

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

67-09-CA

WAWANESA MUTUAL INSURANCE
COMPANY

WAWANESA MUTUAL INSURANCE
COMPANY

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

BEAVERDAM POOLS LTD.

BEAVERDAM POOLS LTD.

RESPONDENT

INTIMÉE

Wawanesa Mutual Insurance Company v.
Beaverdam Pools Ltd., 2010 NBCA 1

Wawanesa Mutual Insurance Company c.
Beaverdam Pools Ltd., 2010 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 6, 2009

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 6 mai 2009

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2009 NBQB 123

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 123

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
October 21, 2009

Appel entendu :
Le 21 octobre 2009

Judgment rendered:
January 7, 2010

Jugement rendu :
Le 7 janvier 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :
L'honorable juge Deschênes

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
James M. Barry

For the respondent:
John D. Harper

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
James M. Barry

Pour l'intimée :
John D. Harper

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] In August 2005, the respondent, Beaverdam Pools Ltd., installed an above-ground pool on Andrew Brewer's property. After the pool was installed, Mr. Brewer constructed a deck level with the top of the pool.

[2] In late fall or early winter of that year, the pool began to fall apart and attempts by Beaverdam to repair it were unsuccessful. Mr. Brewer sued Beaverdam which then notified its insurer, the appellant, Wawanesa Mutual Insurance Company, in the hope that it would appoint a lawyer to defend the claim. Wawanesa denied that it was obligated to defend the action.

[3] Beaverdam retained its own counsel who filed a statement of defence. The action was eventually settled. Beaverdam then filed an application in the Court of Queen's Bench for a declaration that Wawanesa had a duty to defend the action. The application was allowed. The decision of the application judge is reported at (2009), 343 N.B.R. (2d) 343, [2009] N.B.J. No. 120 (QL), 2009 NBQB 123. This is an appeal from that decision.

II. The Background

A. *The relevant policy provisions*

[4] Beaverdam is insured under a Commercial General Liability policy. Under the title “Coverages” and “Insuring agreement”, Wawanesa agrees to “pay those sums the insured becomes legally obligated to pay as compensatory damages because of ‘bodily injury’ or ‘property damage’ to which this insurance applies”. The policy also provides

that the insurance applies to “bodily injury” and “property damage” only if the “bodily injury” or “property damage” is caused by an “occurrence”. An “occurrence” means “an accident, including continuous or repeated exposure to substantially the same general harmful conditions” while “property damage” is defined as “physical injury to tangible property, including all resulting loss of use of that property” or “loss of use of tangible property that is not physically injured”.

[5] The policy contained numerous exclusions to the coverage provided, what follows being the more relevant ones for the purposes of this appeal:

This insurance does not apply to:

- j) “Property damage” to “your product” [for our purposes, this means goods or products manufactured, sold, handled, distributed or disposed of by the respondent].
- k) property damage to “your work” [for our purposes, this means a work or operations performed by the respondent or on its behalf].

B. *The claim against Beaverdam*

[6] Mr. Brewer sued Beaverdam for damages for breach of contract and negligence. In view of the grounds of appeal being pursued, it is only necessary to reproduce the following allegations:

16. On or about late 2005 or early 2006, Andrew Brewer noticed cracking in the concrete pads surrounding the pool and he also noticed separation between some parts of the pool structure. Andrew Brewer contacted Murray Gregg about this problem as soon as he noticed it. Murray Gregg came to Andrew Brewer's residence on or about the Spring of 2006 and patched up some of the parts of the pool so that Andrew Brewer could use the pool in the summer of 2006. Murray Gregg told Andrew Brewer that he would return in the Fall of 2006 to complete the repairs of the pool.

17. On or about the Fall of 2006, Murray Gregg came to Andrew Brewer's residence. At that time he drained the pool, cut the wall of the pool and tore it down. After this Murray Gregg advised Andrew Brewer that he would not do any more work on the pool until Andrew Brewer had some significant landscaping work done at the base of the pool site. Murray Gregg advised Andrew Brewer that Andrew Brewer would have to pay for this work.

18. As a result of the problems he experienced with his pool and the refusal by Beaverdam Pools to properly repair and replace the pool Andrew Brewer contacted an engineering firm in order to determine the cause of the failure of the pool. On or about the Fall of 2006, Mr. Brewer was advised by Paul Dayton of Dayton Engineering that the leading cause of failure of the pool was the lack of sub grade preparation.

19. Andrew Brewer also sought quotes from various individuals and businesses to determine the cost of repairing and replacing his pool, which included the cost of proper sub grade preparation, the cost of raising his deck to make it level with his pool and the cost of [refilling] the pool with water. The total cost of these quotes is \$12,635.00.

[...]

23. In the further alternative the Plaintiff states that by undertaking to supply and install a pool for the Plaintiff in exchange for payment it was the duty of the Defendant to ensure that the materials and installation were provided in such a manner that the Plaintiff could use and enjoy the pool. The Plaintiff states that the Defendant breached this duty or was negligent in the supply and installation of this pool the particulars of such negligence are as follows:

- failure to adequately prepare the ground below the pool;
- failure to properly inspect the ground below and surrounding the pool;
- failure to properly install the pool;
- failure to properly inspect the drainage surrounding

- the pool;
- failure to properly winterize the pool;
 - failure to properly repair the pool;
 - failure to provide accurate advise (sic) regarding the installation and repair of the pool;
 - such further and other particulars of negligence as may be determined at or before trial.

[...]

25. The Plaintiff states that as a result of the actions of the Defendant he has and/or will suffer special damages including but not limited to the cost of repairing and replacing the pool, the cost of properly preparing the ground below the pool, the cost of raising his deck to make it level with the pool, the cost of refiling (sic) the pool.

C. *The judgment below*

[7] The essence of the application judge's decision is contained in the following excerpt of her reasons for judgment:

The Plaintiff, Brewer, has framed his action in both contract and tort. Most of the damages claimed relate to repairing and/or replacing the pool however some do not. For example, Brewer claims "the cost of raising the deck to make it level with the pool". The deck was not constructed by Beaverdam and did not form a part of the "work" which was done by Beaverdam. If a Court were to find that Beaverdam's negligence made it necessary to repair or replace the deck, Wawanesa would be obliged to pay that portion of the damages. This does not offend the intent of the commercial general liability policy. Such policies do not indemnify the insured for the cost of repairing or replacing "the work" of the insured. They do, however, indemnify the insured for liability to repair or replace damage to other structures caused by the insured's negligence in performing its work. Here, if the deck (which

was not part of the insured's work) had to be rebuilt because of defects in the pool (which was part of the insured's work) the damages are recoverable under the CGL. Since this part of the claim is covered by the policy, then Wawanesa's duty to defend is engaged. [para. 10]

D. *The grounds of appeal*

[8] Although Wawanesa concedes the application judge was correct in her “synopsis of the law and of the approach to be followed”, it contends she failed to follow the prescribed approach and erred in law “in finding that the statement of claim ... contained an allegation, which, if true, could result in coverage being afforded under the policy of insurance at issue”.

[9] More specifically, Wawanesa argues that the statement of claim contains no allegation of any “property damage” occurring to the deck constructed by Mr. Brewer around the pool. It refers to the application judge's comment that Mr. Brewer claims “the cost of raising the deck to make it level with the pool”. That claim, it is argued, is not an allegation that “property damage” was negligently inflicted to the deck as no “physical injury to tangible property” in fact occurred. The deck was intact and the cost of raising it to a level so that it would become functional again as a deck is an economic loss which may flow from Beaverdam’s negligence but not one for which the policy provides coverage.

[10] Wawanesa also argues that even if the cost of raising the deck constitutes property damage, such damage was not caused by an “occurrence” (recall that the insurance applies only to property damage caused by an occurrence, which in turn means an “accident”). Wawanesa contends that in this case, although negligence was alleged, there is no allegation of any “accident” and thus no “occurrence” and no duty to defend as there is no coverage.

III. Analysis and decision

[11] The application judge relied in large measure upon the summary of the applicable principles enunciated by this Court in *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. v. Encon Group Inc et al.* (2006), 299 N.B.R. (2d) 354, [2006] N.B.J. No. 190 (QL), 2006 NBCA 51 to determine whether a duty to defend is triggered:

The duty to defend arises where there is a “mere possibility” that the claim advanced against the insured is covered by the policy. It is incumbent upon the insured to establish that it is possible that the allegations made by the plaintiff against the defendant insured, if proved at trial, bring the claim within the four corners of the insurance policy.

If the pleadings, i.e. allegations made in the pleadings filed against the insured, allege facts which, if true, could require the insurer to indemnify the insured for the claim, then the insurer is obliged to provide a defence. This remains so even though the actual facts may differ from the allegations pleaded.

Once this rather low threshold is met, it then becomes incumbent upon the insurer to establish that the plaintiff’s claim falls outside the coverage provided by the policy because of some exclusionary provision.

Where it is clear that the allegations in the pleadings against the insured fall outside the insuring agreement or are excluded by an applicable exclusion, the duty to defend does not arise.

Substantial latitude must be given to the allegations made in the statement of claim but it must be read in a realistic way. It is not the labels used by the pleader, but the true nature of the claim that matters.

Extrinsic evidence explicitly referred to within the pleadings may be considered only for the purpose of determining the substance and true nature of the allegations made in the statement of claim and to appreciate the nature and scope of the insurer's duty to defend.

Insuring agreements should be read broadly, exclusions narrowly and ambiguities resolved in favor of the insured. Ambiguities, however, should be apparent from a reasonable reading of the policy and not be judge-made. The plain meaning of the policy should be respected. [para. 6]

See, as well, *Optimum Insurance Co. v. Donovan* (2009), 340 N.B.R. (2d) 45, [2009] N.B.J. No. 18 (QL), 2009 NBCA 6, leave to appeal refused [2009] S.C.C.A. No. 62 (QL).

[12] As the application judge correctly pointed out, the exclusionary clauses contained in this Commercial General Liability policy exclude coverage or indemnity to the insured for the cost of repairing or replacing “the work” or “work product” of the insured. For example, the policy does not provide indemnity to the insured for the cost of repairs to or replacement of the pool. But the construction of the deck surrounding the pool was Mr. Brewer's responsibility and had nothing to do with Beaverdam. For that reason, it is difficult to understand Wawanesa's contention that “there is no allegation in the Statement of Claim regarding anything other than [Beaverdam's] work or work product.”

[13] On the contrary, Mr. Brewer alleges, amongst other things, that Beaverdam was negligent in installing a pool without ensuring an adequate preparation of the sub grade. This inadequate preparation made it necessary to remove the deck and rendered it useless as a deck until the new pool was reinstalled on an adequate sub grade. After the installation of the new pool, it is common ground that the Brewers would have to reinstall the deck by raising it to make it level with the new pool, now sitting on higher ground. The cost to the Brewers of reinstalling the deck around the new pool is part of the claim against Beaverdam. That is, in substance, what triggered the duty to defend in this case. In my view, the application judge was correct in concluding that if “Beaverdam's negligence made it necessary to repair or replace the deck, Wawanesa would be obliged to pay that portion of the damages” and that such a conclusion “does not offend the intent of the commercial general liability policy”.

[14] As mentioned, Wawanesa contends that the statement of claim did not contain a claim relative to “property damage” because there was no “physical injury to tangible property” (i.e. the deck was left intact despite the falling apart of the pool) and that, in any event, the “damage”, if any, was not caused by an “occurrence” in the sense that it was not allegedly caused by an accident but by Beaverdam’s negligence. In my view, the relevant provisions of the policy and the case law interpreting them do not support such contentions. On the contrary, it appears that a claim for the cost of elevating the deck so as to make it useable for the purposes for which it was intended is a claim for “property damage” as contemplated by the policy and that such damage is caused by an “occurrence” if it is caused by the negligence of Beaverdam.

[15] For the sake of convenience, the provisions of the policy relevant to the arguments raised in the preceding paragraph are reproduced:

We will pay those sums the insured becomes legally obligated to pay as compensatory damages because of “property damage” to which this insurance applies [...] This insurance applies to “property damage” only if the property damage is caused by an “occurrence” [...] “Property damage” means physical injury to tangible property, including all resulting loss of use of that property [...] or loss of use of tangible property that is not physically injured.” [...] “Occurrence” means an accident, including continuous or repeated exposure to substantially the same general harmful conditions.

[16] *York Region Condominium Corp. No. 772 et al. v. Lombard Canada Ltd. et al.* (2008), 237 O.A.C. 210, [2008] O.J. No. 1377 (QL), 2008 ONCA 272 is informative on the issue of how the words “occurrence” or “accident” found in “comprehensive” general liability insurance policies containing provisions similar to ours ought to be interpreted.

[17] In that case, the insured Bradsil, a general contractor, negligently damaged an aquifer (the land beneath the building), during construction, then negligently repaired it. Several years later, the garage sank and the entire building had to be evacuated for

months for repairs to the foundation. The court held that Bradsil's negligence did not mean the damage it caused could not be characterized as an accident within the meaning of the policy. Bradsil's negligence resulted in an unlooked for mishap, the destruction of the land beneath the building and its consequent damage to the building's structural integrity. This mishap was an "occurrence" covered by Bradsil's policy with the insurer. In my respectful view, the reasons for judgment in *Lombard* raise serious doubts about the appellant's argument that the respondent's negligence which rendered the pool deck useless is not an "occurrence" that caused the damage to the deck. In fact, the Court in *Lombard* pointed out that the notion advanced by the appellant in this case (the same argument raised by the appellant in *Lombard*) was rejected by the Supreme Court of Canada more than 30 years ago in *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, [1975] S.C.J. No. 34 (QL), at paras. 6-7, where the Supreme Court characterized an accident as "any unlooked for mishap or occurrence" and specifically rejected the notion that a negligent act could not be an accident or that damage caused by negligence would not be compensable under a Commercial General Liability policy containing provisions similar to those at play in this case.

[18] The same fate awaits Wawanesa's contention that Beaverdam Pools did not cause "property damage" to the deck despite the fact that it's negligence caused it to become useless as a deck.

[19] In *Carwald Concrete and Gravel Co. Limited v. General Security Insurance Company of Canada et al.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 58 (C.A.), [1985] A.J. No. 1086 (QL), 42 Alta.L.R. (2nd) 224, [1986] I.L.R 1-2061, the plaintiff (the appellant Carwald Concrete) supplied and poured defective concrete for the construction of a concrete pad. The concrete was poured over reinforcing steel, electrical ducting, wire, plumbing and anchor bolts. The concrete and embedded material had to be removed and redone. The plaintiff eventually obtained a judgment against the cement supplier for the sum of \$180,000 representing the cost of removing and replacing the concrete and embedded materials. The cement supplier went bankrupt and the plaintiff brought action against its own insurer for indemnity. The Comprehensive General Liability policy in

question contained provisions similar to those before us. In the Alberta Court of Appeal's view the authorities support the conclusion that where, as here, the pouring of defective concrete made the reinforcing steel, ducting, wiring, plumbing and anchor bolts useless for the purpose for which they were installed, the pouring constitutes "physical injury to tangible property". Again, there is no doubt that the decision of the Alberta Court of Appeal in Carwald casts serious doubt on to the validity of the appellant's argument on this point.

[20] Finally, one should also recall that the definition of "property damage" includes "all resulting loss of use of that property" so that the loss of use of the deck caused by Beaverdam's negligence is "property damage" under the policy.

[21] In my view, the application judge was not in error in concluding that Beaverdam had established it was possible that the allegations made by Andrew Brewer against it in his statement of claim, if proved at trial, brought the claim for the costs of reinstalling the deck within the four corners of the insurance policy and that this claim was sufficient to trigger a duty to defend Beaverdam.

IV. Disposition

[22] I would dismiss the appeal with costs in favor of the respondent in the amount of \$2,500.00.

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] En août 2005, l'intimée, Beaverdam Pools Ltd., a installé une piscine hors terre sur la propriété de M. Andrew Brewer. Après l'installation, M. Brewer a construit une plateforme à la même hauteur que la piscine.

[2] Tard à l'automne ou au début de l'hiver de cette année-là, la piscine a commencé à s'affaisser et Beaverdam a tenté de la réparer mais n'y est pas parvenue. M. Brewer a actionné Beaverdam et celle-ci a alors avisé son assureur, l'appelante, Wawanesa Mutual Insurance Company, dans l'espoir qu'elle désignerait un avocat pour la défendre. Wawanesa a refusé de reconnaître qu'elle avait l'obligation de présenter une défense dans le cadre de l'action intentée contre Beaverdam.

[3] Beaverdam a retenu les services d'un avocat qui a déposé un exposé de la défense. En fin de compte, la poursuite a été réglée à l'amiable. Beaverdam a alors présenté une demande à la Cour du Banc de la Reine en vue de faire déclarer que Wawanesa avait l'obligation de présenter une défense. La demande fut accueillie. La décision de la juge saisie de la requête est publiée à (2009), 343 R.N.-B. (2^e) 343, [2009] A.N.-B. n^o 120 (QL), 2009 NBBR 123. Le présent appel vise cette décision.

II. Contexte

A. *Les clauses pertinentes de la police*

[4] Beaverdam est assurée dans le cadre d'une police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises. Sous les rubriques [TRADUCTION] « Garanties » et [TRADUCTION] « Objet du contrat », Wawanesa convient qu'elle [TRADUCTION]

« versera toute somme que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires en raison d'un "dommage corporel" ou d'un "dommage matériel" couvert par l'assurance ». La police prévoit également que l'assurance couvre les [TRADUCTION] « dommages corporels » et les [TRADUCTION] « dommages matériels » seulement si ces [TRADUCTION] « dommages corporels » ou [TRADUCTION] « dommages matériels » sont causés par un [TRADUCTION] « sinistre ». Un « sinistre » s'entend [TRADUCTION] « d'un accident, y compris l'exposition continue et répétée à des risques essentiellement de même nature », tandis que « dommage matériel » est défini comme [TRADUCTION] « dommage matériel à un bien, y compris toute perte de jouissance de ce bien qui en découle » ou [TRADUCTION] « la perte de jouissance d'un bien qui n'est pas matériellement endommagé ».

[5] La police contient de nombreuses exclusions à la garantie offerte. Les exclusions présentant le plus d'intérêt dans le cadre du présent appel sont les suivantes :

[TRADUCTION]

Ne sont pas couverts par l'assurance :

- l) les « dommages matériels » au « produit » [dans le cadre du présent appel, cela signifie les biens ou produits fabriqués, vendus, manipulés, distribués ou cédés par l'intimée];
- m) les dommages matériels à l'« ouvrage » [dans le cadre du présent appel, cela signifie un ouvrage ou une activité effectué par l'intimée ou en son nom].

B. *La poursuite contre Beverdam*

[6] M. Brewer a intenté contre Beverdam une action en dommages-intérêts pour violation de contrat et négligence. En raison des moyens d'appel invoqués, il y a lieu de reproduire les allégations suivantes :

[TRADUCTION]

16. À la fin de 2005 ou au début de 2006, ou vers cette période, Andrew Brewer a remarqué que la plateforme cimentée entourant la piscine était fissurée et il a également noté que certaines parties de la structure de la piscine se disjoignaient. Andrew Brewer a communiqué avec Murray Gregg pour lui signaler le problème dès qu'il en a eu connaissance. Murray Gregg est allé chez Andrew Brewer au printemps 2006, ou vers cette période, et il a réparé certaines parties de la piscine pour permettre à Andrew Brewer d'utiliser la piscine durant l'été 2006. Murray Gregg a dit à Andrew Brewer qu'il reviendrait à l'automne 2006 pour terminer les réparations.

17. À l'automne 2006, ou vers cette période, Murray Gregg est allé chez Andrew Brewer. Il a alors vidé la piscine et coupé la paroi pour la désassembler. Murray Gregg a ensuite informé Andrew Brewer qu'il ne ferait pas d'autres travaux tant qu'il n'aurait pas fait faire d'importants travaux d'aménagement paysager à la base de l'emplacement de sa piscine. Murray Gregg a informé Andrew Brewer que ces travaux seraient aux frais de ce dernier.

18. En raison des problèmes que la piscine lui a causés et du refus de Beavertdam de faire les réparations nécessaires et de remplacer la piscine, Andrew Brewer a communiqué avec une société d'ingénierie pour connaître la cause du problème. À l'automne 2006, ou vers cette période, M. Paul Dayton, de la société Dayton Engineering, a informé M. Brewer que la principale cause du problème était le manque de préparation du terrain de fondation.

19. Andrew Brewer a également demandé à diverses personnes et entreprises d'évaluer le coût de la réparation et du remplacement de la piscine, y compris le coût de préparation du terrain de fondation, le coût de surélévation de la plateforme pour la mettre au niveau de la piscine, ainsi que le coût de [remplissage] de la piscine. Le coût total de ces estimations s'élève à 12 635 \$.

[...]

23. Subsidiairement encore, le demandeur affirme que, en s'engageant à lui livrer et à installer une piscine en contrepartie du paiement, la défenderesse avait l'obligation

de veiller à ce que les matériaux et l'installation permettent au demandeur d'utiliser la piscine et d'en tirer plaisir. Le demandeur affirme que la défenderesse a manqué à cette obligation ou qu'elle a été négligente dans la livraison et l'installation de la piscine. La négligence se décrit comme suit :

- défaut de bien préparer le sol sous la piscine;
- défaut d'inspecter convenablement le sol sous la piscine et le sol entourant la piscine;
- défaut d'installer correctement la piscine;
- défaut d'inspecter convenablement le drainage autour de la piscine;
- défaut de bien aménager la piscine pour l'hiver;
- défaut de bien réparer la piscine;
- défaut de donner des conseils précis sur l'installation et la réparation de la piscine;
- tout autre détail qui pourrait être déterminé au moment du procès ou avant celui-ci.

[...]

25. Le demandeur affirme que, en raison des actes commis par la défenderesse, il a subi ou subira des dommages particuliers, y compris, mais non de façon limitative, le coût de la réparation et du remplacement de la piscine, le coût de la préparation du sol sous la piscine, le coût de surélévation de la plateforme pour la mettre au niveau de la piscine et le coût de remplissage de la piscine.

C. *Le jugement de première instance*

[7] L'essence de la décision de la juge saisie de la requête se trouve dans l'extrait suivant de ses motifs de jugement :

[TRADUCTION] Le demandeur, Andrew Brewer, a formulé son action en se fondant tant sur la responsabilité contractuelle que sur la responsabilité délictuelle. La majeure partie des dommages-intérêts exigés se rattache à la réparation et au remplacement de la piscine, quoiqu'il y ait certaines exceptions. Par exemple, M. Brewer réclame [TRADUCTION] « le coût de surélévation de la plateforme pour la mettre au niveau de la piscine ». La plateforme n'a pas été construite par Beaverdam et ne faisait pas partie de l'« ouvrage » réalisé par Beaverdam. Si la Cour devait conclure que la négligence de Beaverdam rendait nécessaire la réparation ou le remplacement de la plateforme, Wawanesa serait obligée de payer cette partie des dommages-intérêts. Cela ne va pas à l'encontre de l'intention de la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises. Ce type de police ne couvre pas le coût de réparation ou de remplacement de « l'ouvrage » de l'assuré, mais il couvre l'assuré en cas d'obligation de réparer ou de remplacer les autres structures endommagées du fait de sa négligence dans la réalisation de son ouvrage. En l'espèce, si la plateforme (qui ne faisait pas partie de l'ouvrage de l'assuré) devait être reconstruite en raison des vices de la piscine (qui faisait partie de l'ouvrage de l'assuré), les dommages-intérêts peuvent être recouverts dans le cadre de la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises. Puisque cette partie de la réclamation est couverte par la police, Wawanesa a alors l'obligation de défendre. [par. 10]

D. *Les moyens d'appel*

[8] Même si Wawanesa reconnaît que le [TRADUCTION] « bref exposé du droit et de la démarche à suivre » de la juge saisie de la requête était exact, elle fait valoir que la juge n'a pas suivi la démarche prescrite et qu'elle a commis une erreur de droit [TRADUCTION] « en concluant que l'exposé de la demande [...] contenait une allégation énonçant des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, pourraient entraîner l'application de la garantie prévue par la police d'assurance en cause ».

[9] Plus particulièrement, Wawanesa soutient que l'exposé de la demande ne contient aucune allégation de « dommages matériels » touchant la plateforme construite

par M. Brewer autour de la piscine. Elle fait mention du fait que la juge saisie de la requête avait fait observer que M. Brewer réclamait [TRADUCTION] « le coût de surélévation de la plateforme pour la mettre au niveau de la piscine ». Cette réclamation, est-il avancé, ne sous-entend pas qu'il est allégué que des « dommages matériels » ont été causés par négligence à la plateforme puisqu'il n'y a eu en réalité aucun [TRADUCTION] « dommage matériel à un bien ». La plateforme était intacte et le coût de la surélévation pour la mettre au niveau de la piscine de sorte qu'elle retrouve sa fonctionnalité est une perte financière qui peut être imputable à la négligence de Beaverdam mais qui n'est pas couverte par la police.

[10] Wawanesa soutient également que, même si le coût de surélévation de la plateforme constitue un dommage matériel, ce dommage n'a pas été causé par un « sinistre » (il faut se rappeler que la police d'assurance s'applique seulement aux dommages matériels causés par un sinistre qui, à son tour, se définit comme un « accident »). Wawanesa prétend que, dans la présente affaire, même si la négligence a été alléguée, il n'y a aucune allégation d'« accident » et, par conséquent, aucun « sinistre » ni aucune obligation de défendre puisqu'il n'y a aucune garantie.

III. Analyse et décision

[11] La juge saisie de la requête s'est appuyée en grande partie sur le résumé des principes applicables énoncé par la Cour dans *Conservation Council of New Brunswick Inc. et al. c. Encon Group Inc. et al.* (2006), 299 R.N.-B. (2^e) 354, [2006] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2006 NBCA 51, pour déterminer si l'obligation de défendre existe. Voici ce résumé :

Il existe une obligation de défendre lorsqu'il y a simple « possibilité » que la réclamation faite contre l'assuré soit visée par la police. Il incombe à l'assuré d'établir qu'il est possible que les allégations faites par le demandeur contre l'assuré défendeur, si elles étaient avérées au procès, entreraient dans le cadre de la police d'assurance.

L'assureur est tenu d'opposer une défense si les plaidoiries, c'est-à-dire les allégations formulées dans les plaidoiries déposées contre l'assuré, énoncent des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, exigeraient qu'il indemnise l'assuré relativement à la réclamation. Cela vaut même si la réalité ne correspond pas à ce qui est allégué.

Une fois qu'on a respecté ce seuil plutôt bas, il incombe à l'assureur d'établir que la réclamation du demandeur ne relève pas de la garantie fournie par la police en raison de l'existence de clauses d'exclusion.

Lorsqu'il ressort clairement que les allégations faites contre l'assuré ne relèvent pas de la portée du contrat d'assurance ou sont visées par une exclusion applicable, il n'y a pas d'obligation de défendre.

Il faut accorder une portée considérable aux allégations contenues dans l'exposé de la demande, mais elles doivent être interprétées de façon réaliste. Ce qui compte, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande.

La preuve extrinsèque dont il est expressément fait mention dans les plaidoiries ne peut être examinée que pour déterminer le fondement et la nature véritable des allégations contenues dans l'exposé de la demande et pour bien saisir la nature et l'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur.

Les contrats d'assurance doivent recevoir une interprétation large, les exclusions, une interprétation étroite, et les ambiguïtés doivent être résolues en faveur de l'assuré. Cependant, les ambiguïtés devraient être évidentes après une lecture raisonnable de la police et ne devraient pas être établies par le tribunal. Il faut respecter le sens ordinaire de la police. [par. 6]

Voir également *Optimum Insurance Co. c. Donovan* (2009), 340 R.N.-B. (2^e) 45, [2009] A.N.-B. n^o 18 (QL), 2009 NBCA 6, autorisation de pourvoi refusée [2009] C.S.C.R. n^o 62 (QL).

[12] Comme l'a souligné, à juste titre, la juge saisie de la requête, les clauses d'exclusion contenues dans la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises excluent la garantie ou l'indemnisation de l'assuré à l'égard du coût de réparation ou de remplacement de « l'ouvrage » ou du « produit de l'ouvrage » de l'assuré. Par exemple, la police ne prévoit aucun versement d'indemnité à l'assuré pour le coût de réparation ou de remplacement de la piscine. Pourtant, la construction de la plateforme entourant la piscine était la responsabilité de M. Brewer et n'avait rien à voir avec Beaverdam. Pour cette raison, il est difficile de comprendre la thèse de Wawanesa suivant laquelle [TRADUCTION] « les allégations contenues dans l'exposé de la demande ne concernent rien d'autre que l'ouvrage ou le produit de l'ouvrage [de Beaverdam] ».

[13] Au contraire, M. Brewer allègue, entre autres choses, la négligence de Beaverdam dans l'installation de la piscine parce qu'elle n'a pas veillé à ce que le sol de fondation soit suffisamment bien préparé. C'est en raison de ce manque de préparation qu'il a fallu enlever la plateforme et que celle-ci est devenue inutile jusqu'à ce qu'une nouvelle piscine soit réinstallée sur un sol de fondation bien préparé. Il n'est pas contesté que, après l'installation de la nouvelle piscine, M. Brewer devrait réinstaller la plateforme en la surélevant pour la mettre au niveau de la nouvelle piscine qui était maintenant installée sur un sol plus élevé. Le coût de réinstallation de la plateforme autour de la piscine fait partie de la réclamation visant Beaverdam, et c'est en fait ce qui entraîne l'application de l'obligation de défendre en l'espèce. À mon avis, c'est à bon droit que la juge saisie de la requête a conclu que si [TRADUCTION] « la négligence de Beaverdam rendait nécessaire la réparation ou le remplacement de la plateforme, Wawanesa serait obligée de payer cette partie des dommages-intérêts » et que cette conclusion [TRADUCTION] « ne va pas à l'encontre de l'intention de la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises ».

[14] Comme nous l'avons vu, Wawanesa prétend que l'exposé de la demande ne contenait aucune réclamation relative à des [TRADUCTION] « dommages matériels » parce qu'il n'y a eu aucun [TRADUCTION] « dommage matériel à un bien » (c'est-à-

dire que la plateforme était intacte malgré l'affaissement de la piscine) et que, en tout état de cause, le « dommage », s'il en existe un, n'a pas été causé par un « sinistre », en ce sens qu'il n'aurait pas été causé par un accident mais par la négligence de Beaverdam. À mon avis, les clauses pertinentes de la police et la jurisprudence qui les interprète ne soutiennent pas ces prétentions. Au contraire, il semble qu'une réclamation du coût de surélévation de la plateforme pour la rendre propre à l'usage auquel elle était destinée constitue une réclamation à l'égard d'un « dommage matériel » prévu par la police et que ce dommage est causé par un « sinistre » s'il est causé par la négligence de Beaverdam.

[15] Par souci de commodité, les clauses de la police qui intéressent les arguments soulevés dans le paragraphe précédent sont reproduites ci-dessous.

[TRADUCTION]

L'assureur versera toute somme que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires en raison d'un [...] « dommage matériel » couvert par l'assurance [...] [L']assurance couvre les [...] « dommages matériels » seulement si [ceux-ci] sont causés par un « sinistre » [...] Un « dommage matériel » s'entend d'un dommage matériel à un bien, y compris toute perte de jouissance de ce bien qui en découle [...] ou la perte de jouissance d'un bien qui n'est pas matériellement endommagé. [...] Le terme « sinistre » s'entend d'un accident, y compris l'exposition continue ou répétée à des risques essentiellement de même nature.

[16] La décision *York Region Condominium Corp. No. 772 et al. c. Lombard Canada Ltd. et al.* (2008), 237 O.A.C. 210, [2008] O.J. No. 1377 (QL), 2008 ONCA 272, nous renseigne sur l'interprétation qu'il faudrait donner aux mots « sinistre » ou « accident » employés dans les polices d'assurance de la responsabilité civile générale qui contiennent des clauses semblables à celles en l'espèce.

[17] Dans cette affaire, l'assuré Bradsil, un entrepreneur général, a endommagé par négligence la couche aquifère (fonds de terre sous un immeuble) durant une construction et l'a ensuite réparée de manière négligente. Plusieurs années plus tard, le garage s'est affaissé et l'immeuble au complet a dû être évacué pendant des mois pour

permettre la réparation des fondations. Le tribunal a statué que la négligence de Bradsil ne signifiait pas que le dommage causé ne pouvait pas être qualifié d'accident au sens de la police. La négligence de Bradsil a entraîné une mésaventure inattendue, la destruction du fonds de terre sous l'immeuble et des dommages conséquents à l'intégrité structurale de l'immeuble. Cette mésaventure était un « sinistre » couvert par la police que Bradsil a souscrite auprès de l'assureur. À mon humble avis, les motifs du jugement dans *Lombard* soulèvent des doutes sérieux quant à la thèse de l'appelante voulant que la négligence de l'intimée qui a eu pour effet de rendre inutile la plateforme de la piscine ne soit pas un « sinistre » qui a endommagé la plateforme. En fait, le tribunal dans *Lombard* a souligné que la thèse avancée par l'appelante en l'espèce (la même que celle avancée par l'appelante dans *Lombard*) a été rejetée par la Cour suprême du Canada il y a plus de 30 ans dans l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, [1975] A.C.S. n° 34 (QL), par. 6 et 7. La Cour suprême du Canada a alors qualifié un accident de « mésaventure ou malchance imprévue » et elle a rejeté précisément la thèse selon laquelle un acte négligent ne pouvait être un accident ou selon laquelle un dommage causé par négligence n'était pas indemnisable sous le régime d'une police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises contenant des clauses semblables à celles en cause en l'espèce.

[18] Cela vaut également pour la prétention de Wawanesa selon laquelle Beaverdam n'a pas causé de « dommages matériels » à la plateforme même si celle-ci est devenue inutile du fait de sa négligence.

[19] Dans *Carwald Concrete and Gravel Co. Limited c. General Security Insurance Company of Canada et al.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 58 (C.A.), [1985] A.J. No. 1086 (QL), 42 Alta. L.R. (2d) 224, [1986] I.L.R. 1-2061, la demanderesse (l'appelante Carwald Concrete) a fourni et coulé du béton défectueux dans la construction d'une plateforme cimentée. Le béton a été coulé sur une armature pour béton, un conduit de canalisation électrique, du câblage, de la tuyauterie et des boulons d'ancrage. Le béton et les matériaux noyés dans le béton ont dû être retirés et refaits. La demanderesse a en bout de ligne obtenu jugement contre le fournisseur de ciment pour 180 000 \$, somme

correspondant au coût d'enlèvement et de remplacement du béton et des matériaux enfouis. Le fournisseur de ciment a fait faillite et la demanderesse a intenté une action contre son propre assureur en vue d'être indemnisée. La police responsabilité civile générale en question contenait des clauses semblables à celles en l'espèce. De l'avis de la Cour d'appel de l'Alberta, la jurisprudence appuie la conclusion selon laquelle, si, comme en l'espèce, le coulage de béton défectueux a rendu l'armature pour béton, le conduit de canalisation électrique, le câblage, la tuyauterie et les boulons d'ancrage impropres à l'usage pour lequel ils avaient été installés, ce coulage constitue un [TRADUCTION] « dommage matériel à un bien ». Dans ce cas également, il ne fait aucun doute que la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Carwald* jette un doute sérieux sur la validité de la thèse de l'appelante sur ce point.

[20] Finalement, il faudrait également se rappeler que la définition de « dommage matériel » inclut « toute perte de jouissance de ce bien qui en découle », de sorte que la perte de jouissance de la plateforme causée par la négligence de Beaverdam constitue un « dommage matériel » dans le cadre de la police.

[21] À mon avis, la juge saisie de la requête n'a pas commis d'erreur en concluant que Beaverdam avait établi qu'il était possible que les allégations formulées par Andrew Brewer dans l'exposé de sa demande, si elles étaient prouvées au procès, feraient entrer le coût de la réinstallation de la plateforme dans le cadre de la police d'assurance et que cette réclamation était suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de défendre Beaverdam.

IV. Dispositif

[22] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 2 500 \$ payables à l'intimée.