

## BULLETIN 20 – Partie I

### CONVENTIONS D'INDEMNISATION ET TRANSFERT DE RISQUE (RESPONSABILITÉ)

Février 2017

*Le présent bulletin est le premier d'une série de deux bulletins du CCDC concernant le statut d'assuré additionnel sur la police d'assurance d'une autre partie, ainsi que les obligations d'indemnisation et les effets sur la couverture d'assurance. La Partie I porte sur les conventions d'indemnisation et le transfert de risque (responsabilité), et la Partie II porte sur les assurés additionnels. Ce bulletin a pour but de mettre en lumière les enjeux inhérents à ces questions; il est fortement recommandé de discuter du contenu de ce bulletin avec votre représentant d'assurance.*

Les dispositions d'indemnisation et de mise à couvert sont des obligations que l'on voit dans la plupart des contrats. Le terme « indemniser » signifie dédommager ou réparer. Une clause d'indemnisation est l'obligation selon laquelle une partie doit rembourser une autre partie d'une perte financière lorsque survient un type de perte spécifiée. L'expression « mettre à couvert » ou « tenir à couvert » signifie dégager ou exonérer à l'avance une partie de toute responsabilité à l'égard de pertes financières. Une clause de mise à couvert est l'obligation de payer la perte financière au nom d'une autre partie lorsque survient un type de perte spécifiée.

Dans le cas d'une situation de perte, une des parties devient l'indemnisant et l'autre partie devient l'indemnisé. L'« indemnisant » est la partie qui est tenue de rembourser ou de dédommager l'« indemnisé » de toute perte financière subie par ce dernier lorsque survient un événement ou une série de circonstances particulières.

Les parties concernées par de telles dispositions ne se limitent pas aux maîtres d'ouvrage et aux entrepreneurs; selon la hiérarchie des parties contractantes, elles peuvent inclure :

- l'entrepreneur général en tant qu'indemnisant à l'égard du maître d'ouvrage du projet, l'indemnisé;
- le sous-traitant en tant qu'indemnisant à l'égard de l'entrepreneur général, l'indemnisé;
- le professionnel ou le design-constructeur en tant qu'indemnisant à l'égard du maître d'ouvrage, l'indemnisé;
- le professionnel ou le design-constructeur en tant qu'indemnisant à l'égard de l'entrepreneur général, l'indemnisé.

Cet ordre hiérarchique descendant représente la séquence habituelle dans les contrats de construction, puisque le risque est souvent transféré vers le bas, c.-à-d. à partir de la partie qui utilise sa propre formule de contrat et qui est chargée de l'embauche. Pour faciliter la lecture du présent bulletin, la partie qui est chargée de l'embauche sera appelée ci-après le maître

d'ouvrage, et la partie qui fournit les services au maître d'ouvrage sera appelée ci-après l'entrepreneur.

Il existe différents types de dispositions d'indemnisation et de mise à couvert, notamment les suivantes :

- **Disposition réciproque (ou mutuelle)** – il s'agit d'une obligation contractuelle où les deux parties au contrat acceptent de se tenir à couvert et de s'indemniser l'une l'autre de toute perte financière causée par l'autre partie; ces clauses sont considérées comme les plus équitables et sont utilisées dans les contrats du CCDC.
- **Disposition unilatérale (ou à formule étendue)** – il s'agit d'une obligation contractuelle à laquelle consent l'entrepreneur au profit du maître d'ouvrage à l'égard de toute perte financière subie par ce dernier et causée par l'entrepreneur ou par ses sous-traitants ou fournisseurs; une telle clause dégage essentiellement le maître d'ouvrage de toute responsabilité et de tout coût découlant des activités de l'entrepreneur, même si ce dernier n'a pas fait preuve de négligence.
- **Disposition intermédiaire** – il s'agit d'une obligation contractuelle à laquelle consent l'entrepreneur au profit du maître d'ouvrage à l'égard de toute responsabilité, sauf si la responsabilité résulte de la négligence exclusive du maître d'ouvrage; en d'autres mots, l'entrepreneur est tenu d'indemniser le maître d'ouvrage de toute perte financière subie par le maître d'ouvrage, même si cette perte est causée en grande partie par ce dernier.

Le but du présent bulletin est de mettre en lumière les préoccupations concernant les obligations contractuelles d'indemnisation et de mise à couvert « unilatérales » et « intermédiaires » et de souligner l'importance, pour toutes les parties en cause, de comprendre les répercussions de l'acceptation de telles dispositions restrictives et lourdes de conséquences.

Le texte qui suit est un exemple d'une disposition d'indemnisation réciproque tirée du CCDC 2 :

*« Sans diminuer la portée de l'obligation d'indemnisation imposée au maître de l'ouvrage aux paragraphes 12.1.4 et 12.1.5, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur doivent se tenir à couvert et s'indemniser l'un l'autre des réclamations, mises en demeure, pertes, frais, dommages, actions, poursuites ou procédures relatifs aux pertes qu'ils subissent ou relatifs aux réclamations de tierces parties découlant de la participation des parties au présent contrat ou attribuables à celle-ci, à la condition que (...) »*

Le texte qui suit est un exemple d'une disposition d'indemnisation « unilatérale » :

*« L'entrepreneur doit tenir à couvert et indemniser le maître de l'ouvrage, ses employés et ses agents des réclamations, pertes, dommages, responsabilités, frais et dépenses (y compris les frais juridiques raisonnables) pouvant découler de l'exécution du contrat par l'entrepreneur. »*

Le texte qui suit est un exemple d'une disposition d'indemnisation « intermédiaire » :

*« L'entrepreneur doit tenir à couvert et indemniser le maître de l'ouvrage, ses employés et ses agents des réclamations, pertes, dommages, responsabilités, frais et dépenses (y compris les frais juridiques raisonnables) pouvant découler de l'exécution du contrat par l'entrepreneur, à l'exclusion des réclamations, pertes, dommages, responsabilités, frais et dépenses qui découlent de la négligence exclusive du maître d'ouvrage. »*

*« Les obligations d'indemnisation de l'entrepreneur s'appliqueront, que la partie qui doit être indemnisée ait fait preuve ou non de négligence concourante, qu'elle soit active ou passive, sauf si le préjudice, la perte ou les dommages ont été causés par la seule négligence ou l'inconduite délibérée de la partie qui doit être indemnisée, ou par des défauts ou des vices dans la conception fournie par cette partie. Les obligations de défense et d'indemnisation de l'entrepreneur comprendront l'obligation de rembourser les frais juridiques et autres dépenses engagés par le maître d'ouvrage relativement à toute action en justice intentée dans le but de faire appliquer les obligations d'indemnisation de l'entrepreneur. »*

Les dispositions d'indemnisation établissent des paramètres pour le transfert de risque dans un contrat et peuvent varier d'un risque raisonnable dans les limites fixées par la loi à un risque qui rend l'indemnisant responsable de toute perte ou de tout dommage qu'elle qu'en soit la cause, et ce, même dans le cas d'actes posés par l'indemnisé ou de garanties données par un fournisseur que son produit sera exempt de tout défaut de conception et conviendra à l'usage prévu.

Si une disposition d'indemnisation standard du CCDC a été modifiée ou remplacée par des conditions supplémentaires, ce qui se produit souvent dans les appels d'offres, il est recommandé d'obtenir des conseils professionnels. Il est important que vos représentants d'assurance et conseillers juridiques, de préférence expérimentés dans les domaines des assurances de construction et du droit de construction, examinent les dispositions d'assurance et d'indemnisation avant la signature d'un contrat ou avant la présentation d'une soumission qui comprend un modèle de contrat. Les clauses qui sont inéquitables ou qui contiennent un risque non assurable peuvent parfois être négociées; les clauses qui ne sont pas claires devraient être clarifiées afin d'éviter des différends pouvant entraîner des poursuites judiciaires coûteuses.

L'affaire *Greater Vancouver Water District (GVWD) c. North American Pipe & Steel Ltd.* (North American), qui s'est rendue jusqu'à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, fournit un excellent exemple de risque assumé. North American avait conclu un contrat avec GVWD pour l'approvisionnement en conduites d'eau pour deux projets à Vancouver. GVWD avait spécifié le type de conduites et la façon dont les conduites devaient être enduites d'un revêtement de protection. Les conduites se sont révélées défectueuses. Initialement, GVWD a intenté une poursuite en dommages-intérêts contre North American, et, pour sa part, North American a déposé une demande reconventionnelle afin d'obtenir les coûts engagés pour

l'approvisionnement en conduites. La juge de première instance a conclu que les défauts causés par les spécifications du maître d'ouvrage ne relevaient pas de la responsabilité de l'entrepreneur, à moins que ce dernier ait offert une garantie de convenance pour un usage particulier, ou encore qu'il y ait une garantie implicite du fait que le maître d'ouvrage se fie au savoir-faire et au jugement de l'entrepreneur. La cour a rejeté la demande de GVWD et a accueilli la demande reconventionnelle de North American, lui accordant la somme de 3 899 857,01 \$.

GVWD a interjeté appel de la décision. Dans le contrat, North American garantissait ce qui suit : d'une part, les produits « seront conformes à toutes spécifications applicables (...) et, à moins d'indication contraire, conviendront à l'usage qui en est prévu » et, d'autre part, « l'entrepreneur-fournisseur garantit que les produits seront exempts de tout défaut pouvant découler en tout temps d'une conception défectueuse de quelque partie que ce soit des produits » [Traduction]. La Cour d'appel de la C.-B. a établi que, puisque North American avait garanti que les conduites n'auraient pas de défauts découlant d'une conception défectueuse et qu'elles se sont ensuite révélées défectueuses en raison d'une mauvaise conception, North American était responsable. La décision rendue dans le cadre de la demande reconventionnelle de North American pour les coûts d'approvisionnement en conduites a été infirmée.

De telles dispositions d'indemnisation restrictives peuvent engager la responsabilité de l'entrepreneur là où une telle responsabilité n'existait pas en vertu de la loi en l'absence de l'obligation contractuelle, et peuvent faire en sorte que la responsabilité dépasse largement la portée de l'assurance disponible sur le marché, causant des difficultés financières aux deux parties. La couverture d'assurance responsabilité civile générale (RCG) des entreprises a pour but de payer les sommes que l'entrepreneur est légalement tenu de payer par suite de réclamations pour dommages corporels ou matériels contre l'entrepreneur présentées par des tierces parties et découlant de l'exécution des services de l'entrepreneur.

Parfois un contrat ou une condition supplémentaire dans un contrat peut contenir un libellé qui exige que le texte intégral de la disposition d'indemnisation soit compris comme un avenant de la police de RCG. Les assureurs n'acceptent pas cela parce qu'ils ne connaissent pas la teneur du contrat.

Ceux qui persistent à imposer de telles dispositions restrictives peuvent dissuader certains soumissionnaires de présenter des soumissions pour leurs projets ou décourager des entrepreneurs de travailler sur leurs projets. Il se peut également que les soumissionnaires et les entrepreneurs augmentent leur prix afin de payer les coûts d'assurance supplémentaires ou de financer les pertes non assurées potentielles. De plus, ces dispositions peuvent causer des difficultés au maître d'ouvrage, puisque la partie qui doit être indemnisée peut uniquement compter sur la disposition d'indemnisation dans la mesure où l'entrepreneur a la capacité financière et/ou la couverture d'assurance qui lui permettent de s'acquitter de son obligation dans l'éventualité d'une perte. Bien que l'utilisation de la police d'assurance RCG de l'entrepreneur dans laquelle le maître d'ouvrage est nommé à titre d'assuré additionnel puisse améliorer la sécurité financière du maître d'ouvrage, cette protection est limitée et est assujettie aux exclusions et définitions de la police d'assurance. Par exemple, une convention visant à indemniser pour la perte ou le dommage causé par la pollution ou l'utilisation d'un

bateau aura peu de valeur, ou n'aura aucune valeur, puisque la police RCG fournit une couverture très limitée pour la pollution et les bateaux à moins d'avoir souscrit une assurance séparée ou de payer une prime additionnelle pour ces éléments.

Périodiquement, le libellé de la police RCG canadienne fait l'objet de modifications approfondies, et les deux plus récentes révisions ont été faites en 1987 et en 2005. Dans la version de 1987, la couverture prévoyait que l'assuré désigné assumait, en vertu du contrat, l'entière responsabilité délictuelle d'une autre partie, comme un sous-traitant ou un maître d'ouvrage. Dans la version de 2005, cette couverture était limitée de manière à ce que la perte devait être causée en tout ou en partie par l'assuré désigné ou les personnes agissant en son nom. En d'autres mots, l'assuré désigné n'a plus une couverture aussi vaste relativement à la responsabilité qu'il assume dans le cadre d'un contrat comparativement à sa responsabilité sous le régime de la common law.

Le formulaire BAC 2100 RCG traite également des frais de défense disponibles à toute entité que l'entrepreneur accepte d'indemniser aux termes de la définition du contrat d'assurance. Cette obligation de défendre s'appliquerait uniquement aux indemnisés prévus dans le contrat d'assurance qui n'ont pas été ajoutés à titre d'assurés additionnels, puisqu'ils bénéficient également d'une couverture limitée en vertu des dispositions de responsabilité contractuelle de la police RCG, en dépit du fait qu'ils ne sont pas des assurés additionnels. Contrairement aux assurés additionnels, ces indemnisés « non désignés » ne se voient accorder une défense et une indemnisation qu'au point où les limites applicables de la police ont été atteintes, que ce soit par suite d'un jugement ou d'un règlement, et sont toujours assujettis aux conditions de la police.

La couverture responsabilité contractuelle est fournie uniquement à l'assuré désigné et non à d'autres parties telles que les assurés additionnels. C'est pourquoi les indemnisés, qui s'en remettent à leur statut d'assuré additionnel sur la police d'assurance d'une autre partie plutôt que de souscrire leur propre police d'assurance adéquate, n'ont aucune couverture pour les responsabilités qu'ils ont assumées en vertu du contrat. Ils ne seront couverts que pour les actes de négligence et/ou la responsabilité du fait d'autrui. Si les plaidoiries dans le cadre d'une action en justice font valoir des actes de négligence indépendants de la part de l'assuré désigné et de l'assuré additionnel, ce statut d'assuré additionnel pourrait être compromis. C'est pourquoi les assurés additionnels ne doivent pas se fier à la protection qui est consentie par la police d'une autre partie.

Si les parties à un contrat n'obtiennent pas des conseils juridiques et d'assurance avant de signer un contrat ou de présenter une soumission pour un projet, le résultat final peut s'avérer le paiement de sommes non couvertes par la police d'assurance pouvant entraîner l'insolvabilité de l'indemnisant, ce qui pourrait causer une perte financière importante à la partie indemnisée.

Toutes les parties doivent être au courant des impacts et des conséquences des contrats non normalisés ou des contrats normalisés du CCDC qui sont modifiés par l'ajout de conditions supplémentaires. Les entrepreneurs devraient obtenir des conseils et déterminer s'ils doivent atténuer le risque additionnel non assuré imposé par les dispositions d'indemnisation, augmenter leur prix de soumission pour financer le risque non assuré ou ne pas présenter de

soumission pour le projet. Les maîtres d'ouvrage devraient obtenir des conseils et déterminer si leurs dispositions d'indemnisation sont assurables et valides en droit afin d'éviter que leur risque non assuré entraîne des pertes financières importantes.

*(Les bulletins du CCDC sont le fruit d'un processus de concertation visant à trouver un juste équilibre entre les intérêts de toutes les parties d'un projet de construction. Ils sont le reflet des pratiques recommandées de l'industrie. Les lecteurs sont avisés que les bulletins du CCDC ne traitent pas de situations factuelles ou de circonstances précises. Les bulletins du CCDC ne constituent pas des avis juridiques ni des conseils professionnels. Le CCDC et ses organisations constitutives n'acceptent aucune responsabilité en cas de perte ou de dommage résultant de l'utilisation ou de l'interprétation de ces bulletins.)*