

Réforme de la loi sur le privilège dans l'industrie de la construction : ce que cela signifie pour les membres de l'ICÉC

3 NOVEMBRE 2017 14 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Construction](#)

Auteur: [Richard Wong](#)

Cet article est d'abord paru **en anglais seulement** dans le numéro de l'automne 2017 de *The Construction Economist*, le journal officiel de l'Institut canadien des économistes en construction (ICÉC).

La réforme à venir de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, qui devrait entrer en vigueur au cours des prochains mois, transformera radicalement la dynamique de l'industrie de la construction en Ontario. Selon nous, les deux modifications les plus importantes du point de vue des membres de l'ICÉC seront l'ajout d'obligations de paiements rapides et la mise en place d'un régime d'arbitrage intérimaire des différends. Chacune de ces modifications apportera de nouveaux défis que devront relever les membres de l'ICÉC, notamment en réduisant drastiquement les cycles de paiement et en modifiant la façon de régler les différends, mais ouvrira également de prometteuses perspectives pour ceux qui sauront se positionner pour aider les clients à s'adapter aux nouvelles lois. Pour obtenir de plus amples renseignements sur les modifications contenues dans l'ébauche actuelle du projet de loi 142, nous vous invitons à lire [cet article](#). Si vous souhaitez recevoir une version comparée de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* surlignant les modifications proposées par le projet de loi 142, veuillez communiquer directement avec les auteurs par courriel.

Réforme de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction

La dernière réforme importante de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario remonte à 1983. Ainsi, les modifications proposées constituent la première, et fort probablement la dernière, grande réforme que beaucoup d'acteurs de l'industrie de la construction connaîtront au cours de leur carrière. Les parties intéressées de l'industrie, y compris l'ICÉC, ont participé au processus de consultation du ministère et formulé des observations détaillées qui ont défini les questions à l'ordre du jour.

Le projet de loi 142 a été adopté en première lecture par l'Assemblée législative de l'Ontario le 31 mai 2017 et sera en deuxième lecture au moment où cet article sera imprimé. Avant d'être adopté, le projet de loi 142 devra franchir l'étape de la deuxième et de la troisième lectures, avec des modifications dont celles découlant de l'examen détaillé du comité. Dans l'intervalle, des associations représentant divers segments de l'industrie, dont des propriétaires, des prêteurs, des entrepreneurs, des sous-traitants, des professionnels de la conception et d'autres intervenants évaluent les incidences du libellé actuel et étudient et soumettent leurs commentaires en vue d'un examen ultérieur. Bien que certaines parties intéressées aient exprimé des réserves au sujet de certains éléments du projet de loi, nous

nous attendons à une adoption très rapide, soit d'ici la fin de 2017 ou le début de 2018 avec les dernières modifications. Les règlements correspondants sont également en cours d'élaboration et devraient être publiés sous peu pour examen.

Païement rapide obligatoire

Le projet de loi 142 propose d'instaurer un régime de paiements rapides qui s'appliquera aux contrats de construction, à tous les niveaux de la pyramide, qui sont conclus après l'entrée en vigueur des modifications. Le nouveau régime de paiements rapides exigera qu'un propriétaire paie le montant facturé au plus tard 28 jours après avoir reçu une « facture en bonne et due forme » par l'entrepreneur. L'obligation de paiements rapides s'applique à tous les niveaux de la pyramide, car l'entrepreneur qui reçoit paiement de l'intégralité d'une facture en bonne et due forme doit ensuite payer, dans un délai de sept jours, chaque sous-traitant pour cette partie des services et des matériaux qu'il a fournis et qui a été incluse dans la facture de l'entrepreneur.

La facture en bonne et due forme ne sera pas établie par règlement, mais continuera d'être définie par les parties dans le contrat lui-même. Elle devra cependant comprendre certains renseignements essentiels comme la description, y compris la quantité s'il y a lieu, des services et des matériaux fournis, ainsi que d'autres renseignements prescrits par le règlement. Toutefois, ce que l'on sait et ce qu'il convient de noter surtout pour les membres de l'ICÉC, c'est que le projet de loi 142 interdit expressément que la certification faite par la personne qui autorise le paiement ou l'approbation préalable du propriétaire soit une condition à la remise d'une facture en bonne et due forme et au déclenchement du délai de 28 jours.

Cela signifie-t-il que la certification de paiement sera moins importante pour un propriétaire? Certainement pas. Aucun propriétaire ne voudra effectuer de paiement pour la simple raison que son temps s'est écoulé s'il n'est pas raisonnablement convaincu que les travaux facturés ont été effectivement achevés correctement. Ce que cela signifie, par contre, c'est que la personne qui autorise le paiement devra réagir extrêmement vite après la réception d'une facture en bonne et due forme.

Le délai accordé à la personne qui autorise le paiement pour examiner la facture est beaucoup plus court que le délai de paiement général de 28 jours. Un propriétaire qui souhaite contester une facture doit donner un avis de non-paiement à l'entrepreneur dans les 14 jours suivant la réception de la facture, et cet avis de non-paiement doit préciser le montant qui ne sera pas payé et toutes les raisons du non-paiement. Cela veut dire que la personne qui autorise le paiement devra effectuer son évaluation et fournir au propriétaire les renseignements précis nécessaires pour prendre une décision moins de 14 jours après la réception de la facture.

La nécessité pour le propriétaire de s'assurer que les travaux ont bien été faits, conjuguée aux délais serrés du régime de paiements rapides, accentuera très certainement les pressions sur la personne qui autorise le paiement. Même si le processus de certification de paiement ne changera pas sur le fond, ses délais de réalisation deviendront un facteur crucial. De plus, le projet de loi 142 ne permet aucun délai supplémentaire dans les cas où la certification de paiement est difficile voire quasi-impossible dans ces délais serrés. La conciliation d'exigences concurrentes, le calendrier des travaux et la rapidité de production des rapports, autant d'éléments dont la gestion relève de la personne qui autorise le paiement et du propriétaire. D'après les entretiens que nous avons eus avec des avocats du Royaume-Uni relativement à leur expérience avec une loi semblable sur les paiements rapides qui a été adoptée chez eux il y a une vingtaine d'années, le propriétaire et la personne qui autorise le paiement pourraient devoir établir de nouveaux protocoles et procédures dans le contrat pour commencer le travail de certification avant la remise d'une

facture en bonne et due forme par l'entrepreneur, pour laisser un peu plus de temps pour analyser les choses et réagir de façon plus proactive.

Même si le Royaume-Uni a certes connu un certain nombre de difficultés initiales lorsque l'industrie a mis à l'épreuve les limites de la nouvelle loi, celle-ci est maintenant largement considérée comme un outil efficace pour exercer une justice sommaire et assurer la circulation des fonds. L'industrie de la construction en Ontario devra donc comprendre et s'adapter le plus rapidement possible, en s'inspirant d'expériences semblables au Royaume-Uni, s'il y a lieu. Les dispositions de paiements rapides donnent également aux membres de l'ICÉC la possibilité de se distinguer en offrant des services précis et rapides, appuyés par une compréhension des nouvelles lois et des défis auxquels sont confrontés les propriétaires, afin de tirer parti de ces modifications et d'offrir une valeur ajoutée à leurs clients.

Arbitrage intérimaire

Le projet de loi 142 propose également d'instaurer un nouveau régime d'arbitrage intérimaire obligatoire qui s'appliquera à tous les contrats et contrats de sous-traitance dans les secteurs privé et public conclus après l'adoption de la loi. Ce régime permettrait à toute partie à un contrat ou à un contrat de sous-traitance de soumettre à un arbitre le règlement de certains différends, même si ces différends font déjà l'objet d'une procédure d'arbitrage ou d'une action en justice en cours. Les types de différends pouvant être soumis à l'arbitrage intérimaire sont ceux liés à la valeur des services et des matériaux, aux paiements (y compris les ordres de modification non approuvés et proposés), aux avis de non-paiement, aux compensations, au versement de la retenue et à toute autre question sur laquelle s'entendent les parties ou qui est prescrite par règlement.

L'arbitrage intérimaire vise à obtenir des décisions rapides pour assurer la circulation des fonds liés à un projet entre les parties. Contrairement aux procédures judiciaires et à l'arbitrage traditionnel, l'arbitrage intérimaire se déroulerait à un rythme effréné. Une fois l'arbitre sélectionné (processus abordé plus en détail ci-dessous), la partie ayant demandé l'arbitrage ne dispose que de cinq jours pour remettre à l'arbitre le contrat et tous les autres documents sur lesquels elle a l'intention de s'appuyer. Après que l'arbitre a reçu ces documents, l'arbitrage complet doit être achevé et une décision rendue dans les 30 jours, à la suite de quoi toute décision tardive serait sans nulle ou sans effet, une mesure forte pour assurer le respect des délais. Des prorogations sont permises, mais seulement avec le consentement des parties et de l'arbitre.

Le processus d'arbitrage intérimaire ne vise pas à rendre des décisions parfaites que le temps a mûries. La rapidité des procédures ne permet tout simplement pas la même profondeur d'argument et de prise de décision qu'un arbitrage normal ou un procès. De plus, l'arbitrage intérimaire n'est pas final, puisqu'une partie peut saisir un autre arbitre ou un autre tribunal par la suite. L'objectif qu'atteint l'arbitrage intérimaire est de rendre une décision rapide qui peut obliger une partie à effectuer (ou non) un paiement à l'autre partie. Le cas échéant, le paiement doit être fait dans les dix jours suivant la décision, à défaut de quoi l'entrepreneur ou le sous-traitant qui devrait avoir reçu le paiement peut suspendre la poursuite des travaux. L'arbitrage intérimaire maintient ainsi la circulation des fonds, contrairement aux procédures judiciaires et aux arbitrages traditionnels qui peuvent prendre des mois, voire des années, avant d'entraîner une obligation de paiement.

Le régime d'arbitrage intérimaire mettra en place une façon entièrement nouvelle de traiter les différends en matière de construction et provoquera très certainement de grands bouleversements, à mesure que les parties aux contrats de construction s'ajusteront à cette nouvelle approche. Toutefois, l'expérience d'autres pays comme le Royaume-Uni montre que les parties peuvent s'adapter et qu'elles le feront, et dans bien des cas, cet arbitrage « intérimaire » règle souvent le différend en question, car les parties décident de passer à

autre chose plutôt que de revenir sur ces décisions.

Pour les membres de l'ICÉC, un aspect particulièrement intéressant du régime d'arbitrage intérimaire est la possibilité d'agir en tant qu'arbitres. Le projet de loi 142 ne précise pas qui peut remplir la fonction d'arbitre, mais prévoit plutôt la désignation d'une Autorité de nomination autorisée, qui attribuerait à des personnes la qualification d'arbitre intérimaire et élaborerait et superviserait un programme de formation des arbitres, désignerait les arbitres et tiendrait un registre public d'arbitres. Parmi les recommandations adressées au gouvernement avant le dépôt du projet de loi 142, il était recommandé qu'un arbitre :

- soit une personne physique qui n'est pas en conflit d'intérêts;
- possède au moins sept ans d'expérience de travail pertinente dans l'industrie de la construction en Ontario;
- soit un membre en règle d'un organisme professionnel autonome, surtout dans le cas des économistes en construction;
- ait suivi la formation normalisée offerte en Ontario avec obligations de formation continue.

Les recommandations proposent également que des personnes hautement qualifiées dans des centres clés comme Ottawa, Toronto, London et Windsor soient désignées pour former un groupe initial d'arbitres jusqu'à la mise en place complète d'un système de formation et de qualification.

Il faudra cependant attendre la publication des règlements et la création de l'Autorité de nomination autorisée pour confirmer les exigences précises liées au rôle d'arbitre. Dans d'autres pays, en particulier au Royaume-Uni, les économistes en construction agissent comme arbitres, et les personnes intéressées en Ontario devraient surveiller la nomination de l'Autorité de nomination autorisée et l'approche qu'elle adoptera pour attribuer à des personnes la qualification d'arbitre aux fins du registre public, et le gouvernement pourrait désigner le ministère du Développement économique, de l'Emploi et de l'Infrastructure à titre d'autorité intérimaire. La désignation d'arbitre et l'inscription au registre revêtent également une importance cruciale, car le projet de loi 142 exige que tous les arbitres soient sélectionnés à partir de ce registre, soit par les parties soit par l'Autorité de nomination autorisée, si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Notons toutefois que, contrairement à un conseil d'examen des différends, l'arbitre ne peut pas être nommé de façon permanente et qu'il n'est désigné qu'une fois que l'avis de différend a été donné et uniquement pour la question précise faisant l'objet du différend. Selon nous, les compétences fondamentales nécessaires pour remplir efficacement la fonction d'arbitre devraient inclure une solide compréhension des divers enjeux de l'industrie de la construction en général, des procédures et mécanismes de règlement des différends, des principes juridiques généraux et autres, et de la rédaction de décisions.

Outre la possibilité d'agir comme arbitres, les membres de l'ICÉC pourront également trouver des occasions d'aider leurs clients à composer avec la rapidité de l'arbitrage dans le cadre du nouveau régime. Un client confronté à un arbitrage ne disposera que de quelques semaines pour rassembler tous les renseignements dont il aura besoin pour répondre et défendre sa cause. Une équipe qui peut être immédiatement opérationnelle et travailler dans ces délais serrés peut faire la différence entre une décision favorable et une autre défavorable au terme du processus d'arbitrage intérimaire.

Prochaines étapes

Le projet de loi 142 sera un événement unique pour bien des participants de l'industrie de la construction, car il constituera une refonte importante et immédiate de la loi qui est au cœur du fonctionnement quotidien de l'administration d'un projet de construction. Il sera impossible d'éviter l'effet de ces modifications, et d'un point de vue juridique, on nous demande déjà – vu la durée d'exécution des grands projets de construction – de tenir compte de diverses questions et conditions et clauses supplémentaires qui serviront au mieux les intérêts de nos clients avant, pendant et après la transition. Pour les membres de l'ICÉC, la réforme de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* amène d'autres défis à relever, mais promet aussi de nouvelles perspectives, et ceux qui comprennent les modifications à venir et les besoins particuliers de leurs clients seront un atout pour aider leurs clients à naviguer dans ces eaux vives.

Remarque : Ces commentaires sont de nature générale et portent uniquement sur l'ébauche du projet de loi 142 en première lecture et ne visent pas à fournir de conseil juridique, car les situations individuelles varieront et devraient être abordées avec un avocat.