



Ron Jutras, PEng., LL.B.
Associé
Jutras Greco Heard LLP

Ron est associé chez Jutras Greco Heard LLP, un cabinet d'avocats spécialisé en gestion préventive des risques et conflits, dont les services sont axés sur les projets commerciaux et le secteur de la construction (structuration de projets, répartition des risques, contrats, analyse et évitement de réclamations, etc.). Ron et ses confrères ont une solide expérience des projets de toutes envergures au Canada, aux États-Unis et à l'étranger, dans un large éventail de secteurs industriels, dont le bâtiment, les infrastructures, le transport, les produits pétroliers et forestiers, la pharmacochimie, la fabrication, les produits grand-public, l'industrie minière et énergétique (énergie thermique, hydro-électrique, cogénérée et nucléaire). Forts de cette expérience, Ron et ses confrères croient fermement qu'une mise en évidence et une analyse précoces des risques, des ententes qui tiennent compte des risques, des contrats qui expriment clairement les conditions convenues et une gestion continue des risques sont les meilleures façons d'éviter les réclamations et de maximiser le profit. Avant la fondation de Jutras Greco Heard LLP, Ron a travaillé sept ans chez AMEC (antérieurement AGRA), une des plus grandes sociétés d'ingénierie et de services de construction à l'échelle mondiale, où il a exercé les fonctions de vice-président, Affaires commerciales et juridiques. Avant de se joindre à AMEC, Ron a exercé le droit du bâtiment (analyse préalable et réclamations) pendant sept ans chez Osler, Hoskin & Harcourt, de Toronto. Ron est également conférencier à temps partiel en matière de droit de l'ingénierie à l'Université de Guelph. Il est ingénieur agréé en Ontario.

Gestion préventive des risques et conflits dans le secteur de la construction : point de vue d'un avocat spécialisé

INTRODUCTION

On voit rarement à la télévision des avocats négocier des ententes. Il est certes plus « divertissant » de mettre des litiges en évidence. Tactiques de salles d'audience, documents secrets, ruse et intrigues semblent en effet générer un intérêt beaucoup plus vif.

Dans les faits cependant, les litiges ne sont guère divertissants : coûts, retards, divulgation publique, coûts, retards, coûts d'opportunités liés au personnel, relations altérées, coûts et retards supplémentaires, explications répétées des concepts de base, provisions aux états financiers, demande de renseignements des vérificateurs, nouveaux coûts et retards et, quand une lueur semble enfin poindre au bout du tunnel, le litige reprend de plus belle en empruntant différentes voies d'appel. Intrigue et personnalités captivantes sont parfois au rendez-vous, mais force est d'admettre que les frais judiciaires qui ne cessent de s'accumuler et le goût amer d'un problème qui n'en finit plus l'empotent largement sur la fascination.

Dans le monde réel, les poursuites dans le secteur de la construction sont moins intéressantes encore. D'autres facteurs (volume de documents, parties multiples, problèmes

techniques, etc.) se greffent à la liste des problèmes habituels et rendent la compréhension des faits encore plus ardue pour les avocats, les juges et les arbitres.

Le présent article s'attache à montrer que la définition et la gestion des risques en amont d'un projet et tout au long de son déroulement sont propres à réduire sensiblement la probabilité de poursuites ou d'arbitrage. Une telle approche n'a rien pour susciter l'intérêt du grand public, mais elle présente l'avantage d'alimenter la réflexion sur l'opportunité de maximiser la rentabilité en réduisant les probabilités de réclamations et de conflits.

1. GESTION DES RISQUES ET DES CONFLITS : UNE OBLIGATION À ASSUMER (D'UNE FAÇON OU D'UNE AUTRE) DANS TOUT PROJET DE CONSTRUCTION

Les risques et les conflits sont inhérents à tout projet de construction.

On trouve plusieurs définitions de la notion de « risque ». On s'entend généralement pour dire qu'il s'agit de la probabilité d'un danger ou de conséquences fâcheuses. Même le plus simple projet de construction présente d'importantes probabilités de danger ou de conséquences regrettables étant donné la complexité des exigences de conception et de réalisation dans le contexte du respect des échéanciers.

Les causes de conflits sont multiples. Chaque projet pose un défi complexe. Chacun offre un éventail de solutions et de voies connexes; dans tout projet également, chacun des intervenants recherche une solution et une voie propres à maximiser son profit. Se superposent à cette toile de fond les points forts et les lacunes typiques du genre humain... de sorte que le conflit est pratiquement inévitable.

Il faut gérer les risques et les conflits comme n'importe quel autre aspect d'un projet. S'il est vrai qu'il faut adapter sa stratégie de gestion à chaque projet, on distingue néanmoins deux grandes approches :

Gestion préventive des risques et conflits. Cette approche consiste à cerner et à analyser les risques et les conflits potentiels avant que ne débutent les interactions entre les divers intervenants. Le processus doit être négocié

TABLE DES MATIÈRES

1. Gestion des risques et des conflits : une obligation à assumer (d'une façon ou d'une autre) dans tout projet de construction
2. Principes fondamentaux de gestion des risques
3. Mise en évidence des risques : liste des facteurs de risques types
4. Répartition des risques
5. Matrice de risques
6. Documents relatifs au projet
7. De l'équipe de négociation de l'entente à l'équipe d'exécution du projet
8. Gestion continue : le registre des risques
9. Gestion des conflits
10. Rôle et position des conseillers externes dans la gestion préventive des risques et conflits

Annexe : Projets de construction — Liste des facteurs de risques types

entre les intervenants (notamment le transfert des risques, p. ex. par le biais des assurances), être rigoureusement documenté et faire l'objet d'un suivi au fur et à mesure de l'avancement des travaux, tout écart devant être résolu le plus tôt possible.

Cette approche exige un investissement initial de temps et d'argent, voire de nouveaux investissements en cours de route, selon que les risques et les conflits se concrétisent ou non.

Cette méthode permet en outre aux intervenants de préciser leurs critères de profit et de réserves pour imprévus en se fondant sur une compréhension raisonnable des risques assumés. (Divers autres facteurs influent évidemment sur les niveaux de profit et de provisions pour imprévus, dont les conditions du marché, les besoins et la situation à court terme de chaque intervenant, le type de projet, etc.).

Cette perspective n'est pas une panacée : en effet, il est impossible de prévoir tous les risques, tous les écarts ne sont pas toujours décelés au moment opportun, des conflits de personnalités et des divergences de principes peuvent survenir, etc.

Gestion des risques et conflits au fil des événements. Selon cette approche, seuls les enjeux les plus évidents sont pris en compte au départ, les risques et les conflits étant pris en charge au fur et à mesure des événements, au besoin. Cette approche se fonde généralement sur la prémisse que des risques et des conflits majeurs ne se concrétiseront pas et sur la conviction de chaque partie qu'elle l'emportera sur l'autre, le cas échéant.

Si les risques et les conflits ne se concrétisent pas (ce qui est possible), les intervenants économisent l'investissement initial qu'exige l'approche d'une gestion préventive. Il est cependant peu probable que les niveaux de profit et de réserves prévus correspondent aux quotas établis au bout du compte — ce qui peut évidemment avantager une partie au détriment d'une autre.

Par opposition à une gestion préventive, il est beaucoup plus difficile de gérer les risques et les conflits au fil des événements. Par exemple :

- Sous réserve des occasions que des relations continues peuvent susciter, chaque intervenant manifeste essentiellement une attitude égocentrique :
 - après l'adjudication, se dissipe toute inclination à se montrer raisonnable en vue d'« obtenir le contrat »;
 - la capacité de réviser ses critères de profit et de réserves en fonction des risques assumés s'envole à toutes fins utiles;
 - tout dollar perdu se répercute sur le résultat net.
- Il est plus probable que le conflit se prolonge par delà la durée du projet.
- Des procédures et des personnalités externes (juges, arbitres, avocats plaidants, etc.) peuvent s'ajouter et avoir pour effet d'alourdir les coûts et de réduire le contrôle des intervenants.

Quelle est la meilleure approche ? D'une part, la réponse est facile : qui pourrait honnêtement soutenir qu'il vaut mieux rester insouciant et compter sur la bonne volonté des gens pour aplanir les différends ? D'autre part, il importe de tenir compte du coût de la perfection (ou, plus précisément, du niveau de perfection visé). La gestion préventive des

risques et conflits se fonde sur un équilibre fragile. Celle-ci exige une analyse des risques, des données juridiques et d'autres informations — autant de facteurs qui exercent une incidence directe sur le résultat net. L'analyse coûts/avantages ne s'appuie sur aucune formule scientifique connue. En fait, un élément important de la méthode consiste à établir l'ampleur et la portée de l'analyse appropriée. Si cette appréciation est juste et si l'analyse et la mise en application sont efficaces :

- les coûts prévus devraient être allégés parce que :
 - la maximisation du profit est la principale motivation des intervenants;
 - une analyse et des négociations préalables à la fois rationnelles et rigoureuses favorisent une répartition plus équitable du profit et des réserves pour imprévus entre les intervenants;
- les coûts imprévus devraient être allégés parce que :
 - la probabilité d'événements imprévus serait moins élevée;
 - les imprévus seraient en principe décelés plus tôt, et il devrait en conséquence être moins coûteux d'apporter les correctifs appropriés;
 - les frais relatifs au règlement des différends devraient être moindres;
- les projets dureraient moins longtemps car il y aurait moins d'incertitude et moins d'interruption de travaux;
- les frais relatifs aux échanges entre les parties seraient moindres; et
- les intervenants exerceraient plus de contrôle sur le règlement des différends (en termes de coûts, de temps et de confidentialité).

Étant donné le caractère unique de chaque projet, on ne saurait proposer une façon spécifique de mettre en application une gestion préventive des risques et conflits; on trouvera néanmoins dans le présent article un aperçu de certaines méthodes pratiques et de certains facteurs de risque (dont plusieurs pourraient faire l'objet d'un article, voire d'un livre distinct !) à prendre en considération lors de l'application de cette approche de la gestion des risques et des conflits inhérents à un projet de construction.

2. PRINCIPES FONDAMENTAUX DE GESTION DES RISQUES

La gestion du risque repose sur les quatre grands principes suivants :

Mise en évidence. Sans égard à la responsabilité, il faut discerner quels événements imprévus sont susceptibles de se produire et d'influer sur l'exécution (par ailleurs planifiée) des travaux. De toute évidence, chaque projet s'inscrit dans un ensemble particulier de circonstances. Certains facteurs de risques types sont présentés à titre d'exemples en annexe (voir pages centrales).

Répartition. Il s'agit ensuite de répartir les risques mis en lumière entre les divers intervenants. En règle générale, le propriétaire établit certains paramètres initiaux de répartition des risques. Il s'agit tantôt de lignes directrices fermes et précises, tantôt de consignes générales susceptibles d'évoluer (à différents degrés) en cours de négociation. Il est primordial qu'au cours du processus de répartition, chaque intervenant fasse le point sur la prise en charge de sa part de risque — p. ex. mesures d'évitement, atténuation des incidences, transfert de risques à des tiers

(notamment en matière d'assurance), rajustements de prix, etc. Il est question en 5 ci-dessous de la matrice de risques, un outil destiné à faciliter le suivi de la répartition des risques.

Documentation. La répartition des risques convenue entre les parties doit être dûment énoncée dans des contrats clairs et explicites et d'autres documents pertinents.

Gestion continue. Il incombe à chaque intervenant de gérer sa part de risque. Il est question en 8 ci-dessous du registre des risques, un outil destiné à faciliter la gestion continue des risques.

3. MISE EN ÉVIDENCE DES RISQUES : LISTE DES FACTEURS DE RISQUES TYPES

La liste présentée en annexe à titre d'exemple suppose que le propriétaire a sélectionné un entrepreneur pour l'exécution à forfait d'un projet de conception-construction au pays. Différents enjeux (qui exigent une certaine analyse des risques et qui ne sont pas abordés dans le présent article) doivent être pris en compte avant ce stade, dont le choix du mode d'exécution le plus approprié (p. ex. conception-construction c. conception-soumission-construction); la sélection de l'entrepreneur et l'évaluation de ses compétences; de même que le choix de la structure de prix la plus appropriée.

À noter que la liste en annexe est générale et non exhaustive. Deux raisons expliquent ce fait : d'abord, tout projet est unique et exige une analyse spécifique; ensuite, une liste exhaustive et utile des risques exigerait l'apport de différents intervenants d'un large éventail de spécialités (voir détails en 10 ci-dessous).

La liste est également quelque peu artificielle en ce qu'elle tente d'aborder les enjeux du point de vue de plusieurs intervenants. Dans les faits, la liste des risques du propriétaire, celle de l'entrepreneur et celle du prêteur seraient toutes passablement différentes. Si la plupart des éléments s'appliquent aux risques à répartir lors de tout projet, quelques-uns s'appliquent à certains, voire à un seul intervenant (p. ex. capacité financière du propriétaire, entente entre coentrepreneurs, etc.).

La liste est subdivisée entre deux grandes catégories : structure du projet et exécution du projet.

4. RÉPARTITION DES RISQUES

Vient ensuite la répartition des risques mis en évidence. Il existe quelques variantes du processus de répartition des risques. À une extrémité du spectre, le propriétaire (ou le prêteur) peut décider unilatéralement de la définition et de la répartition des risques, refuser toute autre discussion et écarter du projet tout intervenant qui refuserait sa position. À l'autre extrémité, un groupe de travail intégré (réunissant un large éventail d'intervenants) consacrerait du temps et des ressources importantes à mettre les risques en lumière et à définir un processus approprié de négociation et de répartition. De nombreux facteurs ont une incidence sur la façon de répartir les risques dans un projet donné, dont l'ampleur des travaux, la nature et la dynamique du projet, les intervenants en présence, les conditions du marché, etc.

Si on accepte le principe général qu'une approche proactive est préférable parce qu'elle permet aux intervenants d'envisager des plans, des solutions et des motivations qui reflètent leur volonté de maximiser leur profit, il faut de même accepter qu'une répartition négociée des risques offre plus d'avantages qu'une répartition imposée. Par exemple, un intervenant peut réduire ses frais d'imprévus en cédant certains risques qui échappent à son contrôle et qu'un tiers est mieux à même d'assumer. Une autre solution peut consister à acquérir des produits d'assurance originaux qui permettent de prendre en charge des risques importants à moindres frais.

Parfois, ceux qui peuvent imposer une répartition des risques le font strictement parce qu'ils sont en mesure de le faire. Cette démarche n'a rien de fondamentalement incorrect, mais il faut savoir que des coûts s'y rattachent : tantôt les autres parties établiront des prix qui tiennent compte du risque, tantôt elles ne le feront pas (ce qui peut être pire encore).

Il n'est pas rare que plusieurs intervenants partagent la prise en charge de certains risques. Ainsi, un entrepreneur peut assumer les risques liés à la partie souterraine d'un ouvrage et céder la responsabilité principale à un sous-traitant. L'un et l'autre peuvent cependant assumer une responsabilité limitée; des clauses disculpatoires peuvent aussi avoir pour effet de laisser l'entrepreneur et le propriétaire assumer un risque résiduel. De même, le transfert de risques à des assureurs est souvent assorti d'une couverture partielle et de franchises. Une part des risques est en conséquence laissée à la charge des autres intervenants.

5. MATRICE DE RISQUES

Cet outil ne permet pas de répartir les risques à proprement parler mais plutôt de consigner sommairement une répartition des risques (proposée ou convenue) à tout moment dans la vie du projet. C'est un outil qui aide à planifier et à matérialiser la répartition des risques.

Elle peut faire l'objet d'une utilisation interne (sous des formes semblables ou différentes) par un intervenant individuel ou encore être utilisée conjointement par plusieurs intervenants pour préciser leurs positions et exercer un suivi des négociations.

La matrice de risques est un outil élémentaire dont l'utilisation peut être avantageuse mais aussi risquée. C'est avant tout un aide-mémoire et un outil de présentation. Aux premiers stades de la mise en évidence des risques et des négociations relatives à leur répartition, il est certes plus pratique de consulter une matrice de risques que les versions préliminaires des documents contractuels. La principale lacune de la matrice de risques tient à son caractère sommaire. De plus, certains refusent d'accepter la nécessité d'y substituer à terme des documents contractuels qui expriment en détail les modalités de répartition des risques convenues, ainsi que toutes les nuances qui s'y rattachent.

La complexité d'une matrice de risques est variable. Un exemple simple est présenté à la figure 1.

6. DOCUMENTS RELATIFS AU PROJET

L'absence de documents complets et détaillés sur un projet a d'importantes répercussions sur la probabilité de conflits et sur les coûts qui en découlent. Certains se plaignent de la longueur ou de la qualité des documents mais très peu soutiennent que leur absence avantagerait les parties. En fait, la plupart s'entendent pour dire que la probabilité qu'un projet se déroule harmonieusement est directement proportionnelle à la qualité des documents (qui se mesure à l'expression fidèle et précise de l'intention des parties).

On distingue trois grandes catégories de documents : les documents précontractuels, les documents contractuels et les autres documents relatifs au projet.

Les documents précontractuels consistent généralement dans de courts contrats, des lettres d'intention ou des protocoles d'entente.

Ils doivent concrètement exprimer les attentes qui existent entre deux ou plusieurs parties avant la négociation et l'octroi du contrat. Les parties doivent également déterminer si elles jugent suffisant de compter sur les attentes exprimées et les relations d'affaires. Au cas contraire, elles doivent s'assurer que les documents sont bel et bien des contrats exécutoires qui stipulent les attentes ainsi que les droits et obligations de chacun.

Les documents contractuels (qui lient deux ou plusieurs parties) doivent détailler les droits et obligations de chacun, y compris la répartition des risques. De nombreux pièges sont à éviter en ce qui a trait à ces documents, notamment :

- Le défaut de leur donner effet à temps (les parties se fiant aux documents précontractuels ou ne signant aucun contrat)
- Le défaut d'exprimer clairement et en détail la répartition des risques et les autres éléments de l'entente. À cet égard, il est essentiel que les avocats et les autres personnes qui participent à la rédaction des documents comprennent le projet et la répartition des risques telle que les parties en ont convenu. Il importe également de préciser les divers documents (y compris leur version) qui constituent le contrat (une précaution évidente mais souvent négligée), ainsi que les modalités de règlement des conflits stipulées dans les documents;
- Le défaut de préciser que les documents constituent le contrat intégral entre les parties et de prendre toutes les mesures pertinentes pour éviter que la loi permette que d'autres documents ou ententes verbales modifient la teneur de l'entente;
- Le défaut de préciser rigoureusement les conditions applicables aux divers intervenants à tous les échelons de la pyramide.

Les autres documents relatifs au projet varient considérablement par leur portée, leur utilité et leur provenance. Le présent article se limite à énoncer quelques principes de base sur ces documents :

- les personnes qui élaborent ces documents devraient les rédiger comme si toutes les parties pouvaient les consulter en cas de poursuite ou d'arbitrage;
- il doit être facile de repérer ces documents et d'y accéder (les sites Web de projets sont fort utiles à cet égard);
- toute décision ou conversation importante doit être consignée par écrit;
- ces dossiers ont pour finalité de consigner des renseignements objectifs en temps opportun et non de servir aux parties à se livrer une « guerre de documents » (des procès-verbaux un peu trop « originaux » sont peut-être la meilleure source d'abus potentiels qu'on puisse citer en exemple).

7. DE L'ÉQUIPE DE NÉGOCIATION DE L'ENTENTE À L'ÉQUIPE D'EXÉCUTION DU PROJET

La meilleure équipe de négociation est celle qui intègre des responsables de l'exécution du projet. Ces derniers sont non seulement les mieux placés pour comprendre les difficultés qui surviendront en situation réelle mais ils sont aussi les plus intéressés à ce que les problèmes soient dûment pris en compte. Autrement dit (et en termes plus directs), ne courez pas le risque que l'équipe d'exécution impute commodément les difficultés du projet à « une entente qui n'est pas la sienne ».

Tous les exécutants ne peuvent évidemment pas prendre part à la négociation de l'entente. D'où l'importance que les participants comprennent bien la teneur de l'entente : la répartition des risques, les modalités d'exécution, les risques, les enjeux clés à suivre de près, etc.

Il est généralement avisé de convoquer une réunion de transition formelle au cours de laquelle négociateurs, estimateurs, etc., expliquent le contenu et les incidences de l'entente à l'équipe d'exécution.

8. GESTION CONTINUE : LE REGISTRE DES RISQUES

Les outils et les méthodes de gestion de projet proposés et utilisés pour gérer les risques et baliser la bonne exécution des projets débordent le cadre du présent article. Rappelons simplement l'importance de :

- préciser la gestion de chacun des risques (ou des risques principaux);
- désigner les personnes appelées à gérer chaque type de risque;
- contrôler régulièrement les progrès de chacun dans une perspective d'imputabilité.

Le registre des risques n'est pas un outil de gestion du risque au sens propre mais un simple instrument de consignation sommaire des techniques proposées et des responsables de la gestion des différents risques. Il peut faire l'objet d'une utilisation interne (sous des formes semblables ou différentes) par un intervenant individuel ou être utilisé conjointement par plusieurs intervenants aux fins d'un suivi continu de la gestion des risques.

Une forme simple de registre des risques est présentée à la figure 2.

9. GESTION DES CONFLITS

Un projet de construction donne inévitablement lieu à des conflits, ce qui est sain en quelque sorte. Les conflits surviennent en général lorsque les intervenants tentent de maximiser leur profit. Si cette motivation n'est pas avantageuse en soi pour tous les intervenants, elle peut néanmoins susciter des idées et des solutions novatrices permettant aux autres parties d'accroître leur rentabilité.

Dans le cadre d'un projet de construction, les conflits non gérés sont très « malsains » et peuvent causer des maladies graves (poursuites), voire des décès (participation à des procès ou à des séances d'arbitrage).

La gestion des conflits vise la conclusion de compromis raisonnables. Même s'il n'est pas toujours possible d'atteindre cet objectif, il faut s'assurer que les parties disposent de moyens rationnels et expéditifs qui facilitent la gestion des conflits plutôt que de l'entraver. En voici quelques exemples :

Communications en temps opportun. Un grand nombre de conflits « sains » au départ deviennent « malsains » avec le temps. L'être humain est souvent enclin à différer la prise en charge des problèmes et le règlement des conflits (ex. : « Ce n'est pas la bonne journée pour s'attaquer à ce problème »; « Attendons : les choses se tasseront bien d'elles mêmes »; « Ce n'est pas le moment de signaler ce problème à mes supérieurs ». Malheureusement, cette attitude ne contribue qu'à durcir les positions et à envenimer les conflits. Les gestionnaires éclairés incitent leur personnel à discerner les conflits réels et potentiels et à en faire état dans les meilleurs délais.

1. ÉTENDUE					
No	Risques/obligation	Propriétaire	Entrepreneur	Assurance?	Remarques
	Acquisition de permis				
	Fourniture d'installations au chantier (incl. services)				
	Adéquation des aires d'entreposage				
	Retards				
	Satisfaction des garanties de bonne exécution				
	Satisfaction des garanties relatives au calendrier				
	Indemnité au titre de la propriété intellectuelle				
	Livraison de pièces de rechange				
	Agrandissement des installations				
	Etc.				
2. PRIX					
No	Risques/obligation	Propriétaire	Entrepreneur	Assurance?	Remarques
	Modification de la fiscalité				
	Monnaie				
	Etc.				
3. PASSIF					
4. RETARDS					
5. CONDITIONS EXISTANTES					
6. ETC.					

Figure 1 :

MATRICE DE RISQUES TYPES — PROJET IAC

Dimension « culturelle ». Les séances de collaboration, les énoncés de mission et les « bonnes vieilles » discussions sur les attitudes, le respect mutuel et les communications ouvertes sont des signes évidents de bonnes intentions; cependant, la valeur de ces démarches ne se manifeste qu'à l'usage, p. ex. quand des problèmes importants surviennent et que les dirigeants des parties concernées font preuve d'une attitude qui correspond aux bonnes intentions exprimées. Une bonne culture de projet peut se révéler un puissant atout dans la gestion des conflits.

Décisions rapides/interventions de tiers impartiaux. Plusieurs avenues peuvent être envisagées à cet égard. On peut notamment faire appel à des comités d'examen des différends. Le principe est le suivant : reconnaissant que des conflits surviendront, les parties retiennent les services d'un tiers impartial dès le début du projet afin qu'il joue un rôle dans le règlement des différends. Ce rôle peut varier selon les attentes des parties : donner un avis, tenir lieu de médiateur, rendre des décisions exécutoires, etc. Les parties partagent généralement les honoraires du tiers impartial. Cette approche offre plusieurs avantages : rapidité, participation d'un conseiller ou d'un décideur qui connaît bien le projet et l'industrie et qui a le respect des parties (ces dernières ayant convenu d'avance que la ou les personnes ou le groupe apporteront un élément de valeur ajoutée au règlement des différends). Aussi, la « menace » d'une décision rapide et exécutoire peut favoriser la conclusion de compromis raisonnables entre les parties, personne ne sachant ce qu'un « juge » peut décider.

Participation de la direction dès les premiers stades. Encore une fois, la nature humaine peut entraver le règlement des conflits; il faut souvent retirer du conflit les personnes qui y sont associées de trop près. Une disposition contractuelle obligeant les parties à soumettre rapidement les conflits à leurs dirigeants respectifs comporte deux avantages. D'abord, l'appréhension d'une démarche obligée favorise parfois la conclusion de compromis raisonnables. De plus, la direction peut être plus encline à envisager le différend plus froidement et à le placer dans une perspective plus large et plus propice à un compromis raisonnable.

Médiation. À l'instar d'un tiers impartial, un médiateur peut apporter une contribution très fructueuse en formulant des avis respectés de tous et qui peuvent mettre les parties sur la piste de compromis raisonnables.

Arbitrage. À ce stade, les parties ont généralement dépassé le stade où elles peuvent conclure un compromis raisonnable, et leurs efforts pour gérer le conflit se sont révélés stériles. Il n'est pas du propos du présent article de comparer arbitrage et poursuite. En règle générale, l'arbitrage offre la perspective d'un contrôle plus serré sur le processus (y compris en termes de rapidité) et présente l'avantage de préserver le caractère privé du différend.

10. RÔLE ET POSITION DES CONSEILLERS EXTERNES DANS LA GESTION PRÉVENTIVE DES RISQUES ET CONFLITS

Quel rôle les conseillers juridiques et les autres spécialistes du secteur de la construction sont-ils appelés à jouer dans la gestion préventive des risques et des conflits ? Cela dépend

de nombreux facteurs, dont l'expérience et les aptitudes de l'intervenant en quête d'assistance, l'expérience et les aptitudes du conseiller et les attentes de l'intervenant.

Une gestion efficace des risques et des conflits repose d'abord sur les personnes les mieux renseignées sur l'ampleur et l'exécution du projet. Les personnes qui en savent le plus sur les objectifs du projet et les moyens de le réaliser sont les mieux placées pour envisager et comprendre les obstacles potentiels à la bonne exécution du projet et s'y attaquer. Cependant, la gestion des risques suppose une analyse totalement différente et une toute autre attitude. En effet, envisager des problèmes potentiels et inventorier les moyens de mener un projet à terme sont des exercices sans commune mesure. L'objectivité peut faire problème. La nature humaine est ainsi faite que ceux qui consacrent toute leur énergie à rechercher des solutions relatives à la portée et à l'exécution des travaux trouvent généralement difficile de cerner et d'explorer à fond des problèmes potentiels.

Il y a aussi la question de l'expertise. La connaissance des assurances, du droit, des finances et diverses autres disciplines jouent souvent un rôle important dans l'élaboration de solutions originales et efficaces aux problèmes de gestion des risques. Il est audacieux de miser sur les « conseils professionnels » de personnes qui ne possèdent pas la spécialité pertinente; ainsi, des problèmes sont à craindre lorsque des avocats entreprennent l'ordonnement d'activités de construction ou que des non-juristes modifient les modalités d'indemnisation.

Sous réserve que le calcul de leurs provisions soit clair et net et que leurs honoraires soient acceptables, des conseillers externes devraient apporter un élément de valeur ajoutée dans un grand nombre de circonstances :

- Les spécialistes en construction (notamment les consultants en réclamations qui sont intervenus dans de multiples projets marqués par des conflits et des contestations) peuvent apporter une analyse objective et/ou un savoir-faire particulier (p. ex. une analyse informatisée des risques).
- Les spécialistes en assurances sont indispensables pour faciliter la compréhension de l'étendue de la couverture. Ils peuvent aussi renseigner les parties sur des produits d'assurance novateurs.
- Les avocats spécialisés en gestion préventive des risques et conflits peuvent contribuer à l'analyse, à la négociation et à l'élaboration d'ententes, sous réserve qu'ils aient l'expérience et le savoir-faire pour :
 - comprendre les modalités du projet et la substance de l'entente;
 - comprendre les facteurs de risque et contribuer à les mettre en évidence;
 - comprendre la répartition des risques et prendre part à leur ventilation (y compris la recherche de solutions originales);

Le *Bulletin Revay* est publié par Revay et Associés limitée, société mère de Wagner, Daigle, Revay Itée, deux firmes de conseillers du secteur de la construction et de spécialistes des réclamations du même domaine. Au service des entrepreneurs et des donneurs d'ouvrages, ces firmes ont comme objectif d'aider ces partenaires à réaliser des projets profitables et exempts de conflits. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenues.

Risque: Retards imputables au propriétaire (en général)		Responsable: J. Smith Révision: mensuelle	
REPARTITION DES RESPONSABILITES CONTRACTUELLES	7.6	En cas de retard du propriétaire, l'entrepreneur doit : <ul style="list-style-type: none"> • En atténuer les conséquences • Aviser au préalable le propriétaire des incidences 	
	7.5	Le propriétaire autorise des révisions du calendrier d'exécution	
	8.2	Le propriétaire assume des frais supplémentaires raisonnables	
		Absence de provision permettant de modifier le coût ou le prix cible	
	2.1 B.10	Le propriétaire assume diverses obligations	
	4.3.2	Le propriétaire est responsable des retards causés par son personnel et ses entrepreneurs	
	3.3	L'entrepreneur a l'obligation d'ordonner les travaux et de coordonner son action avec des tiers personnes et entrepreneurs du propriétaire	
	7.7	L'entrepreneur ne peut exécuter les travaux s'il découvre des erreurs, des incohérences ou des omissions dans les matériaux fournis par le propriétaire	
MESURES D'ÉVITEMENT	L'entrepreneur doit trouver une façon de réviser le coût ou le prix cible d'un montant correspondant aux frais additionnels qui découlent du retard du propriétaire (l'entrepreneur doit préserver sa capacité de respecter le coût ou le prix cible)		
HIERARCHISATION DES RISQUES	Probabilité : [1-5]	Incidence : [1-5]	Priorité
INCIDENCE	ATTÉNUATION		
	REDRESSEMENT CONTRACTUEL	REDRESSEMENT (ASSURANCES)	AUTRES
Frais additionnels	2.1 Paiement par le propriétaire des coûts directs (main-d'œuvre équipements et matériaux)		
	2.3 Paiement par le propriétaire des frais d'évaluation et de traitement des changements autorisés		
Coûts fixes	2.1 Paiement par le propriétaire d'une part des coûts fixes		
Honoraires de l'entrepreneur	2.2 Accroissement proportionnel selon la valeur totale nette des travaux additionnels autorisés		
	3.2.1 Demande de changements au coût et au prix cibles ainsi qu'au calendrier d'étapes clés		
Réclamation du propriétaire	N/A		
Réclamation d'une tierce partie	N/A		

Figure 2 : REGISTRE DES RISQUES TYPES — PROJET IAC

– formuler l'entente dans des termes clairs.

Les attentes des parties sont le premier facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on envisage de faire appel à des conseillers externes. En effet, les parties tentent de réaliser un profit, et le coût des services juridiques et des autres analyses doit être tel qu'il permette de dégager des marges bénéficiaires concurrentielles (c.-à-d. satisfaisantes). Les conseillers doivent informer les clients des services que ces derniers peuvent obtenir pour un prix donné, être attentifs aux attentes des clients et tenir compte de leur budget. Les services-conseils ne sont pas régis par la règle du « tout ou

rien ». Une Cadillac, une Volkswagen et un scooter répondent tous à un besoin dans des circonstances données. Plutôt que présumer que des consultations juridiques, des analyses de risques ou d'autres services-conseils sont trop onéreux, les parties ont intérêt à discuter ouvertement et directement avec des conseillers et, le cas échéant, décider des services qui leur conviennent compte tenu du prix et des marges bénéficiaires visées. Comme tous les coûts associés à un projet, les frais de services externes doivent faire l'objet d'une gestion rigoureuse.

par Ron Jutras, PEng., LL. B.

Les bureaux de Wagner, Daigle, Revay Itée :
4333, rue Ste-Catherine Ouest, bureau 500
MONTREAL (Québec) H3Z 1P9
Téléphone : (514) 932-9596
Télécopieur : (514) 939-0776

Affiliée à
Revay et Associés limitée
Siège social:
MONTREAL : (514) 932-2188
montreal@revay.com
http://www.revay.com

S.V.P. nous aviser de tout changement d'adresse ou de destinataire.