



Il est important que tous ceux qui entreprennent la réalisation de projets de design-construction soient au courant des risques potentiels qu'ils envisagent lorsqu'ils assument le rôle de « design-constructeur » et qu'ils ont conclu un contrat avec un maître d'ouvrage où ils sont responsables de la construction et de la conception. Bien que les produits d'assurance offerts couramment pour de tels projets tiennent compte de plusieurs risques de pertes ou de dommages matériels identifiés à un projet, il reste que les polices d'assurance comportent des clauses d'exclusion particulières qui doivent être examinées attentivement et comprises. À cet égard, un des points d'intérêt est l'« exclusion relative à la conception défectueuse », clause que l'on trouve dans bon nombre de polices d'assurance des biens ainsi que les polices d'assurance des constructeurs. En général, l'exclusion relative à la conception défectueuse exclut toute protection pour :

« les frais engagés pour remédier à une conception, une exécution ou des matériaux défectueux ou inadéquats... »

L'article qui suit traite de la norme juridique qui s'applique à la conception afin d'offrir des pistes pour mieux déterminer dans quelle circonstance une conception peut être considérée comme « défectueuse » et que la protection prévue aux termes de votre police des constructeurs ne couvre pas les dommages subis.

Le Comité de gestion des risques de l'Institut canadien de design-construction continuera de diffuser aux membres des articles de ce genre, à mesure qu'ils seront disponibles. Nous espérons que vous trouverez ces articles intéressants et utiles.

QUAND UNE CONCEPTION EST-ELLE « DÉFECTUEUSE »?

par John R. Singleton, c.r.
Singleton Urquhart Legal Counsel

Dans l'affaire mettant en cause la *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, la Cour suprême du Canada a rendu une décision longtemps attendue concernant l'interprétation appropriée de la clause d'exclusion relative à la conception, l'exécution ou les matériaux « défectueux » dans les polices d'assurance tous risques et des constructeurs.

Avant que la Cour suprême ne rende cette décision, la portée de l'exclusion a soulevé de nombreuses difficultés d'interprétation pour les tribunaux au Canada et à l'étranger. En Colombie-Britannique, il a été établi que l'application de l'exclusion est justifiée lorsqu'une perte est occasionnée par un défaut de conception; le défaut en soi libère l'assureur de son fardeau d'établir que la perte est exclue de la protection. En Ontario,



la question qui a opposé le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel était celle de savoir si une conception devait simplement prendre en compte tous les risques prévisibles, aussi éloignés soient-ils, ou si la conception devait également résister aux risques prévisibles.

Les faits de l'affaire du CN concernent la construction d'un tunnel ferroviaire sous une rivière à l'aide d'un tunnelier. Quand des déblais se sont infiltrés par les joints d'étanchéité jusqu'à la tête de coupe, des réparations ont dû être effectuées et les travaux de forage ont été interrompus, ce qui a retardé le projet. Le CN savait que l'acier de construction fléchit sous la charge ou la pression, c.-à-d. qu'une « flexion différentielle » était à la fois inévitable et prévisible. Le CN a fait valoir qu'il ne pouvait prévoir le risque d'une flexion différentielle excessive suffisante pour causer la perte d'une machine dont la conception répondait aux normes de l'état de la technique au moment où elle avait été achevée.

Quant à l'assureur, il a fait valoir que la conjonction de la défaillance *et* de la prévisibilité du risque qui a causé le dommage matériel au bien assuré suffisait pour prouver que la conception tombait sous le coup de l'exclusion. Les juges majoritaires de la Cour n'étaient pas d'accord avec cet argument, mais ils ont établi un critère pour l'application de l'exclusion qui, dans la pratique, est susceptible d'être à l'avantage des assureurs la plupart du temps.

De l'avis de la majorité, une « conception défectueuse ou inadéquate » doit être mesurée par rapport à une norme comparative. Une conception n'a pas besoin d'être parfaite quant à tous les risques prévisibles pour que la protection s'applique. Faisant allusion à la crise des maisons en copropriété de Vancouver qui prenaient l'eau, la Cour a soutenu que la norme de l'« industrie » n'est pas assez élevée comme norme comparative. La norme comparative applicable se situe plutôt entre une norme de perfection et la norme de l'industrie.

Afin de démontrer l'application de l'exclusion, un assureur ne pourra se contenter de prouver une défaillance survenue dans les circonstances de la réalisation d'un risque prévisible. Comme l'a exprimé le juge Binnie au nom des juges majoritaires :

Ces derniers [les assureurs] ont le droit d'invoquer l'exemption à moins que la conception n'ait satisfait aux normes les plus élevées du moment et que la défaillance n'ait été due qu'au fait que les connaissances en ingénierie étaient insuffisantes pour arriver au résultat souhaité. Le *Oxford English Dictionary Online* définit comme suit l'expression « état de la technique » (« *state of the art* ») :

[TRADUCTION] L'état actuel de développement d'un domaine pratique ou technique; implique souvent (particulièrement en attribut) l'utilisation des techniques les plus récentes pour un produit ou une activité.



En dépit de sa défaillance, le tunnelier était le résultat d'une conception novatrice. La conception de la machine en cause était adaptée, selon les connaissances en ingénierie, à tous les risques prévisibles pouvant survenir. Bien qu'au bout du compte, la conception se soit avérée déficiente, elle n'était ni « inadéquate » ni « défectueuse » au regard de l'exclusion. Par conséquent, la protection s'appliquait.

De l'avis des juges minoritaires, l'exclusion s'appliquerait lorsque la conception ne peut surmonter tous les risques prévisibles. Le juge Rothstein a conclu qu'une norme comparative n'était pas requise pour interpréter l'exclusion. La conception novatrice de la machine étant donc sans conséquence, la perte aurait dû être exclue.

La décision rendue dans l'affaire du CN permet de jeter un peu de lumière sur le débat concernant l'application de l'exclusion relative à la conception « défectueuse ». L'exclusion ne s'applique pas du simple fait qu'une défaillance survient. La Cour a aussi indiqué clairement que l'exclusion peut s'appliquer lorsque la conception elle-même n'est pas le résultat de négligence. La différence entre les décisions des juges majoritaires et des juges dissidents est que les juges majoritaires ont reconnu que la protection s'appliquait lorsque l'assuré n'aurait pas pu faire plus relativement à la conception de l'objet assuré. Les juges majoritaires ont indiqué que cela ne représente pas une norme de perfection, mais, en pratique, il s'agit en fait d'une telle norme. Concevoir selon les « normes les plus élevées du moment » et selon les connaissances disponibles représente la perfection en pratique, sinon en théorie.

La décision des juges majoritaires se soucie peu des contraintes économiques et pratiques. Les assureurs voient le plus souvent des conceptions qui sont restreintes par les budgets, et non par les limites d'un domaine de connaissances. Il est certain que des litiges s'ensuivront relativement à la question de savoir ce qui constitue ou ne constitue pas l'« état de la technique », ou encore, ce qui est réellement la « norme la plus élevée du moment » dans une situation précise. Mais, il reste que la décision rendue dans l'affaire du CN crée un obstacle de taille à surmonter pour ceux qui cherchent à se faire indemniser aux termes d'une police d'assurance des biens pour les pertes découlant d'une conception « défectueuse ».

Pour plus d'information, veuillez communiquer avec :

John R. Singleton, c.r. jsingleton@singleton.com
R. Scott Brearley sbrearley@singleton.com

Singleton Urquhart est un cabinet de 40 avocats dont la pratique est en grande partie axée sur l'industrie de la construction, notamment les contrats, l'assurance, les privilèges du constructeur, la gestion des risques, le règlement de litiges et les questions environnementales. Pour en savoir davantage au sujet du cabinet Singleton Urquhart, visitez le site Web : www.singleton.com