

Le 7 décembre 2017

Monsieur Michael Cox, MAA, FRAIC
Président,
Institut royal d'architecture du Canada,
55, rue Murray, bureau 330,
Ottawa (Ontario) K1N 5M3

Objet : Transfert de risque; questions du sénateur Wetston

Monsieur,

Nous avons examiné les documents que l'IRAC nous a fournis et en particulier le texte des questions et commentaires des sénateurs pendant la présentation de l'IRAC au comité sénatorial du Canada. Nous nous sommes intéressés particulièrement à la question suivante du sénateur Wetston.

Sénateur Wetston :

J'ai une question complémentaire, si vous me le permettez. Je ne comprends pas vers où les risques sont transférés. Dans le cadre de vos activités professionnelles, vous évitez les risques et vous avez un devoir de diligence. Vous redoutez la négligence ou, en quelque sorte, les actions en responsabilité civile qui pourraient s'ensuivre. J'essaie simplement de comprendre s'il y a un transfert de risques. Premièrement, pouvez-vous obtenir l'assurance professionnelle dont vous auriez évidemment besoin?

Deuxièmement, en quoi consiste au juste le transfert de risques dont vous parlez?

En réponse aux questions du sénateur, nous apportons les précisions qui suivent.

Au cours des dernières années, un certain nombre de grandes institutions, de municipalités et d'organismes gouvernementaux ont commencé à modifier leurs contrats de base pour les projets de conception et de construction pour inclure des indemnités de portée beaucoup plus grande que ce qu'ils avaient auparavant exigé des experts-conseils et des entrepreneurs.

Comme le suggère la question du sénateur Wetston, les architectes ont accès à de l'assurance- responsabilité professionnelle qui couvre leurs erreurs et omissions dans la prestation de leurs services d'architectes. Bien sûr, cela n'est pas nouveau et en Ontario, cette assurance est obligatoire pour les architectes depuis 1987. Elle est enchâssée dans la *Loi sur les architectes* de la province et les règlements qui en découlent. Depuis ce temps, elle est offerte aux architectes de l'Ontario en vertu d'un programme obligatoire fourni par Pro-Demnity Insurance Company.

En conséquence, tous les architectes de l'Ontario qui sont titulaires d'un certificat d'exercice délivré par l'Ontario Association of Architects doivent détenir une assurance-responsabilité professionnelle conforme aux règlements et selon les limites de couverture minimales prescrites par les règlements.

Le programme est semblable au programme d'assurance-responsabilité professionnelle obligatoire offert aux avocats de l'Ontario par l'entremise de LawPRO.

Les limites de la police d'un bureau d'architecte varient selon les exigences réglementaires et selon les décisions prises par l'architecte par rapport aux besoins du bureau, au type de travail effectué et aux services fournis par celui-ci. Bien des bureaux maintiennent des limites d'assurances supérieures aux limites minimales, que ce soit en augmentant leur couverture auprès de Pro-Demnity ou en souscrivant une assurance excédentaire auprès d'un autre assureur.

Tous les professionnels, y compris les architectes, ont une obligation d'indemniser un client contre certains dommages et coûts découlant d'une erreur, d'une omission ou de négligence dans la prestation de leurs services. Cette obligation est imposée par des lois existantes plutôt que par des modalités contractuelles. Toutefois, certains clients ont insisté pour inclure des clauses contractuelles qui traitent d'indemnisation. Lorsque le libellé de ces clauses correspond aux lois en vigueur, l'architecte n'a aucun problème puisqu'il n'accepte aucune responsabilité contractuelle additionnelle que son assurance ne couvrirait pas.

Cependant, ce qui est de plus en plus inquiétant, c'est que certains clients ont encouragé un libellé contractuel qui comprend un certain nombre d'éléments allant au-delà de la responsabilité des architectes prévues dans la loi et donc de sa couverture d'assurance et transférant le risque du client ou du maître de l'ouvrage à l'architecte. Par exemple :

1. Des clauses de garanties expresses, d'indemnités ou de pénalité. Ces types de clauses d'engagement à la perfection ou d'obligations ne reflètent pas les obligations professionnelles du droit commun et ne sont pas inclus à l'assurance-responsabilité professionnelle dans la mesure où les obligations imposées à l'architecte excèdent celles qu'il aurait déjà par la loi en l'absence d'une telle clause.
2. L'augmentation excessive de la portée de l'obligation de diligence à d'autres parties que le client, y compris, par exemple, à un groupe diversifié « d'agents, d'administrateurs et de dirigeants, de parties intéressées, de bénévoles et d'entrepreneurs ». L'ajout d'un tel groupe d'indemnisés additionnels mènerait à des lacunes dans la couverture fournie par l'assurance-responsabilité professionnelle offerte aux architectes. Prenant les « entrepreneurs » en exemple, un assureur n'accepterait tout simplement pas qu'un architecte qui a une obligation envers un maître d'ouvrage avec qui il conclut une entente étende sa responsabilité à un entrepreneur qui offre aussi des services pour le même projet. Cet entrepreneur a lui-même une responsabilité envers le maître d'ouvrage et il détient probablement sa propre assurance d'entrepreneur.

De plus, bien des dispositions d'indemnisation rédigées par des clients comprennent l'obligation pour un architecte de fournir une défense à n'importe quel ou à l'ensemble des indemnisés aux frais de l'architecte, sans limites à l'obligation. L'architecte qui accepterait une telle obligation dans un contrat avec un client n'aurait aucune couverture d'assurance-responsabilité professionnelle à cette fin.

3. L'engagement à indemniser le maître d'ouvrage pour les frais juridiques encourus sur la base d'une « indemnité substantielle ». La plupart des polices d'assurance erreurs et omissions des professionnels couvrent les coûts non assurés payables sur ordonnance d'une cour ou d'un arbitre, mais il est bien connu que la norme des coûts ainsi ordonnés est établie sur la base de « partie et partie » et non pas sur la base d'une « indemnité substantielle ». Dans ces clauses, le maître de l'ouvrage insiste pour que l'indemnité de l'architecte prévienne dans tous les cas les frais d'une « indemnité substantielle », ou même, « tous » les frais à payer, de quelque nature qu'ils soient. La différence entre les frais « partie et partie » qui peuvent être couverts par l'assureur et les frais « d'indemnité substantielle » ou même de « tous » les frais du maître d'ouvrage, tel que contenu dans un contrat pourrait atteindre des centaines de milliers, voire des millions de dollars dans une cause d'importance.
4. Historiquement, les indemnités ont été basées sur le montant auquel la partie qui cherche à obtenir une compensation évalue son droit d'indemnisation et l'indemnité ne dépendait pas de l'ordonnance d'un tribunal. Depuis quelques années, certains clients insistent pour être indemnisés à même les montants dus à l'architecte, avant qu'un jugement basé sur l'exercice visant à établir l'indemnité, à la seule discrétion du client. Ce faisant, les clients cherchent à se nommer eux-mêmes en tant que « procureur, juge, jury et bourreau » et insistent pour retenir ou compenser les honoraires jusqu'à ce que le professionnel ait prouvé son innocence. Les maîtres d'ouvrage ont renversé le fardeau de la preuve. Un maître d'ouvrage qui agit de la sorte avant qu'il y ait jugement compromet la capacité de l'architecte de continuer de payer les honoraires aux consultants qu'il a engagés, en plus de compromettre sa propre entreprise par son incapacité de rémunérer son personnel pour le travail effectué sur ce projet.

Si l'exercice visant à établir le montant d'une indemnité est présenté sous la forme d'une entente dans laquelle l'architecte a convenu d'accepter un tel mode de règlement d'une réclamation du client, l'architecte peut perdre sa couverture d'assurance-responsabilité professionnelle pour ce qui aurait autrement été qualifié de « réclamation » assurée en vertu de sa police. Un règlement convenu par le client et l'architecte sans l'approbation expresse de l'assureur est exclu de la couverture.

5. Les clauses de règlement des différends qui nient la couverture d'assurance de l'architecte. Les maîtres d'ouvrage exigent souvent que les architectes acceptent des clauses de règlement des différends qui exigent de l'architecte qu'il participe à un arbitrage entre le maître d'ouvrage et une tierce partie. En acceptant une telle clause, l'architecte manque à son devoir de permettre à l'assureur de contrôler le déroulement d'un litige en son nom. Une telle clause peut entraîner la perte de couverture.

6. Ces types de problèmes sont exacerbés dans les cas où une Demande de propositions (DP) comprend une clause à l'effet que la clause d'indemnisation du contrat est non négociable. Dans de tels cas, le maître d'ouvrage court le risque de perdre des soumissionnaires viables qui s'opposent vivement à cette clause et qui préfèrent ne pas répondre à la DP plutôt que de s'exposer à une importante responsabilité non assurée. Il est plus judicieux pour les maîtres d'ouvrage d'éviter d'exposer délibérément les experts-conseils à un risque non assurable.
7. Une autre source d'inquiétude concernant le transfert de risque est liée à un élargissement de la portée des services exigés de l'architecte par un client, souvent parce que c'est plus pratique pour le client ou son groupe d'approvisionnement qui préfèrent un « guichet unique » pour répondre à leurs obligations dans la relation client/architecte. Un exemple serait une DP exigeant que l'architecte retienne les services de certains spécialistes nécessaires pour que le client s'acquitte de ses propres obligations de fournir à l'architecte de l'information essentielle sur l'état actuel de sa propriété, alors que la fourniture de cette information est une condition préalable à la prestation des services de l'architecte pour les modifications à ladite propriété. À titre d'exemple, on voit de plus en plus des clients exiger que l'architecte retienne les services des consultants nécessaires pour fournir les relevés d'arpentage, les renseignements géotechniques, l'information sur les sols et l'information sur les matières toxiques ou dangereuses sur la propriété ou dans un bâtiment existant. Jusqu'à tout récemment, les clients et les maîtres d'ouvrage renaient eux-mêmes les services de ces spécialistes pour fournir l'information requise; toutefois, de plus en plus de clients tentent de transférer ce fardeau à l'architecte.

Les assureurs peuvent inclure des exclusions spécifiques pour les réclamations reliées à certains de ces services. La plupart des architectes et la documentation professionnelle considèrent que l'embauche de ces spécialistes ne relève pas des « services usuels » d'un architecte. Il y a donc un risque que ces services ne soient pas couverts par l'assurance-responsabilité professionnelle de l'architecte. De plus, si c'est l'architecte plutôt que le client ou le propriétaire du bâtiment qui retient les services de l'un ou l'autre de ces spécialistes, il se trouve à assumer la responsabilité contractuelle des erreurs ou de la négligence de celui-ci alors qu'il devrait plutôt pouvoir se fonder sur l'information préalablement acceptée par le client en vertu de la responsabilité qui lui incombe.

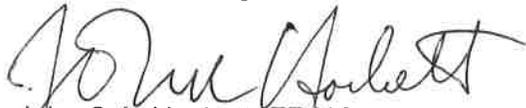
8. Dans la même veine, certains clients publient des DP qui exigent qu'un architecte agisse comme un service d'approvisionnement et qu'il retienne les services d'un vaste éventail de spécialistes nécessaires pour répondre aux besoins du client pour le projet. Un exemple courant est celui d'un client ou maître d'ouvrage qui a adopté une politique exigeant un processus « d'appel d'offres » pour chaque achat. Il peut contourner cette politique en confiant l'embauche des spécialistes à l'architecte. Plusieurs de ces spécialistes n'ont que peu ou rien à voir avec les services de l'architecte du projet. L'architecte se trouve à assumer une responsabilité contractuelle pour ces consultants sans avoir son mot à dire sur le travail ou les recommandations qu'ils fournissent au client.

Parmi des exemples de cette pratique, mentionnons les consultants en technologie de l'information qui conseillent un client directement, les consultants en sécurité dont les conseils peuvent être confidentiels même pour les consultants en design, ou un consultant en déménagement qui aide le client à planifier sa relocalisation.

Le nombre de « spécialistes » que les groupes d'achats des clients peuvent demander à un architecte d'engager en leur nom est assez extraordinaire ... plus de 60, selon une récente étude. Certains d'entre eux ne sont pas des professionnels reconnus et n'ont pas d'assurance-responsabilité professionnelle, de sorte que l'architecte devient l'assureur pas défaut si l'embauche des spécialistes passe le test d'un service « usuel » de l'architecte, ce qui soulève de sérieux doutes.

Nous espérons que les points soulevés dans la présente répondent aux questions posées à l'IRAC.

Salutations distinguées,



John C.A. Hackett, FRAIC

Vice-président, Gestion des risques de la pratique
Pro-Demnity Insurance Company