



Robinson Sheppard Shapiro

S.E.N.C.R.L. • L.L.P.

Avocats • Barristers & Solicitors

**ASSURANCE**  
**2011.04.0102F**

**INSURANCE**  
**2011.04.0102E**

## COMMUNIQUÉ

**Me Emilie Germain-Villeneuve** (Barreau 2003) est une associée et membre du groupe du droit des assurances et elle plaide fréquemment devant toutes instances du Québec.



**Me Emilie Germain-Villeneuve** (Bar 2003) is a partner and member of the firm's Insurance Law group. She regularly appears before the courts and tribunals of Quebec.

### **LES POLICES D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE DE TYPE « WRAP-UP » ET LES RECOURS SUBROGATOIRES**

Dans l'affaire ***Intact compagnie d'assurance c. Pétrifond Fondation compagnie ltée*** (décision publiée sous EYB 2010-180758 (C.S.)), la Cour supérieure, sous la plume de la juge Geneviève Marcotte, apporte quelques tempéraments au principe général de la renonciation de l'assureur « wrap-up » à la subrogation contre les sous-traitants et professionnels assurés aux termes de cette police d'assurance responsabilité civile. En outre, le tribunal précise que l'assureur ainsi subrogé peut entreprendre un recours contre ses assurés « innomés » pour rechercher leur responsabilité professionnelle.

Aussi, dans cette décision, la Cour repasse en revue les principes généraux de subrogation légale et de subrogation conventionnelle en matière d'assurance responsabilité civile.

### **WRAP-UP POLICIES AND SUBROGATION**

In ***Intact Compagnie d'assurance c. Pétrifond Fondation Compagnie Ltée*** (published at EYB 2010-180758 (C.S)), Justice Geneviève Marcotte of the Superior Court attenuated the general principle regarding the waiver of subrogation by the wrap-up insurer against subcontractors and professionals who are insured under this type of civil liability insurance policy. Further, the Court specifies that the insurer thus subrogated may institute proceedings against its unnamed insureds in order to seek their professional liability.

In this decision, the Court also reviews the general principles regarding legal subrogation and contractual subrogation in the context of civil liability insurance.



## I- LES FAITS

Dans cette affaire, le tribunal est saisi de trois requêtes en rejet d'action présentées par les défenderesses à l'encontre d'un recours subrogatoire entrepris par Intact compagnie d'assurance.

Intact assurait, aux termes d'une police d'assurance responsabilité civile de type « wrap-up », l'entrepreneur général EBC inc. Dans le cadre de travaux de soutènement exécutés en mai 2005 par EBC lors de la construction d'un projet de condominiums, des dommages à la propriété voisine ont été causés. Le Montreal Racket Club (MRC), propriétaire de l'immeuble voisin et également assuré par Intact, a aussitôt été indemnisé. C'est Intact, à titre d'assureur responsabilité de EBC, qui a indemnisé MRC, admettant par le fait même la responsabilité d'EBC.

Intact, soutenant bénéficiaire d'une subrogation légale en raison des indemnités versées à MRC, a donc entrepris un recours subrogatoire contre les ingénieurs du projet et le sous-traitant ayant exécuté les travaux de soutènement. Dans sa procédure, Intact recherche la responsabilité professionnelle des défenderesses pour l'exécution fautive des travaux d'excavation et de soutènement et, en ce qui a trait aux ingénieurs, pour leur négligence et erreurs commises dans la supervision des travaux, la coordination et leurs recommandations.

Les défenderesses demandent au tribunal de rejeter l'action d'Intact. Elles soutiennent que cette dernière est manifestement mal fondée d'entreprendre le recours subrogatoire, et ce, pour les motifs qui peuvent être résumés comme suit :

- a) EBC, en s'engageant par contrat à souscrire une police d'assurance responsabilité civile de type « wrap-up »

## I - THE FACTS

In this case, Defendants presented three motions to dismiss a subrogatory action undertaken by Intact Insurance Company.

By virtue of a wrap-up civil liability insurance policy, Intact insured a general contractor, EBC inc. In May of 2005, within the framework of the execution of cofferdam work, during the construction of a condominium project, damages were caused to the neighboring property. The Montreal Racket Club (hereinafter referred to as "MRC"), owner of the neighboring building and insured by Intact as well, was immediately indemnified. In fact, Intact, as EBC's liability insurer, compensated MRC, thereby admitting EBC's liability.

Intact, subrogated in MRC's rights, instituted a subrogatory action against the engineers of the project and the subcontractor who performed the cofferdam work. In its proceedings, Intact was seeking the professional liability of the subcontractor for its faulty execution of the excavation work and cofferdam work; with regards to the engineers, it was seeking their negligence and errors committed in the supervision of the work, and the coordination.

The Defendants were seeking from the Court the dismissal of Intact's action, contending that the latter was ill-founded to undertake a subrogatory action for three reasons, which can be summarized as follows:

- a) When EBC undertook by contract to obtain a wrap up civil liability insurance policy, it automatically waived its rights

en leur nom, a renoncé à poursuivre ses sous-traitants et professionnels. Intact, en tant qu'assureur d'EBC, n'a donc pas plus de droits que son assurée.

- b) Contrairement à ce qui est allégué, Intact n'a pas indemnisé EBC en vertu d'une police « wrap-up », mais a plutôt indemnisé MRC aux termes d'une police d'assurance tous risques qu'elle avait émise en sa faveur. Par conséquent, Intact ne peut bénéficier d'une subrogation légale, puisque EBC n'était pas tenue de payer l'indemnité « avec d'autres ou pour d'autres » au sens de l'article 1656 (3<sup>e</sup>) 3 C.c.Q.
- c) Par ailleurs, les défenderesses ajoutent que l'indemnité payée par Intact à MRC pour et au nom d'EBC a été faite *ex gratia*, puisque les dommages réclamés par MRC étaient exclus aux termes de la police d'assurance d'EBC, constituant des dommages qui résultent d'une omission dans les services professionnels rendus par EBC et/ou pour EBC.

## II- LA DÉCISION

Nous résumerons ci-après les motifs rendus par la Cour pour chacun des trois arguments soulevés par les défenderesses.

### A. Premier argument

Essentiellement, les défenderesses plaident qu'en s'engageant par contrat à souscrire et à maintenir une assurance responsabilité civile à leur bénéfice, EBC a renoncé au recours civil qu'il aurait pu autrement faire valoir à leur endroit pour leurs prestations fautives à titre de sous-traitants ou de professionnels. Au-delà de cet engagement contractuel, les défenderesses soutiennent qu'elles étaient des assurées inconnues aux termes de la police souscrite par EBC et

to sue its subcontractors and professionals. Consequently, Intact, as EBC's insurer, does not possess more rights than its insured.

- b) Contrary to what is alleged, Intact did not indemnify EBC under the wrap-up policy, but rather compensated MRC under the all-risks insurance policy. Consequently, Intact cannot benefit from the legal subrogation, since EBC was not required to pay the indemnity “with others or for others” as per paragraph 3 of article 1656 C.C.Q.
- c) Moreover, the Defendants add that the indemnity paid to MRC by Intact for and on behalf of EBC was done *ex gratia*, since the damages claimed by MRC were excluded from EBC's insurance policy, being damages resulting from an omission in the performance of professional services rendered by EBC and/or for EBC.

## II – JUDGMENT

The following is a summary of the Court's reasoning for each of the three arguments raised by the Defendants.

### A. First Argument

The Defendants essentially plead that when it undertook by contract to maintain a civil liability insurance policy, EBC waived its right to institute any civil action it may have had against its subcontractors or professionals by reason of their faulty performance. Beyond that contractual commitment, Defendants plead they are unnamed insureds under the policy, and that as such, Intact cannot be subrogated into EBC's rights against them, since it would be

qu'Intact ne peut en conséquence être subrogée dans les droits d'EBC contre elles, puisque cela serait contraire aux principes généraux d'assurance et à l'article 2474 C.c.Q. De son côté, Intact répond à cet argument en alléguant que l'engagement d'EBC de souscrire une police d'assurance ne visait que la police d'assurance responsabilité civile et non une police responsabilité professionnelle.

Après lecture des documents contractuels et de la police d'assurance « wrap-up », le tribunal en vient à la conclusion, comme le soutiennent les défenderesses, qu'elles doivent être qualifiées d'assurées additionnelles et/ou de coassurées sur la police d'assurance responsabilité civile. S'appuyant sur un long courant jurisprudentiel canadien et québécois, la juge Marcotte conclut qu'EBC a de fait renoncé à poursuivre ses coassurées en responsabilité civile générale. Toutefois, elle précise, et c'est là une nuance importante, qu'EBC n'a pourtant pas renoncé à les poursuivre pour leurs fautes professionnelles.

Malgré l'argument soulevé par les défenderesses qu'il n'y a pas de distinction entre les deux types de responsabilités dans le *Code civil du Québec* et que les articles 2498 C.c.Q. et suivants s'appliquent invariablement à la responsabilité civile et à la responsabilité professionnelle, le tribunal juge cet argument mal fondé, puisqu'il ne tient pas compte du domaine de l'assurance et, plus précisément, du fait que la police d'assurance responsabilité civile exclut, de façon générale, la faute professionnelle.

Dans le cas en l'espèce, le tribunal rappelle l'exclusion 2.1.4 contenue dans la police d'assurance « wrap-up » qui exclut précisément la faute professionnelle de l'assuré ou de ses sous-traitants.

contrary to the general principles of insurance, and to article 2474 C.C.Q. As for Intact, it replies to this argument by pleading that EBC's commitment was to obtain a civil liability insurance policy, and not a professional liability insurance policy.

Following a review of the contractual documents and the wrap-up policy, the Court concludes that, as submitted by the Defendants, the latter must be considered as additional insureds and/or co-insureds under the civil liability insurance policy. Relying upon the jurisprudential authorities in Canada and Quebec, Justice Marcotte concludes that EBC has, in fact, waived its right to sue its co-insureds for their civil liability. However, she specifies that EBC did not waive its right to sue them for their professional malpractice; this is an important difference.

Despite the arguments raised by the Defendants to the effect that there exists no distinction between these two types of liabilities in the *Civil Code of Quebec*, and that articles 2498 C.C.Q. and followings apply invariably to civil liability and to professional liability, the Court concludes that this argument is ill-founded, since it does not take into account the insurance industry and, more specifically, the fact that civil liability insurance policies often exclude, generally speaking, damages caused by professional malpractice.

The Court refers to exclusion 2.1.4. of the wrap-up policy, which specifically excludes professional malpractice of the insured or its subcontractors.

Selon le tribunal, prétendre que la responsabilité professionnelle est comprise dans la référence à la responsabilité civile générale contenue dans le contrat de construction a non seulement pour effet de révolutionner le domaine de l'assurance en matière de construction, mais nie également l'existence de l'exclusion stipulée dans la police d'assurance. Pour ces motifs, le tribunal rejette le premier argument des défenderesses.

### **B. Deuxième argument**

Intact a émis deux polices d'assurance distinctes: une police d'assurance responsabilité civile de type « wrap-up » au bénéfice de EBC et une police d'assurance tous risques au bénéfice de MRC. La preuve analysée révèle que MRC a bel et bien été indemnisée aux termes de sa propre police d'assurance tous risques.

Or, Intact a choisi d'intenter son recours subrogatoire contre les défenderesses non pas en tant qu'assureur de MRC, mais bien en tant qu'assureur responsabilité d'EBC. Les défenderesses allèguent donc qu'Intact, ce faisant, ne peut prétendre être subrogée aux droits de MRC.

Encore ici, la juge Marcotte rejette l'argument des défenderesses. Partant des allégués des procédures voulant qu'EBC soit tenue responsable avec les autres intervenants du projet de construction pour les dommages causés par sa faute et celle des autres, le tribunal conclut qu'il y a effectivement subrogation légale en vertu de l'article 1656 (3) C.c.Q.

Selon la juge, la responsabilité civile d'EBC est recherchée tant pour sa propre faute que pour celle des autres. De ce fait, Intact n'avait donc pas besoin d'obtenir une

According to the Court, to claim that professional liability is included in the reference to general civil liability contained in the construction contract has the effect of revolutionizing the domain of insurance in the area of construction, but also of denying the existence of the exclusion contained in said policy. For these reasons, the Court dismisses Defendants' first argument.

### **B. Second argument**

Intact issued two distinct insurance policies: a wrap-up civil liability insurance policy for EBC, and an all-risks insurance policy for MRC. The evidence studied by the Court reveals that MRC has, indeed, been compensated under the all-risks insurance policy.

However, Intact chose to institute a subrogatory action against Defendants as EBC's liability insurer rather than as MRC's insurer. The Defendants therefore contend that, in so doing, Intact cannot claim to be subrogated into MRC's rights.

Here again, Justice Marcotte rejects the argument raised by the Defendants. She relies on the allegations contained in the proceedings to the effect that EBC should be held responsible with the other parties who intervened in the construction project for the damages caused by its own and others' fault. The Court concludes that there is, according to those allegations, legal subrogation by virtue of article 1656 (3) C.C.Q.

According to the judge, EBC's civil liability is sought for its own fault, as well as for the fault of others. As such, Intact did not need to obtain a contractual subrogation for its suit

subrogation conventionnelle pour que son recours contre les professionnels et les sous-traitants soit fondé.

### C. Troisième argument

Les défenderesses plaident finalement qu'Intact ne pouvait se prévaloir d'une subrogation légale puisqu'elle n'était pas tenue de verser d'indemnité à MRC vu que la police d'assurance responsabilité civile « wrap-up » contenait l'exclusion de couverture pour la faute découlant des services professionnels mentionnée plus haut (exclusion 2.1.4).

À nouveau, la Cour rejette l'argument des défenderesses et conclut que l'indemnité versée à MRC ne peut être qualifiée de paiement fait *ex gratia*. Elle se rallie à l'argument d'Intact selon lequel la responsabilité d'EBC a été admise sur la base de son obligation de sécurité à l'égard du voisin et non en fonction de la faute des professionnels engagés pour le projet. Ainsi, la Cour conclut que l'indemnité versée par Intact découle de la faute admise d'EBC liée à sa responsabilité civile et, par conséquent, qu'elle était couverte par la police d'assurance « wrap-up ».

### III – LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

La décision rendue par la juge Marcotte apporte un éclairage nouveau sur les polices d'assurance responsabilité civile de type « wrap-up » et les recours subrogatoires possibles.

Il est depuis longtemps reconnu que l'assureur « wrap-up » (ou, encore, l'assureur chantier ou builders' risk dans le cas des polices d'assurance de biens) ne peut être subrogé contre ses propres assurés, lesquels incluent souvent, outre les assurés nommés, les assurés innommés tels que les sous-traitants, architectes,

against the professionals and the subcontractors to exist.

### C. Third argument

The Defendants finally plead that Intact cannot invoke legal subrogation since it was not bound to compensate MRC, given that the wrap-up civil liability insurance policy includes an exclusion for malpractice arising out of professional services (exclusion 2.1.4.).

Again, the Court dismisses Defendants' argument and concludes that the indemnity paid to MRC cannot be considered as a payment made *ex gratia*. The Court retains Intact's argument to the effect that EBC's liability was admitted on the basis of its duty of safety towards its neighbor, and not on the basis of malpractice by the professionals hired for the project. The Court therefore concludes that the indemnity paid by Intact follows EBC's admitted liability, and consequently, that such liability is covered under the wrap-up insurance policy.

### III – THE AUTHOR'S COMMENT

The decision rendered by justice Marcotte brings new light to wrap-up civil liability insurance policies and potential subrogatory actions.

It has long been established that a wrap-up insurer (or a builders' risk insurer with respect to property insurance policies) cannot be subrogated against its own insureds, which often include, besides named insureds, unnamed insureds such as subcontractors, architects, engineers and other professionals involved in a construction

ingénieurs et autres professionnels du projet de construction. Comme le mentionnait le plus haut tribunal du pays dans l'affaire **Commonwealth Construction Ltd c. Imperial Oil** (EYB 1976-184090 (C.S.C.)), le rôle de ce type de police :

*« [...] est de fournir au propriétaire la promesse que les entrepreneurs auront les fonds nécessaires pour reconstruire en cas de sinistre [...] sans recourir à la justice en cas de négligence de la part d'une personne engagée dans la construction [...]. [...] Son objet est également en accord avec la réalité de la vie industrielle ».*

Le but de ce type de police est donc que tous les intervenants du projet, et leur assureur commun, assument ensemble les risques liés au chantier avec, comme contrepartie, qu'ils soient à l'abri d'une poursuite éventuelle entre eux en cas de négligence causant un dommage à autrui.

En dissociant complètement le régime de responsabilité civile du régime de responsabilité professionnelle, le tribunal apporte dans la présente décision un tempérament important à la règle de non-subrogation reconnue. En fait, le tribunal reconnaît que, si la faute reprochée est visée par une des exclusions de la police d'assurance « wrap-up », l'assureur pourra indemniser le tiers et poursuivre ensuite un de ses assurés, innommé ou additionnel, en alléguant précisément la faute exclue. L'impact de cette dissociation des types de fautes pourrait être grand pour les entrepreneurs en construction qui offrent des services tant de conseil et de conception que des services d'exécution et de réalisation des travaux. Est-ce à dire que l'assureur « wrap-up » pourrait ainsi poursuivre cet entrepreneur pour sa faute professionnelle en tant que concepteur, laquelle est exclue sous l'exclusion des « services profes-

project. As the Supreme Court of Canada stated in **Commonwealth Construction Ltd. c. Imperial Oil** (EYB 1976-184090 (S.S.C.)), the purpose of this type of policy:

*“[...] is to provide to the owner the promise that the contractors will have the funds to rebuild in case of loss [...], the whole without resort to litigation in case of negligence by anyone connected with the construction, [...]. [...] It also recognizes the realities of industrial life.”*

The purpose of this type of policy is therefore to ensure that every intervening party to the project, as well as their common insurer, assume together the risks related to the jobsite, so that they are protected from an eventual lawsuit from each other in the event of negligence causing damages to a third party.

By completely separating the regime of civil liability from the one of professional liability, the Court brings in the present case an important attenuation to the long-recognized rule of non-subrogation. In fact, the Court recognizes that if the alleged fault is the subject of an exclusion in the wrap-up insurance policy, the insurer may compensate the third party and then institute proceedings against one of its insureds, unnamed or additional, by specifically alleging the excluded fault. The impact of such differentiation in types of faults may be important for construction contractors who offer both consulting and designing services, as well as execution and performance of work services. Would this mean then that the wrap-up insurer can sue a contractor for its professional liability as the designer of the project (under the exclusion “professional services”), but may not do so for another fault committed by the same contractor, just

sionnels », mais ne pourrait pas le faire pour une faute tout aussi causale reliée à l'exécution des travaux par ailleurs couverte aux termes de la police? Le tribunal semble le croire.

La décision commentée s'inscrit dans le courant jurisprudentiel entrepris par la Cour d'appel dans l'affaire **Axa Assurances inc. c. Valko Électrique inc.** (EYB 2008-151851 (C.A.)). Dans cette affaire, le tribunal a indiqué que le recours d'un assureur chantier à l'encontre d'un sous-traitant, qui était par ailleurs également manufacturier, était recevable. Puisque la faute reprochée à ce sous-traitant était une faute liée au défaut de sécurité du bien et relevant du régime de responsabilité propre au manufacturier, le recours a été permis. Bien que, dans cette affaire, le tribunal ne faisait référence à aucune exclusion contenue dans la police d'assurance chantier, la Cour a tout de même apporté un tempérament à la règle générale de la renonciation à la subrogation en dissociant les différents régimes de responsabilité en cause, soit le régime de responsabilité civile générale et le régime de responsabilité du manufacturier.

Force nous est de constater que de plus en plus de tempéraments et d'exceptions doivent être analysés lorsque nous sommes face à un recours subrogatoire d'un assureur « wrap-up » ou d'un assureur chantier. Aussi croyons-nous que la décision rendue dans la présente affaire met en évidence l'importance pour les entrepreneurs en construction offrant des services variés d'obtenir, en plus de la police d'assurance « wrap-up », une police d'assurance responsabilité professionnelle pour les couvrir advenant un recours subrogatoire de l'assureur « wrap-up » visant leur responsabilité professionnelle.

as causal as the first, but rather related to the execution of work (which is covered under the policy)? The Court seems to believe so.

The decision reached by the Court is in line with the reasoning of the Court of Appeal in **Axa v. Valko Électrique** (EYB 2008-151851 (C.A.)). In this judgment, the Court of appeal indicated that the action taken by the builders' risk insurer against a subcontractor, who was also a manufacturer, was admissible. Since the fault alleged against the subcontractor was related to a security defect, which falls under the regime of the manufacturer's liability, and not to his fault as a subcontractor, the action was allowed. Even though this decision does not refer to any exclusion, the Court of Appeal nevertheless attenuated the general rule of subrogation waiver by separating the different liability regimes at issue, that is to say, the regime of general civil liability and the regime of manufacturer's liability.

One cannot but notice that more and more attenuations and exceptions will need to be studied in cases where there is a subrogatory action instituted by a wrap-up or a builders' risk insurer. Further, we believe the judgment rendered in the present case gives prominence to the importance for contractors who provide various services to obtain, in addition to a wrap-up policy, a professional liability policy, in order to protect them in the event of a subrogatory action brought by a wrap-up insurer targeting their professional liability.

## CONCLUSION

À la lumière de la décision commentée, il devient de plus en plus clair que la renonciation à la subrogation de l'assureur responsabilité civile « wrap-up » n'est plus chose acquise. En effet, il est important de porter attention aux types de fautes alléguées et de déterminer, avant de conclure à l'existence ou non d'un recours subrogatoire, le régime de responsabilité qui est en cause.

\* \* \*

Ce texte a été publié aux Éditions Yvon Blais dans Repères, Janvier 2011, EYB2011REP1014.

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.

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.

\* \* \*

## CONCLUSION

In light of the decision rendered in the present case, it is becoming more and more clear that the subrogation waiver by a wrap-up insurer is no longer a concept that is taken for granted. In fact, it is increasingly important to pay attention to the types of faults alleged, and to determine the liability regime at issue before concluding if a subrogatory claim exists.

The French version of this text has been published by Les Éditions Yvon Blais in Repères, January 2011, EYB2011REP1014.

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.

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.