



Association Canadienne
de la construction
**Services axés sur les
pratiques exemplaire**

STRATÉGIES DE CONSTRUCTION

RÉPARTITION DES RISQUES DE L'APPROVISIONNEMENT PUBLIC



TABLE DES MATIÈRES

02	PARTIE I : INTRODUCTION
02	PARTIE II : PRINCIPES DE LA GESTION EFFICACE DES RISQUES
03	A. Le principe d'Abrahamson : Le risque doit être assumé par la partie la plus apte à le gérer et à le supporter
03	B. Les projets de plus en plus complexes ont pour effet de mettre le portefeuille de plus en plus à haut risque
04	C. Approvisionnement fondé sur la valeur – répartition holistique du risque
04	PARTIE III : TRANSFERT DE RISQUES DANS LES APPROVISIONNEMENTS PUBLICS
04	A. Types de transferts de risques
09	B. Impact du transfert de risques
10	PARTIE IV : STRATÉGIES D'ATTÉNUATION
14	PARTIE V : LISTE DE VÉRIFICATION CONSOLIDÉE

PARTIE I : INTRODUCTION

Toute personne qui a travaillé dans la construction sait depuis toujours que l'industrie comporte de nombreux risques et incertitudes. Que ce soit pour des questions de santé et sécurité, de contraintes de calendrier, de protection des marges de profit, de protection contre la hausse des coûts ou de gestion des attentes des clients, la réussite d'un projet de construction peut ressembler à un exercice d'équilibre précaire plein de menaces. Tout cela peut sembler évident, mais la réussite globale d'un projet de construction, quel qu'il soit, est intrinsèquement liée à la façon dont les parties prenantes répartissent, attribuent et gèrent les risques tout au long de sa réalisation.

Le présent rapport examine une tendance spécifique et inquiétante dans les projets de construction publics – la pratique consistant à transférer directement aux entrepreneurs des risques incertains, ambigus ou potentiellement inappropriés du projet. La taille des grands projets publics a pour effet de limiter la concurrence. Les obstacles à la pénétration de ce marché et à la croissance pour les petits entrepreneurs et la hausse importante des coûts de construction d'une année à l'autre limitent encore davantage la participation du marché intermédiaire. Par ailleurs, il s'avère de plus en plus nécessaire d'encourager la concurrence saine et active pour les projets d'infrastructure, étant donné le rôle crucial que joueront les infrastructures dans notre économie au cours des prochaines décennies. Ce rapport soutient que le transfert continu de risques déséquilibrés par les organismes publics sera un défi à long terme, car il affaiblira potentiellement les entrepreneurs tout autant que les maîtres d'ouvrage publics et aura des incidences sur la santé globale de l'industrie et des infrastructures publiques.

Pour traiter de ce sujet de manière holistique, la première section du présent document décrira certains principes fondamentaux de la gestion des risques dans la construction. Nous présenterons des exemples récents de ces transferts de risques et nous expliquerons pourquoi ils ont un impact négatif sur toutes les parties impliquées dans le projet. Finalement, nous présenterons des stratégies pratiques d'atténuation des risques pour aider les entrepreneurs à identifier et à gérer les risques incertains des projets et à se protéger contre eux.

PARTIE II : PRINCIPES DE LA GESTION EFFICACE DES RISQUES

Fondamentalement, les principes de la passation de contrats entre maîtres d'ouvrage et entrepreneurs devraient être guidés par l'équité et le transfert approprié des risques, avec un engagement précoce et ouvert entre les parties. Les entrepreneurs sont naturellement habiles et expérimentés et ils ont l'expérience et la capacité d'identifier et de gérer un large éventail de risques connus et identifiables sur la base du modèle contractuel du projet. Il est possible de contrôler les risques connus par une analyse approfondie et des mesures d'atténuation. Par contre, les risques inconnus, non identifiables ou ambigus entièrement supportés par l'entrepreneur peuvent mener à une prise de risque inutile ou à une hausse

des allocations pour imprévus dans les soumissions des entrepreneurs, ce qui se traduit par une hausse des coûts d'investissement, un faible nombre de soumissionnaires et une diminution de la concurrence au sein du marché.

A. Le principe d'Abrahamson : Le risque doit être assumé par la partie la plus apte à le gérer et à le supporter

C'est un principe communément accepté que la responsabilité des risques d'un projet doit être attribuée à la partie la plus apte à le gérer (« Principe d'Abrahamson »). Dans un contrat, les parties et leurs représentants apportent leur expertise, leur expérience, leurs connaissances et leur capacité d'identifier, de gérer et d'atténuer les risques du projet. L'attribution et le transfert des risques doivent être envisagés sous cet angle dès le début d'un projet et tout au long de son cycle de vie.

Toutefois, un fondement important, mais souvent omis du Principe d'Abrahamson, est que la capacité de gérer le risque du projet dépend de la partie la plus apte à déterminer le prix de ce risque ou à l'assurer. Dans l'approvisionnement du secteur public, les maîtres d'ouvrage détiennent généralement un grand portefeuille d'actifs ou de projets d'immobilisation. Par conséquent, certains ont fait valoir que les maîtres d'ouvrage publics étaient généralement les mieux placés pour conserver les risques « diversifiables » ou « idiosyncratiques »¹ – c'est-à-dire, les risques inconnus qui ne sont pas corrélés, lorsque la possibilité d'un risque est indépendante d'un projet à l'autre. Comme la probabilité que ces risques se matérialisent est répartie entre les projets du maître d'ouvrage public, le coût global du risque est réparti en conséquence et minimisé sur l'ensemble du portefeuille.

Bien qu'il soit possible de partager contractuellement les risques inconnus, incertains ou complexes entre les maîtres d'ouvrage et les entrepreneurs, la réussite dépend des principes de la communication et de la collaboration.

B. Les projets de plus en plus complexes ont pour effet de mettre le portefeuille de plus en plus à haut risque

L'augmentation de la complexité et de l'échelle des projets va généralement de pair avec un profil de risque plus élevé. Lorsqu'il existe de multiples interfaces, que ce soit entre les divers organismes publics ou par l'imbrication des portées des projets, la complexité du risque du projet augmente invariablement pour toutes les parties. Lorsque le risque d'un projet augmente, la collaboration et l'engagement précoce deviennent essentiels pour permettre d'identifier la meilleure proposition de valeur et d'attribuer correctement les risques, de les gérer soigneusement et de les atténuer.

Pour l'appel d'offres de ces projets complexes, les dispositions typiques ou normalisées conviennent généralement moins bien et peuvent nécessiter des modifications. Le haut risque et les risques de moindre certitude doivent être évalués globalement et par le biais d'une analyse minutieuse et d'une collaboration étroite. Ces risques peuvent être « partagés » en veillant ensemble à ce que la partie qui

1 Voir Arrow, Kenneth J. et Robert C Lind, "Uncertainty and the Evaluation of Public Investment Decisions" (2014) 6:1 Journal of Natural Resources Policy Research 29, publié à l'origine en 1970. 60:3 American Economic Review 364.

possède l'information et l'expertise appropriées puisse assumer des composantes d'un risque plus important.

Il est important d'élaborer des dispositions contractuelles claires, quantifiables et faciles à administrer pour tenir compte de ces risques qui représentent des défis particuliers. Ce processus doit être mené en toute transparence par les deux parties qui collaborent et communiquent leurs points de vue et leurs arguments dès le départ.

C. Approvisionnement fondé sur la valeur – répartition holistique du risque

Dans l'approvisionnement fondé sur la valeur, les méthodes d'approvisionnement et les principes contractuels sont créés projet par projet, en fonction de divers facteurs. La prise en compte rapide et attentive de la répartition des risques se traduit généralement par une augmentation de la valeur pour l'acheteur de la construction et un marché concurrentiel sain. La dernière partie du présent document abordera plus en détail la manière de mettre à profit les méthodes d'approvisionnement fondées sur la valeur pour atténuer les risques inconnus ou ambigus.

Par contre, les modes inappropriés de passation de contrats et le transfert des risques du contrat peuvent entraîner divers résultats négatifs pour l'ensemble de l'industrie de la construction. Le manque de concurrence, la prise de risques inutiles et la hausse des coûts de construction sont le résultat direct d'une répartition des risques qui fait porter un risque incorrect à une partie du contrat qui n'est pas la mieux placée pour l'assumer. La répartition correcte des risques sera à l'avantage des deux parties au contrat et de toute l'industrie, en plus de créer des résultats positifs tout au long du cycle de vie d'un projet.

PARTIE III : TRANSFERT DE RISQUES DANS LES APPROVISIONNEMENTS PUBLICS

A. Types de transferts de risques

Depuis une dizaine d'années, les entrepreneurs constatent que l'approvisionnement public s'écarte fortement des principes de répartition globale des risques décrits ci-dessus, notamment par le transfert de risques du projet qui étaient auparavant conservés par les maîtres d'ouvrage ou partagés entre les parties du projet. On le remarque particulièrement dans les projets où l'entrepreneur supporte le risque de conception, que ce soit dans le cadre d'un contrat de design-construction ou d'un autre mode de financement et d'approvisionnement (un « PPP » ou « partenariat public-privé »), bien qu'on le remarque aussi dans tous les types d'approvisionnement. La présente partie analyse certains de ces transferts de risques et les défis qui en ont découlé.

Type I : Transfert des risques liés aux conditions inconnues à l'emplacement du projet

La formulation normalisée pour les conditions à l'emplacement du projet, avec variantes, est celle de la clause sur les « conditions modifiées ». Cette disposition accorde une dérogation pour « des conditions

de sous-sol ou autres conditions physiques cachées qui diffèrent sensiblement de celles qui sont indiquées dans les documents contractuels »². Cette formulation et le lien avec le contrat répartissent le risque de sorte qu'il incombe à l'entrepreneur d'examiner et d'interpréter les renseignements géotechniques présentés dans le contrat; toutefois, l'entrepreneur n'assume pas le risque total pour les conditions de l'emplacement du projet si ces conditions n'étaient pas facilement apparentes dans les documents contractuels³.

Si l'on applique les principes de répartition des risques énoncés ci-dessus, cette formulation normalisée partage ostensiblement le risque de conditions inconnues à l'emplacement du projet entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Toutefois, même dans le cadre d'un partage du risque, le libellé contractuel crée un renversement de la charge de la preuve pour l'entrepreneur, qui doit « prouver » ce qui est essentiellement une évaluation subjective. Le maître de l'ouvrage du projet, conjointement avec le professionnel engagé par le maître de l'ouvrage, sera l'arbitre en première instance pour déterminer si les conditions à l'emplacement du projet sont matériellement différentes de celles décrites dans les rapports techniques du maître de l'ouvrage⁴. Le maître de l'ouvrage, ayant reçu un prix forfaitaire auquel il aimerait s'en tenir, est naturellement enclin à conclure qu'il était possible de déduire une condition donnée à partir des rapports techniques.

De plus, l'entrepreneur n'a aucun contrôle sur la qualité ou la solidité des rapports techniques qu'a obtenus le maître de l'ouvrage⁵. Pour atténuer les ambiguïtés dans ces rapports techniques, les entrepreneurs voudront peut-être effectuer leurs propres évaluations des conditions de sous-sol pendant l'appel d'offres. Toutefois, l'accès au site est généralement très limité pour les soumissionnaires et les honoraires ne prévoient que peu ou pas de budget pour effectuer ces études. De plus, si des conditions défavorables du sous-sol se matérialisent, la portée et la pertinence de l'étude de reconnaissance du sous-sol réalisée par l'entrepreneur peuvent faire l'objet d'un examen attentif. Par conséquent, toutes ces raisons dissuadent l'entrepreneur de procéder correctement à une telle étude au moment de l'appel d'offres, malgré le transfert de risque apparent.

2 Voir, par exemple, la CG 6.4.1 dans le CCDC -2 2020 Contrat à forfait.

3 Certains cas de jurisprudence au Canada qui interprètent cette répartition des risques ont conclu que l'interprétation des documents contractuels par l'entrepreneur doit être raisonnable pour un entrepreneur – la Cour ne s'attend pas à ce que l'interprétation de l'entrepreneur soit correcte ou conforme à l'examen d'un ingénieur géotechnicien (voir *Walsh-Canadian Construction* [1979] 25 Nfld & PEIR 361 (Nfld CA)). Toutefois, dans l'affaire *HMQ (Nouveau-Brunswick) c. Gould Trucking and Bird* 2015 NBCA 47, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a estimé que l'entrepreneur général n'avait pas interprété correctement les rapports géotechniques, et en particulier le tableau de résistance à la compression qui s'y trouvait. Par conséquent, la norme de ce qui peut être « facilement apparent » impose toujours à l'entrepreneur une grande responsabilité dans l'évaluation et l'interprétation des renseignements géotechniques disponibles.

4 Certains feront valoir que les mécanismes de règlement des différends prévus dans le contrat peuvent apporter une compensation éventuelle si l'entrepreneur estime que le maître de l'ouvrage a mal évalué les conditions modifiées. Cela est vrai, mais le règlement des différends est généralement une procédure longue et coûteuse. Avant qu'une décision ne soit prononcée, il peut s'écouler de nombreuses années et l'entrepreneur sera contraint de supporter les coûts d'une condition de l'emplacement du projet qui, à son avis, diffère sensiblement des rapports techniques et des prix qu'il a présentés dans sa soumission.

5 Une jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada limite la capacité d'un entrepreneur à intenter une action en justice contre un ingénieur pour des erreurs et des omissions dans un rapport technique si l'entrepreneur n'a pas retenu directement les services de cet ingénieur. Voir *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* (Maple Leaf Foods) 2020 SCC 35.

Dans un modèle traditionnel conception-appel d'offres-construction, il est possible d'atténuer les deux problèmes susmentionnés, puisque des conditions imprévues à l'emplacement du projet mèneront à une modification de la conception qui donnera lieu à une modification au contrat de l'entrepreneur. Toutefois, lorsque le risque de conception est transféré à un entrepreneur, il devient possible, en pratique, de transférer entièrement le risque lié à la condition de l'emplacement du projet à l'entrepreneur qui assume la responsabilité de la conception, soit par le biais d'une clause restrictive relative aux « conditions modifiées », soit par la responsabilité de l'entrepreneur d'assumer le risque lié à l'emplacement du projet « en l'état et à l'endroit où il se trouve ». Comme mentionné ci-dessus, la plupart des entrepreneurs qui préparent une soumission n'ont pas la possibilité adéquate d'estimer le prix du risque lié aux conditions inconnues de l'emplacement du projet. Par ailleurs, il est impossible, actuellement, d'obtenir une assurance contre les conditions inconnues de l'emplacement du projet. Les entrepreneurs assument donc ce risque, même s'ils ne sont pas en mesure de déterminer le prix de cette éventualité ou de l'assurer.

De même, dans les PPP, le risque de contamination n'est généralement pas expressément inclus, y compris dans le libellé « en l'état et à l'endroit où il se trouve ». Toutefois, il arrive souvent que les contrats faisant l'objet d'un appel d'offres ne prévoient le maintien du risque de contamination pour le maître de l'ouvrage que dans la mesure où la contamination ne pouvait pas être « raisonnablement déduite » à partir des documents techniques et des propres études de l'entrepreneur. Comme dans le cas du libellé sur les conditions à l'emplacement du projet mentionné ci-dessus, cette formulation crée un risque de différend sur la nature de la contamination qui « ne pouvait raisonnablement être déduite » à partir des rapports techniques.

La logique inhérente à ces dispositions est la suivante : a) le maître de l'ouvrage a obtenu et eu à sa disposition des études de l'emplacement complètes et de grande qualité, réalisées avant le processus d'appel d'offres, qui reflètent avec précision les conditions du projet; b) ces informations donnent à l'entrepreneur toutes les données dont il a besoin pour fixer correctement le prix et le calendrier du projet; et c) en cas de changement matériel apparent des conditions de l'emplacement, le maître de l'ouvrage procédera à une évaluation équilibrée et indépendante de la demande de modification présentée par l'entrepreneur. Cet optimisme est souvent erroné et les entrepreneurs participants sont contraints d'établir le prix d'un risque ambigu à leurs propres risques et périls – si le prix est trop élevé, l'entrepreneur n'obtient pas le contrat et perd une bonne partie des coûts de préparation de sa soumission, s'il est trop bas, l'entrepreneur subira de lourdes pertes sur le projet si le risque se concrétise.

Type II : Transfert du risque des approbations par une tierce partie

Le transfert aux entrepreneurs de la responsabilité des approbations des parties prenantes tierces est un deuxième domaine de transfert de risque observé ces dernières années. Par exemple, les contrats exigent souvent des promoteurs qu'ils demandent et obtiennent des autorisations discrétionnaires de la part des autorités locales (municipalités, fournisseurs de services publics, etc.) avant de commencer les travaux, sans qu'il y ait de mesure compensatoire correspondante si la lenteur de ces autorités locales retarde le calendrier du projet. De même, dans certaines situations, les maîtres d'ouvrage font peser sur

les entrepreneurs la responsabilité croissante d'obtenir le consentement et l'approbation de plusieurs parties prenantes gouvernementales différentes lorsqu'ils procèdent à la conception ou à la construction d'un projet, sans qu'il y ait de changement au calendrier en cas de retard.

Il est raisonnable que les maîtres d'ouvrage imposent aux entrepreneurs la responsabilité de satisfaire aux exigences du code du bâtiment et des règlements locaux. Toutefois, les entrepreneurs n'ont qu'une capacité limitée, si ce n'est aucune capacité, d'accélérer les examens effectués par des autorités tierces. Ils n'ont pas non plus la possibilité d'imposer une approbation ou de résoudre des conflits d'exigences entre organismes. De plus, cette répartition contractuelle ne tient pas compte du fait que l'organisme public donneur d'ouvrage est souvent le mieux placé pour gérer les approbations ou obtenir des informations auprès d'un organisme gouvernemental apparenté. Si, en théorie, les organismes publics peuvent entretenir une relation indépendante, en réalité, les liens qu'ils entretiennent peuvent indiquer que le maître de l'ouvrage est le mieux placé pour naviguer dans la bureaucratie et la contourner au besoin.

Les entrepreneurs auront besoin des approbations de tierces parties pour se conformer aux exigences de présentation des soumissions et réaliser les étapes contractuelles (et éviter les pénalités associées). Le fait d'exiger des entrepreneurs qu'ils obtiennent des approbations discrétionnaires de la part de tierces parties crée un risque important lié au calendrier et aux coûts qui ne peut pas être géré efficacement dans le cadre d'un contrat à prix et à calendrier fixes.

Type III : Transfert du risque de la responsabilité de la conception

Une autre tendance récente dans le domaine des approvisionnement publics consiste à lancer des appels d'offres qui transfèrent le risque de conception aux entrepreneurs, même s'ils ne sont pas responsables de la conception. Par exemple, certaines conditions supplémentaires peuvent inclure des termes qui rendent les entrepreneurs responsables des erreurs ou des omissions dans les dessins et devis. D'autre part, des contrats peuvent inclure des dispositions dans la garantie qui stipulent que l'ouvrage doit « convenir à l'usage » ou « convenir à l'utilisation prévue ». Enfin, certains projets contiennent des clauses qui imposent aux entrepreneurs l'obligation d'examiner les documents de conception du maître d'ouvrage et de signaler toute erreur.

L'inclusion de telles modalités est courante lorsque les entrepreneurs ont assumé le risque de conception, mais elle n'est pas appropriée dans les contrats offres-construction ou les contrats à prix forfaitaire. Sur ces projets, les entrepreneurs ne sont pas en mesure de déterminer si un élément est conforme à l'intention de la conception, car ils n'ont eu que peu ou pas d'informations ou de conversations sur l'intention de la conception du projet avec le maître de l'ouvrage. C'est au concepteur qu'il incombe de s'assurer qu'un élément est conforme à l'intention de la conception. De plus, l'inclusion du risque de conception dans un projet offres-construction ou à prix forfaitaire crée une responsabilité potentielle de l'entrepreneur pour des défauts de conception qui devraient être assumés par le maître d'ouvrage ou le concepteur. Ce risque est particulièrement préoccupant si l'entrepreneur n'est pas

contractuellement tenu de souscrire une assurance contre les erreurs et omissions, car il y aura alors une lacune dans la couverture d'assurance du projet. Enfin, l'inclusion de ces conditions peut imposer aux entrepreneurs des coûts supplémentaires pour retenir les services d'un consultant indépendant chargé d'examiner la conception, ce qui peut dissuader les entrepreneurs de présenter une soumission pour le projet.

Type IV : Ambiguïté quant à la responsabilité de la conception et de la performance

Une autre source de transfert de risque provient des ambiguïtés contractuelles quant à la conception et de la portée insuffisamment définie (donc « déduite »), lorsque l'entrepreneur conserve la responsabilité de la conception. En particulier, dans le cadre des contrats de PPP et de design-construction, l'industrie constate une imprécision croissante des devis de conception du maître de l'ouvrage. Cette ambiguïté est peut-être due au fait que les projets font l'objet d'un appel d'offres avant que tous les aspects du travail ne soient entièrement développés ou conceptualisés. Lorsque des différends surviennent à propos de devis vagues, les maîtres d'ouvrage publics peuvent s'opposer à des modifications une fois les prix fixés, en faisant valoir que les exigences de conception ont été spécifiées.

Une autre ambiguïté peut apparaître lorsqu'un maître de l'ouvrage conserve certaines obligations en vertu du contrat, mais que les modalités ne précisent pas le moment où il doit s'acquitter de ces obligations. Dans un exemple très médiatisé, le consortium sélectionné pour la construction d'un projet d'infrastructure de transport en commun a intenté un procès contre le maître d'ouvrage public. Conformément au contrat, le maître de l'ouvrage conservait la responsabilité de sélectionner l'exploitant de la ligne de transport et de passer un contrat avec lui; toutefois, le contrat ne mentionnait pas de date limite ni le moment auquel l'exploitant devait être sélectionné. Dans son action en justice, le consortium a fait valoir que l'autorité n'avait pas retenu l'exploitant en temps voulu et n'avait pas coordonné correctement les obligations de mise en service entre les parties. La publicité négative qui s'en est suivie – sans parler du temps et de l'argent consacrés aux frais de justice – a été préjudiciable au maître de l'ouvrage tout autant qu'au consortium.

Type V : Transfert de risques par des limites de responsabilité inacceptables et des indemnités inadéquates

Enfin, les contrats de construction peuvent répartir les risques de manière inappropriée en augmentant le risque de certaines clauses normalisées existantes. En voici quelques exemples :

1. *Limites de responsabilité* : les contrats qui ne prévoient pas de limites de responsabilité appropriées, proportionnelles à la valeur du projet, peuvent s'avérer catastrophiques pour les entrepreneurs. En cas de perte, l'entrepreneur peut être tenu responsable de manière pratiquement illimitée, les seules limites étant celles de la common law en matière de dommages.
2. *Dommages indirects* : généralement, un contrat de construction doit prévoir une renonciation aux dommages indirects et aux dommages pour perte de profit, perte de revenus et perte d'usage. Ces catégories de dommages sont potentiellement énormes et difficiles (voire impossibles) à quantifier pour les entrepreneurs. En l'absence d'une renonciation appropriée aux dommages indirects

pour assurer la protection nécessaire, les entrepreneurs peuvent être exposés à des risques non quantifiables.

3. *Indemnités* : Les indemnités peuvent étendre la portée de la responsabilité d'un entrepreneur de plusieurs façons. Par exemple, les indemnités en vertu desquelles l'obligation d'indemniser est déclenchée sans exigence de faute (c'est-à-dire de négligence ou d'inconduite délibérée) peuvent exposer les entrepreneurs à une responsabilité même s'ils n'ont pas commis de rupture de contrat ou n'ont pas été négligents. De plus, les indemnités peuvent étendre les obligations de l'entrepreneur envers des tierces parties (par exemple, le professionnel du maître de l'ouvrage) contre lesquels il a une capacité limitée à se protéger. Comme indiqué ci-dessous, les indemnités doivent refléter la répartition des risques assurables sur le projet.

En général, ces types de clauses doivent établir un équilibre approprié entre les risques encourus par les entrepreneurs et les maîtres d'ouvrage. L'imposition de risques que les entrepreneurs ne sont pas en mesure de gérer et de contrôler peut être catastrophique pour les entrepreneurs individuels et préjudiciable à la santé de l'industrie en général.

B. Impact du transfert de risques

Pour les entrepreneurs généraux

Les entrepreneurs sont généralement prêts à assumer des risques accrus, mais uniquement les risques : a) qu'ils peuvent raisonnablement anticiper au moment de l'appel d'offres et qu'ils peuvent donc estimer, contrôler et gérer; ou b) qui sont assurables. L'imposition de risques que les entrepreneurs ne sont pas en mesure d'estimer, de contrôler ou de gérer efficacement et qu'ils ne sont pas en mesure d'assurer peut avoir de graves répercussions pour les entrepreneurs, tant au niveau individuel qu'au niveau de l'ensemble de l'industrie.

Des transferts de risques inappropriés peuvent augmenter le risque d'instabilité financière et d'insolvabilité des entrepreneurs. Les entrepreneurs exposés à des risques qui échappent à leur contrôle peuvent subir des pertes substantielles qui se répercutent sur leur trésorerie et leur rentabilité. Si le contrat ne prévoit pas de recours adéquat, les entrepreneurs peuvent rencontrer des difficultés à respecter leurs obligations contractuelles, à payer leurs fournisseurs et sous-traitants, ou à obtenir un financement pour de futurs projets. Cela peut conduire à un cercle vicieux de sous-performance, de défaillance et d'insolvabilité qui nuit à la réputation et à la crédibilité de l'entrepreneur, ainsi qu'à la compétitivité et à la durabilité de l'industrie. Les risques liés à ce cycle sont exacerbés par les conditions actuelles du marché, et en particulier par les taux d'intérêt élevés au Canada.

Une autre conséquence d'un transfert de risque déséquilibré est le risque accru de litiges. Lorsque les entrepreneurs sont confrontés à des risques qu'ils ne peuvent pas contrôler ou gérer, ils peuvent chercher à récupérer leurs pertes ou à se soustraire de leurs responsabilités en remettant en cause les modalités du contrat, en invoquant des clauses de force majeure ou en demandant des prolongations de délai ou des paiements supplémentaires. Ces situations peuvent déboucher sur des litiges coûteux et de

longue durée qui perturbent la réalisation du projet et érodent la confiance et la coopération entre les parties.

Pour les autorités ou les maîtres d'ouvrage

La conséquence la plus évidente des transferts de risques inappropriés pour les maîtres d'ouvrage publics est l'escalade des prix dans les appels d'offres pour les projets publics. Comme il construit le projet, l'entrepreneur est parfois le mieux placé pour gérer certains risques; toutefois, dans certains cas, c'est plutôt le maître d'ouvrage public qui est la partie la mieux placée pour fixer le prix de certains risques spécifiques et les supporter. Lorsque ces risques sont délégués à l'entrepreneur sans communication claire de la part du maître d'ouvrage, l'un ou l'autre des deux scénarios suivants se présentent :

1. toutes les soumissions présentées par les entrepreneurs seront plus élevées que souhaité ou prévu;
2. les entrepreneurs sous-évaluent un risque qui, s'il se matérialise, leur fait subir de lourdes pertes.

Si le scénario deux se produit, cela aura un certain effet dissuasif sur la volonté de l'entrepreneur de participer à un appel d'offres public semblable dans le futur, ce qui au bout du compte, rendra le marché moins concurrentiel dans l'ensemble. Les entrepreneurs de petite et moyenne taille peuvent choisir de ne pas participer aux approvisionnements publics. En fait, pour de nombreux projets d'infrastructure, le transfert de risques a limité la capacité des petits entrepreneurs à participer à des approvisionnements publics de grande envergure, laissant ces projets aux mains des plus grands entrepreneurs internationaux. Par conséquent, il y aura moins de participants aux appels d'offres publics et les maîtres d'ouvrage auront moins de choix dans le marché. Ainsi, dans les deux scénarios présentés ci-dessus, le maître d'ouvrage public n'obtiendra pas le meilleur « rapport qualité-prix » à long terme en se déchargeant d'un risque ambigu.

Enfin, comme mentionné précédemment, les ambiguïtés dans le transfert de risque conduiront inévitablement à des litiges. Ces litiges peuvent représenter une perte de fonds et de ressources pour le maître d'ouvrage public. De plus, la publicité négative associée aux litiges peut éroder la confiance du public, ce qui peut conduire à une diminution du financement ou à un changement de direction politique.

PARTIE IV : STRATÉGIES D'ATTÉNUATION

La construction est une industrie qui compte de nombreuses « personnes dynamiques » – des personnes qui s'intéressent avidement à la résolution des problèmes et à l'accomplissement des tâches. Les entrepreneurs qui liront le présent rapport se poseront sûrement la question suivante : « Que peut-on faire? » ou « Comment pouvons-nous gérer cela? » En fin de compte, la première (et la meilleure) solution et stratégie d'atténuation des problèmes décrits ci-dessus peut consister à modifier le processus d'approvisionnement et à atténuer les risques avant la passation des marchés en travaillant en collaboration avec le maître de l'ouvrage – le « passage à l'approvisionnement fondé sur la valeur » dont il a été question précédemment.

L'entrepreneur qui est impliqué rapidement a une occasion de gérer les risques dans la manière dont le processus d'approvisionnement est structuré. Si toutes les parties au projet ou la plupart d'entre elles, y compris l'entrepreneur, sont incluses dans le processus initial d'approvisionnement, lors des phases de préconstruction ou des premières phases de planification et de budgétisation, il est possible d'atténuer efficacement de nombreux risques courants. Par exemple :

1. *L'accent mis sur la valeur*

Un processus de collaboration entre le maître de l'ouvrage, le professionnel et l'entrepreneur lors des premières réunions de travail peut permettre aux parties prenantes de s'aligner sur la valeur et les priorités du projet, ce qui orientera d'autres décisions importantes, comme le type de contrat et la matrice des risques.

2. *Type de contrat*

Les parties peuvent discuter et se mettre d'accord sur la forme de contrat qui convient le mieux pour le projet.

3. *Matrice et planification des risques*

Le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur peuvent, en équipe, identifier les risques et commencer l'élaboration d'un plan de suivi et de gestion dès les premières étapes. Idéalement, les parties prenantes réexamineront, réévalueront et modifieront fréquemment la matrice des risques ensemble, et de manière continue, à toutes les phases du projet.

4. *Assurance*

Les parties peuvent déterminer ce qui doit être assuré, qui doit avoir « accès » à l'assurance et qui est le mieux placé pour acheter et souscrire cette assurance.

5. *Permis/approbations gouvernementales*

Les équipes de projet peuvent étudier ces tâches à un stade précoce afin de mieux comprendre les besoins et, en fin de compte, les risques, ce qui permet l'attribution de ces tâches à la partie la plus apte à les mener à bien.

6. *Règlement des différends*

Les parties peuvent déterminer collectivement quel sera le plan de règlement des différends et qui sera tenu d'y participer. Dans le cadre de ce projet, les parties peuvent discuter des mécanismes qui permettent une résolution rapide, par un arbitre indépendant, des questions pour lesquelles le temps est un facteur crucial.

Toutefois, il n'est pas toujours possible de participer à un stade précoce du processus d'approvisionnement. Lorsqu'un projet en phase d'appel d'offres comporte des clauses ambiguës ou des transferts de risques inappropriés, les stratégies d'atténuation suivantes peuvent aider à gérer le risque :

1. *Spécifications ambiguës ou conditions supplémentaires*

Une pratique exemplaire de l'entrepreneur serait de transmettre officiellement au maître de l'ouvrage une demande de renseignements (DDR) sur les questions qui le préoccupent. L'entrepreneur peut suggérer une formulation alternative à la disposition ambiguë – en s'inspirant de la formulation de compromis d'un autre projet – qui contribuera à étayer la DDR et les conversations ultérieures. Si possible, l'organisation d'une réunion avec les parties prenantes concernées pour examiner et affiner la ou les dispositions en question permettrait de parvenir à une résolution mutuelle.

En tant que partie prenante, vous devez être prêt à expliquer, à l'aide d'exemples concrets, pourquoi et comment cette condition supplémentaire ajoute des risques et des coûts au projet. Souvent, les autres maîtres d'ouvrage n'ont pas le même point de vue et ne peuvent donc pas comprendre les préoccupations soulevées sans un exemple concret.

2. Modèle contractuel inapproprié

Un entrepreneur n'a généralement aucun contrôle sur le modèle contractuel utilisé dans le cadre d'un approvisionnement donné. Souvent, il semble que le modèle choisi par le maître de l'ouvrage ne soit pas le plus approprié pour la portée du projet. Dans un tel cas, l'adaptation de votre approche à l'égard du projet et la documentation de toutes les questions sous la forme de demandes de renseignements contribueront à mettre tout le monde sur la même longueur d'onde. Le fait de mettre l'accent sur les relations et de comprendre véritablement le client n'est pas entièrement une approche d'atténuation, mais contribue à favoriser une culture de collaboration et de respect qui permet à l'équipe de travailler ensemble lorsque surviennent des défis et des problèmes.

En fin de compte, la réponse la plus appropriée à un projet dont le modèle de contrat n'est pas adéquat est parfois de ne pas présenter de soumission pour le projet. D'ailleurs, il est arrivé récemment que des projets publics importants n'aient attiré aucun soumissionnaire. L'équipe chargée de l'approvisionnement a donc été contrainte de reconsidérer le modèle et de lancer un nouvel appel d'offres selon un autre modèle contractuel. Nous encourageons les entrepreneurs qui se trouvent dans cette situation à contacter leur association professionnelle pour l'informer des raisons de leur décision de « ne pas présenter de soumission ». L'association professionnelle qui reçoit de tels messages peut rassembler les commentaires reçus et en faire part au maître de l'ouvrage sans qu'il y ait apparence de collusion de la part des entrepreneurs intéressés.

3. Risque d'assurance mal réparti

Il arrive parfois que le régime d'assurance défini dans le contrat ne reflète pas la répartition des risques telle qu'elle est décrite dans le devis du projet, comme dans le cas du transfert des risques liés à la responsabilité de la conception évoqué plus haut. Il ne faut pas tenir pour acquis que toutes les parties prenantes comprennent qui est la meilleure partie pour contracter l'assurance, et qui a besoin d'accéder à cette assurance. La première étape peut consister à documenter clairement quelle assurance est nécessaire et qui doit y avoir accès. Par la suite, il peut s'avérer nécessaire que l'entrepreneur souscrive une assurance supplémentaire pour atténuer tout risque perçu, et qu'il exige que les sous-traitants

du projet soient assurés de la même manière. Assurez-vous que toutes les parties prenantes sont sur la même longueur d'onde et qu'elles peuvent planifier en conséquence, avec la meilleure solution possible.

4. *Approche au règlement des différends*

Lorsque le mécanisme de règlement des différends prévu au contrat est bien compris, il peut y avoir une discussion sur un plan de règlement des différends avec l'équipe de projet qui permet d'apporter des clarifications au besoin. Si le plan comporte des lacunes, vous pouvez faire des suggestions pour les combler ou bien l'entrepreneur peut créer un plan interne qui réduit le risque de voir un différend s'intensifier par ses propres actions.

Enfin, quel que soit l'état d'avancement du processus d'approvisionnement du projet, il existe plusieurs bonnes pratiques générales d'atténuation des risques qui profitent à toutes les parties et qui méritent d'être prises en compte :

1. *Équipe*

Efforcez-vous toujours de comprendre les valeurs du client et les besoins du projet pour vous assurer que l'équipe est celle qui convient le mieux au projet envisagé. Qu'il s'agisse de faire des recherches sur un client, de l'interviewer, ou les deux, prenez le temps de cultiver la relation. De plus, comprenez l'approche et la culture du professionnel principal du maître de l'ouvrage, et appuyez-vous sur les bonnes relations et les expériences passées pour favoriser une expérience positive au sein de l'équipe.

2. *Établissement de relations*

Ne sous-estimez pas la valeur de la formation d'une équipe avec toutes les parties prenantes disponibles, et ce, le plus tôt possible dans le projet. En réunissant l'équipe élargie et en créant un climat de confiance et de compréhension, vous posez des bases solides pour votre équipe tout au long du projet. Pendant la formation de l'équipe, vous pouvez définir les facteurs de réussite, les préférences en matière de communication quotidienne, les principales parties prenantes pour la communication et les valeurs communes.

3. *Risque*

Accordez une attention prioritaire à la compréhension des risques et aux options d'atténuation qui sont sous votre contrôle. Cela peut comprendre la création d'un registre interne des risques, qu'un tel registre soit exigé ou non par le maître de l'ouvrage. L'équipe devrait se référer à ce document, l'examiner et le mettre à jour régulièrement. Plus il y aura de parties prenantes à ces discussions et à ces examens, mieux ce sera, d'autant plus que cela favorise une plus grande collaboration et un plus grand partage de l'information au sein de l'équipe.

4. *Transfert des connaissances avec les équipes*

Lorsqu'un projet d'approvisionnement passe du stade de l'estimation à celui des opérations, il y a lieu de procéder à un transfert intentionnel et détaillé de l'information à l'équipe chargée de l'exécution

du projet. Cette pratique permettra d'intégrer les connaissances fondamentales acquises au cours du processus d'approvisionnement dans les plans d'exécution. Elle aidera également l'équipe à comprendre et à gérer le registre des risques pendant l'exécution.

5. *Pratiques de construction LEAN*⁶

Adhérez à l'idée de réduire les déchets, d'ajouter de la valeur et d'améliorer continuellement votre projet en utilisant les outils LEAN. Vous permettrez ainsi à votre personnel d'utiliser plus efficacement le temps, l'énergie et le budget du projet. En plus de mettre l'accent sur le respect des personnes et la collaboration des parties prenantes pour optimiser le flux de travail, LEAN comprend de nombreux outils qui vous permettront d'améliorer l'exécution des projets, quels que soient le contrat, l'expérience de l'équipe, l'étape du projet ou d'autres spécificités.

6. *Assurance*

Comme mentionné précédemment, si votre équipe s'inquiète de la manière dont l'assurance est traitée pendant l'approvisionnement, vous devez poser des questions dans une demande de renseignements (DDR) et proposer des modifications de l'assurance qui permettront de réaliser des économies et de couvrir plus efficacement le projet. Assurez-vous également que toutes les parties qui doivent s'appuyer sur l'assurance soient également désignées comme assurées, le cas échéant. Si vous n'êtes pas certain des besoins en assurance et de la meilleure solution, contactez votre assureur de confiance et posez-lui ces questions afin de pouvoir transmettre ses réponses au client pendant l'approvisionnement.

7. *Approche au règlement des différends*

Les entrepreneurs doivent bien comprendre les modalités du contrat relatives au règlement des différends. Assurez-vous de bien connaître les mécanismes dont dispose votre entreprise, les délais de préavis, la méthode de contact ou d'envoi des avis et les parties qui doivent être informées. Il serait utile de s'assurer que l'équipe de projet est au courant de ces informations et qu'elle dispose d'un document de référence à portée de main pour s'assurer que la paperasserie est toujours conforme. S'il existe des compétences en matière de règlement des différends qui pourraient aider votre équipe à assurer le bon déroulement du projet et à atténuer les risques, il vaudrait la peine d'investir dans ces compétences avant le début du projet ou tôt dans sa réalisation.

PARTIE V : LISTE DE VÉRIFICATION CONSOLIDÉE

Cette liste de vérification donne un aperçu de la manière dont les parties prenantes peuvent répartir,

⁶ Pour référence, la construction LEAN suppose une combinaison de recherche opérationnelle et de développement pratique dans la conception et la construction, en adoptant des principes et des pratiques de fabrication sans gaspillage pour le processus de conception et de construction, du début à la fin. La construction LEAN, ou construction allégée, porte sur l'alignement et la recherche holistique d'améliorations simultanées et continues dans toutes les dimensions de l'environnement bâti et naturel : conception, construction, mise en service, entretien, récupération et recyclage. (Abdelhamid 2007, Abdelhamid et al. 2008).

attribuer et gérer les risques connus et inconnus tout au long de la réalisation du projet sur la base du présent rapport. Elle est un outil pratique et présente un processus guidé étape par étape pour vous aider à démarrer.

Première étape : Évaluation des risques spécifiques du projet

Déterminez et documentez vos **risques potentiels** à l'aide d'un registre des risques ou d'un modèle de matrice des risques.

Déterminez si le projet comporte l'un des éléments de **transfert de risque** suivants. Dans l'affirmative, ajoutez-les à votre documentation sur les risques :

- **Conditions inconnues à l'emplacement du projet;**
- **Exigences d'approbation par des tierces parties;**
- **Responsabilité de la conception;**
- **Ambiguïté par rapport à la responsabilité de la conception et/ou de la performance; ou**
- **Limites de responsabilité inacceptables, indemnités inadéquates ou autres dispositions contractuelles onéreuses.**

Deuxième étape : Analyse des risques de principes

Quels **principes du risque** s'appliquent à votre projet? Ajoutez des détails dans votre registre ou votre matrice de risques en vous guidant sur ces questions :

- Idéalement, à qui devrait être attribué chaque risque?
- Pouvez-vous identifier les risques ambigus ou inconnus afin d'assurer la transparence pour toutes les parties prenantes?
- Le risque est-il assumé par la partie prenante la plus apte à le gérer?
- Les risques complexes peuvent-ils être décomposés pour qu'il soit possible de déterminer des mesures d'atténuation détaillées?
- Avez-vous tenu compte du coût et/ou de l'assurance pour atténuer chaque risque?

Troisième étape : Protocole d'atténuation

A. Implication hâtive

Lorsque l'entrepreneur est impliqué dans l'approvisionnement, les stratégies d'atténuation globales qui suivent peuvent contribuer à couvrir les risques ambigus ou inconnus de manière holistique entre les parties au projet :

- Atelier ou réunion de collaboration avec les parties prenantes pertinentes pour s'aligner sur les valeurs et les priorités;
- Recommander la formule de contrat qui convient le mieux pour le projet et expliquer pourquoi;

- Recommander des solutions d'assurance et notamment déterminer qui devrait acheter de l'assurance qui doit y avoir accès;
- Étudier les approbations et les permis gouvernementaux nécessaires et déterminer qui devrait les obtenir;
- Clarifier le plan de règlement des différends avant qu'un différend ne survienne.

B. Tout au long du projet

Les **stratégies d'atténuation** suivantes conviennent à un projet dans lequel l'entrepreneur n'a pas été impliqué hâtivement, mais il est utile de les utiliser pour n'importe quel projet, car elles aident à bien comprendre les risques :

Pendant l'approvisionnement

- Si votre projet comprend des spécifications ou des conditions supplémentaires ambiguës, envoyez une DDR et suggérez une autre formulation.
- Si votre projet comporte un modèle contractuel inapproprié, utilisez le processus de DDR pour obtenir des éclaircissements, atténuez le risque et proposez un modèle contractuel qui convient mieux, au besoin. Si le risque persiste, envisagez de ne pas présenter de soumission et informez-en votre association de construction locale en expliquant les raisons qui vous ont amené à prendre cette décision.
- Si votre projet a mal attribué le risque d'assurance, résumez par écrit la ou les assurances nécessaires et précisez qui doit y avoir accès; assurez-vous d'inclure le coût et la portée de toute assurance supplémentaire qui atténuerait votre risque.

Après l'attribution du contrat :

- Assurez-vous d'avoir choisi les meilleurs membres de l'équipe en fonction du projet, y compris ceux qui conviennent le mieux à l'autre partie prenante.
- Créez le temps et l'espace nécessaires pour l'équipe et pour l'établissement de relations avec toutes les parties prenantes. Par exemple, organisez une activité sociale dans le cadre du lancement du projet pour établir les bases de ces relations.
- Assurez-vous du transfert efficace des connaissances entre l'équipe chargée de la soumission et celle chargée de l'exécution, en particulier en ce qui concerne le registre ou la matrice des risques. Organisez une réunion de transfert interne pour favoriser le transfert des connaissances et les documenter en conséquence.
- Assurez-vous que l'équipe connaît l'approche au règlement des différends. Détaillez le processus prescrit dans le contrat pour que l'équipe le comprenne bien. Si vous constatez des lacunes, faites des suggestions pour les combler et gardez cette approche documentée à portée de main pour l'équipe.
- Ayez une série d'outils de construction allégée (LEAN) à utiliser dans le cadre de votre stratégie d'atténuation.
- Consultez un professionnel de l'assurance qui peut vous conseiller sur l'atténuation du risque d'assurance tout au long du projet.
- Registre des risques – Partagez ce document avec toutes les parties prenantes. Examinez-le et mettez-le à jour fréquemment, tout au long du projet.

La conclusion d'un contrat est par nature une entreprise risquée, mais en tant qu'industrie, nous devons faciliter le changement avec toutes les parties prenantes pour mieux définir et gérer ce risque. Actuellement, des risques inutiles sont pris sans qu'ils soient attribués dès le départ à la partie prenante la plus apte à les assumer ou sans que soit adoptée la solution d'atténuation la mieux adaptée. Le présent rapport vise à lancer des discussions et une planification proactives dans le but de gérer et de minimiser efficacement les risques dans les projets de construction, quel que soit le moment où vous devenez impliqué dans le projet.



Association Canadienne
de la construction
**Services axés sur les
pratiques exemplaire**