il ne s'agit pas de déterminer laquelle des deux parties a raison, mais plutôt de trouver une solution qui permettra aux parties de continuer à évoluer. Il s'agit de trouver une solution qui satisfasse toutes les parties et de la mettre en œuvre afin que chacune des parties y trouve son intérêt et qu'elles ressortent du processus dans une relation gagnant-gagnant.

Tout ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation est formulé sous toutes réserves et n'est pas recevable en preuve dans une procédure judiciaire ou autre. Le médiateur, les parties, les conseillers, les représentants et toute autre personne présente doivent préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation ainsi que de tout renseignement divulgué et de tout document révélé au cours de celui-ci. Le médiateur ne peut être appelé à comparaître pour témoigner dans une procédure judiciaire ou autre.

ARBITRAGE

L'arbitrage est un mode de règlement des différends faisant appel à un tiers impartial, choisi par les parties, lequel rend une décision sur le fond du litige après avoir entendu et évalué la preuve présentée par chaque partie. 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.

Les avantages de l'arbitrage sont nombreux. D'abord c'est un processus privé et confidentiel, qui se déroule à huis clos et où la sentence n'est divulguée qu'aux parties.

C'est un processus où les parties choisissent leur juge, en l'occurrence le tribunal d'arbitrage, en fonction de compétences qu'elles définissent elles-mêmes.

Comme désavantage les parties peuvent être appelées à assumer des dépenses comme les honoraires des arbitres et à l'occasion les frais de location de salle qui sont gratuits dans le système judiciaire. Cependant si l'on considère que dans le système judiciaire, il y a également des frais qui doivent être payés par les parties, que la durée de l'arbitrage est généralement plus courte que la durée d'un procès et qu'il y a possibilité d'aller en appel d'un jugement de première instance, on peut affirmer que le recours à l'arbitrage est moins onéreux que le recours aux tribunaux. Par contre, il peut y avoir avantage à recourir aux tribunaux si une partie veut créer un précédent et qu'elle est prête à en payer le prix.

L'arbitrage auquel réfère la clause faisant l'objet de notre recommandation dans le présent document, n'est pas un recours obligatoire mais est plutôt laissé au choix des parties, advenant l'échec de la médiation.

Pour les parties qui souhaiteraient plutôt s'engager, dès la signature de leur contrat, à soumettre obligatoirement leur différend au processus d'arbitrage, advenant un échec de la médiation, telle clause devrait se lire comme suit :

«Sauf pour la partie du contrat relatif aux honoraires d'un professionnel régi par le Code des professions, les parties conviennent que tout désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application qui n'aura pas été réglé par la négociation et/ou tout autre mode de règlement prévu au présent contrat, sera soumis à un processus de médiation conformément à la dernière édition des Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction CCDC 40.

Si aucune entente n'intervient dans les 30 jours suivant la nomination du médiateur, le différend sera tranché de façon définitive par voie d'arbitrage et à l'exclusion des tribunaux, conformément à la dernière édition des Règles d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction CCDC 40. Les parties peuvent à tout moment convenir d'un délai plus long avant de soumettre le différend à l'arbitrage. La sentence arbitrale sera finale, exécutoire et sans appel et liera les parties.»