



Robinson Sheppard Shapiro

S.E.N.C.R.L. • L.L.P.

Avocats • Barristers & Solicitors

**ASSURANCE**  
**2010.01.0102F**

**INSURANCE**  
**2010.01.0102E**

## COMMUNIQUÉ

\* \* \*

**Me Jean-François Lamoureux** (Barreau 1982) est spécialisé en droit civil et droit des assurances et plaide fréquemment devant toutes les instances du Québec. Il est également l'auteur de l'ouvrage « Assurance automobile au Québec ».



**Me Jean-François Lamoureux** (Bar 1982) is specialized in civil and insurance law and has appeared before the courts and tribunals of Quebec at all trial and appellate levels. He is the author of "Assurance automobile au Québec".

### CONTE TOILETTAIRE

Plusieurs réclamations ont été faites et plusieurs actions intentées contre des fabricants de réservoirs de toilette depuis quelques années à la suite de la fissuration, souvent inexplicable, du réservoir. Typiquement, cette fissuration survient en l'absence de tout choc alors que les occupants sont absents. Fissuré, le réservoir peut laisser échapper l'eau pendant des heures, parfois des jours, avant que quiconque ne s'en aperçoive. C'est précisément ce scénario qui a fait l'objet d'un jugement rendu très récemment par la Cour Supérieure dans l'affaire ***Economical Mutual Insurance Group c. Crane Canada***. Le jugement est intéressant à bien des égards puisque le fabricant soulevait plusieurs moyens de défense qui ont tous été minutieusement analysés par la Cour.

Dans cette affaire, l'immeuble avait été construit en 1985 et le réservoir fabriqué en novembre 1984. Le réservoir avait été installé lors de la construction et n'avait pas été remplacé avant la perte survenue en 1994, soit neuf ans plus tard. Les propriétaires avaient acquis la résidence en

### « BREAKING » NEWS

Numerous claims have been made and legal proceedings instituted against manufacturers of sanitary toilet tanks in the past few years, following the unexplained spontaneous fracture of a tank. Typically, the fracture occurs in the absence of any immediate impact, often while the occupants are away. When fractured, the tank may allow water escape for hours, sometimes days, before anyone can notice. It is precisely that scenario that has been the object of a judgment rendered recently by the Superior Court in ***Economical Mutual Insurance Group vs. Crane Canada***. The judgment is interesting in many respects in that it meticulously analyses the many grounds of defence raised by the manufacturer.

In that case, the building had been built in 1985 and the tank manufactured in November 1984. The tank had been installed during construction of the building and had not been replaced when it broke in 1994, nine years later. The building owners had purchased the building in 1988 and



1988 et l'occupaient donc depuis six ans lorsque la perte est survenue.

La fissuration s'est produite dans le réservoir de la salle de bains de la chambre des maîtres, donc une salle de bains traditionnellement moins occupée. Le réservoir n'avait fait l'objet d'aucune réparation entre 1988 et 1994 et avait toujours visiblement bien fonctionné.

La perte est survenue au cours d'une fin de semaine du mois d'août 1994. Les propriétaires, accompagnés de leurs deux enfants, avaient quitté leur domicile le vendredi pour passer la fin de semaine à leur maison de campagne. C'est en revenant le dimanche qu'ils ont constaté de grandes quantités d'eau partout dans la maison, eau provenant du réservoir fissuré situé au deuxième étage. Après avoir fait enquête et indemnisé ses assurés, l'assureur a présenté sa réclamation au fabricant du réservoir.

Avisé rapidement du sinistre, le fabricant a nié toute responsabilité et l'assureur a par la suite poursuivi. Il faut se rappeler que les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la vente et qui sont entrées en vigueur en 1994 ne s'appliquaient pas à cette affaire puisque le bien avait été fabriqué et vendu avant cette date. C'est donc le *Code civil du Bas-Canada* qui s'appliquait, lequel requérait que le vendeur, grossiste ou fabricant soit avisé promptement du sinistre.

L'assureur alléguait que le réservoir était affecté d'un vice caché et fondait son action sur cet argument. Le vice consistait en ce que la porcelaine composant le réservoir comportait un taux de porosité trop élevé ou encore inégal, augmentant ainsi substantiellement les risques de fissuration spontanée. La défense du fabricant reposait

occupied it since.

The fracture occurred in the tank of the master bathroom, traditionally a bathroom that is less utilized. The tank had not been repaired between 1988 and 1994 and had always operated properly.

The loss occurred during a week-end of August 1994. The owners and their two children had left their home on Friday to spend the week-end at their cottage. When they returned the following Sunday, they saw water coming from the second floor bathroom leaking throughout the house. After investigating and indemnifying its insureds, the insurer made a claim to the manufacturer of the tank.

We must remember that new provisions of the *Civil Code of Quebec* came into force in 1994 did not apply since the tank was manufactured and sold before. Consequently, the *Civil Code of Lower Canada* applied and which required prompt notice of a loss. In fact, the manufacturer was advised verbally in the days following the loss and in writing a few days later. The manufacturer denied liability.

The insurer alleged that the tank was affected by a latent defect and based its action on this argument. The defect consisted of a high or uneven level of porosity in the porcelain material forming the tank. The manufacturer's defence was based on numerous arguments. Firstly, the manufacturer raised that it had not been

sur plusieurs éléments. Premièrement, le fabricant se plaignait de ne pas avoir été informé de la tenue des tests destructifs sur le réservoir, de ne pas avoir pu y participer et de ne pas avoir pu en contrôler les conditions ou les résultats. Deuxièmement, le fabricant contestait la qualité et la valeur probante des tests effectués par les experts de la demanderesse. Troisièmement, le fabricant soulevait que le bris du réservoir résultait plutôt d'une négligence lors de l'installation de la toilette ou de la négligence des propriétaires.

Soulignons d'abord que le tribunal s'est déclaré satisfait de la qualité de la preuve soumise par la demanderesse quant à l'existence d'un vice caché. Le tribunal a conclu que les tests menés, tant par les experts de la demanderesse que par ceux de la défenderesse, avaient tous révélé des taux de porosité inégaux. Ces taux étaient beaucoup plus élevés dans le bas du réservoir que dans le haut, entraînant des contraintes (« stress ») dans le matériau lui-même qui ultimement avaient mené à la fissuration. Ces taux inégaux résultaient de ce que la céramique avait été cuite de façon inégale lors du processus de fabrication. Le tribunal a ajouté que le fait qu'un réservoir de toilette cède après moins de 10 ans d'utilisation « *choque l'esprit [...] en l'absence d'une preuve prépondérante d'un usage anormal ou abusif* ». Le tribunal a alors abordé les arguments soulevés en défense.

Dans un premier temps, le fabricant se plaignait que les experts de la demanderesse avaient procédé aux tests destructifs sur le réservoir en l'absence des experts de la défenderesse. Le fabricant ajoutait que le réservoir aurait dû être conservé intact jusqu'au procès afin que le tribunal puisse en constater l'état. Le

informé que destructives tests were to be carried out, did not participate in those tests and did not have the opportunity of controlling how they had been carried out. Secondly, the manufacturer questioned the quality and value of the test results. Thirdly, the manufacturer raised that the fracture of the tank could as well have been the result of negligence during installation or abuse by the owners. Finally, the manufacturer obtained permission from the Court to carry out its own tests during the trial on what remained of the tank. Those tests purportedly revealed that the level of porosity met the standards generally accepted.

The trial Judge first held that the evidence adduced by the Plaintiff with regards to the existence of a latent defect was sufficient. The Court held that the tests carried out by both the experts of the Plaintiff (in 1999) and those of the Defendant (during the trial in 2009) had revealed uneven porosity levels. The porosity was much higher at the bottom of the tank than at the top, inducing stress in the material itself which ultimately resulted in the fracture. These uneven levels resulted from poor or incomplete cooking at the time of manufacturing. The Court added that a toilet tank that fractured after less than ten years of use (translation) "*shocks the intelligence [...] in the absence of better evidence of abnormal use or abuse*". The trial Judge then analyzed the arguments raised the defence.

The manufacturer's first argument was that the Plaintiff's expert had proceeded with the destructive tests on the tank in the absence of the Defendant's experts. The manufacturer added that the tank should have been kept intact until trial so that the trial Judge could have looked at it. The manufacturer suggested that it would only be

fabricant suggérait que ce n'est qu'à ce stade qu'on pouvait procéder aux tests destructifs. Sur la question des tests, le tribunal a d'abord noté que, quelques jours avant la tenue des tests, les experts de la défenderesse avaient été invités à y participer et même à faire des recommandations sur la méthodologie à suivre. Cette lettre n'avait eu aucune suite. Évidemment, il était hors de question de rejeter les résultats de tests auxquels les experts d'une partie avaient été conviés mais ne s'étaient pas présentés.

Quant à l'argument de la défenderesse qui voulait que le réservoir devait demeurer intact jusqu'au procès, le tribunal a conclu qu'il était contraire aux intérêts de la justice. Le tribunal a ajouté :

*« Prétendre l'inverse équivaudrait à conclure qu'un tribunal ne peut jamais se prononcer sur l'origine d'un incendie ou d'une explosion sans pouvoir constater l'état d'un bien ou des lieux avant leur destruction. »*

Sur le moyen de la qualité des tests et des conditions dans lesquelles ils ont été exécutés, le tribunal s'est déclaré dans l'ensemble satisfait des tests des experts de la demanderesse même si on pouvait adresser certains reproches quant à la méthode suivie. Dans l'ensemble, les résultats des tests démontraient, de toute façon, des différences significatives dans les taux de porosité.

Enfin, sur le moyen des autres causes suggérées par l'expert de la défenderesse, le tribunal a conclu qu'il ne reposait sur aucune preuve tangible. En effet, la preuve «d'abus» du réservoir avancée par l'expert de la défenderesse pouvait être écartée pour plusieurs motifs. Premièrement, l'expert n'avait vu le réservoir pour la première fois que quatre ans après le sinistre. Les

at that stage that tests would be carried out, i.e. during the trial. On the issue of the tests, the Court first noted that the Defendant's experts had been invited in writing to participate and even make recommendations as to the method to be followed. That letter had received no reply and the Defendant could not later complain that the tests were carried out without its experts.

As to the Defendant's argument that the tank had to remain intact until trial, the Court held that it was against the better interests of justice. The Court added:

*"To come to a different conclusion would mean that a Tribunal could never rule on the origin of a fire or an explosion without having seen the good or the site prior to destruction." [Our translation]*

On the issue of the quality of the tests and conditions in which they were carried out, the Court again came to the conclusion that the tests carried out by the Plaintiff's experts were appropriate such that the results were reliable even though the method prescribed by industry standards may not have been rigorously followed. Globally, the tests carried out by all parties revealed, in any event, significant differences in degrees of porosity which amounted to a latent defect in itself.

Finally, on the issue of the cause of the fracture itself, the Court held that the causes suggested by the Defendant's expert were merely possibilities that were based on no tangible evidence. The theory of "abuse" proposed by the Defendant's expert was not probative for several reasons. Firstly, the expert had seen the tank for the first time only four years after the loss. The several

quelques traces d'impact notées par l'expert pouvaient très bien avoir été causées après le sinistre dans le cadre de la manipulation du réservoir. C'était le cas notamment quant à la poignée de déclenchement du réservoir faite de plastique. Cette poignée avait été trouvée brisée après le sinistre mais la propriétaire avait affirmé à la Cour qu'elle ne l'était pas pendant l'utilisation. La poignée avait donc nécessairement été brisée après ou pendant que le réservoir ait été retiré. Il faut de plus signaler qu'un expert engagé par la demanderesse avait vu le réservoir deux jours après le sinistre et n'avait noté aucune trace d'impact. Il avait également noté que la fissure ne passait pas par les ouvertures du fond du réservoir. Il a donc dès lors éliminé un serrage trop prononcé des boulons de fixation du réservoir comme cause du sinistre.

Sur ces considérations, le tribunal a rejeté la défense du fabricant et maintenu l'action de l'assureur. Le jugement, bien étoffé et fouillé, est intéressant par les nombreuses questions qui sont soulevées et résolues. Le jugement ne fera pas époque ne serait-ce que parce qu'il a été rendu suivant les dispositions de l'ancien Code civil mais il contribue à bien resituer le débat sur la question de l'étendue du fardeau du demandeur dans une action pour vice caché et des limites à ce fardeau.

Le délai pour en appeler du jugement n'étant pas écoulé au moment de la rédaction de ce communiqué, il s'agit peut-être d'une histoire à suivre.

Notre communiqué vise à attirer votre attention sur des sujets légaux d'actualité qui, nous le croyons peuvent intéresser le public. En aucun cas, il ne doit être considéré comme une opinion juridique. Son seul objectif est d'attirer l'attention des lecteurs sur des questions d'intérêt et/ou de nouveaux développements en matière de droit civil.

traces of impact noted by the expert could as well have been caused during that time. Such was the case for the handle controlling the operation of the tank. That plastic handle had been found broken after the loss but the owner had stated during the trial that it was in perfect condition while the tank was still inside the house. The handle thus necessarily had to have been broken during or after the removal of the tank. The Court also noted that an expert hired by the Plaintiff had seen the tank two days after the loss and had noted no trace of impact. That expert had also noticed that the fracture was not passing through any openings at the bottom of the tank. The expert had therefore eliminated improper tightening of the bolts holding the tank in place as a cause of the loss.

The judgment is well researched and reasoned. The Court analyzed and resolved a number of interesting issues. Unfortunately, the judgment is based on the provisions of the Civil Code of Lower Canada; however, it still contributes in correctly ruling on the issues of the extent of the burden of proof of a Plaintiff in an action for latent defects and the limits of that burden.

At the time of preparing this Communiqué, the delays to appeal the judgment had not expired. It may therefore not be the end of this story.

Our "Communiqué" aims to bring to your attention the contemporary legal issues which we believe are and should be of interest to the public at large and under no circumstances is it to be considered to be a legal opinion. The Communiqué is merely intended to alert readers of interesting topics and/or new developments in civil law.

\* \* \*

## NOUVELLES RSS - ASSURANCE -

Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. est fière de souligner la distinction décernée par la publication « Best Lawyers » à **Me Michel Green** comme « *Avocat de l'année en droit de l'assurance à Montréal* ».

C'est la première fois qu'une telle distinction est accordée par « Best Lawyers ».

\*\*\*

La publication « Best Lawyers » a également reconnu les associés suivants comme avocats émérites en droit des assurances, Mes **Yves Cousineau**, **Patrick Henry** et **Nicholas J. Krnjevic**.

\*\*\*

**Me Michel Green** a récemment donné une conférence intitulée « *Les polices d'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants* ». **Me Patrick Henry** a également donné une conférence sur « *L'impact des enquêtes publiques sur les procédures civiles* » pour l'Association du Barreau Canadien. **Me Nicholas J. Krnjevic** a récemment donné une conférence sur les clauses d'assurance dans les baux commerciaux.

## RSS INSURANCE NEWS

Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. is proud to announce that **Michel Green** was recognized by "Best Lawyers" as "Lawyer of the year in insurance law in Montreal".

This is the first time that "Best Lawyers" has made this recognition.

\*\*\*

"Best Lawyers" also again recognized RSS partners **Yves Cousineau**, **Patrick Henry** and **Nicholas J. Krnjevic** as leading insurance attorneys.

\*\*\*

**Michel Green** recently gave a conference on "*Directors & Officers Liability Policies*". **Patrick Henry** was invited by the Canadian Bar Association to give a conference on "*The Impact of Public Investigations on Civil Proceedings*". **Nicholas J. Krnjevic** recently gave a conference on "*Insurance Clauses in Commercial Leases*".

Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins que le nom de l'auteur de la publication ne soit clairement identifié par écrit sur la publication elle-même.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, unless the authorship of the publication is identified in writing on the face of the publication itself.