

A-779-00
2002 FCA 60

A-779-00
2002 CAF 60

Walter A. Conohan and Eastern Marine Underwriters Inc. (Plaintiffs/Appellants)

Walter A. Conohan et Eastern Marine Underwriters Inc. (Demandeurs/appellants)

v.

c.

The Cooperators (Defendant/Respondent)

The Cooperators (Défenderesse/intimée)

INDEXED AS: CONOHAN v. COOPERATORS (THE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CONOHAN c. COOPERATORS (THE) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Evans and Malone J.J.A.—
Montréal, January 23; Ottawa, February 11, 2002.

Cour d'appel, juges Stone, Evans et Malone, J.C.A.—
Montréal, 23 janvier; Ottawa, 11 février 2002.

Maritime Law — Insurance — Appeal from F.C.T.D.'s dismissal of action for damages arising out of collision between Conohan's, another's ships — Owner of other vessel admitted liability, assigned all rights of claim against insurer (respondent) in respect of marine insurance policy — Cl. 16 of rider contained in policy providing insurer would pay insured for loss of third party's vessel as result of collision where insured "liable to pay and shall pay by way of damages" — Trial Judge holding Cl. 16 requiring insured to first pay before could claim indemnification from respondent in respect of liability to appellant — Appeal dismissed — Historical context of collision clause reviewed — Issue resolved by construction of express language of Cl. 16 — According to ordinary meaning of words, clause plainly required payment to be made first to third party as condition precedent to recovery — Language of Cl. 16 too clear to admit application of equitable principles — Respondent complying with "utmost good faith" requirement imposed by Marine Insurance Act, s. 20 — Defences raised bona fide except continued reliance on "drunken or impaired operation of vessel" in face of acquittal on such charges — But latter not motivated by bad faith.

Droit maritime — Assurance — Appel d'une ordonnance de la C.F. 1^{re} inst. rejetant une action en dommages-intérêts intentée par suite d'un abordage entre le bateau de Conohan et celui de quelqu'un d'autre — Le propriétaire de l'autre bateau a fait une admission de responsabilité et cédé tous ses droits de réclamation contre l'assureur (intimée) relativement à une police d'assurance maritime — La clause 16 de l'avenant contenu dans la police prévoyant que l'assureur paierait l'assuré au titre de la perte du bateau d'une tierce partie par suite d'un abordage lorsque cet assuré est «tenu de payer [. . .] sous forme de dommages-intérêts» des sommes ayant trait à cet abordage — Le juge de première instance a conclu que la clause 16 exigeait que l'assuré paie d'abord avant de pouvoir s'adresser à l'intimée pour être indemnisé de sa responsabilité envers l'appellant — Appel rejeté — Examen du contexte historique de la clause d'abordage — Question tranchée par interprétation du libellé explicite de la clause 16 — Selon le sens ordinaire des mots, la clause exige clairement, comme condition préalable au recouvrement, que paiement ait été fait au tiers — Le libellé de la clause 16 est trop clair pour se prêter à l'application des principes d'équité — L'intimée s'est conformée avec l'exigence de «la plus absolue bonne foi» imposée par l'art. 20 de la Loi sur l'assurance maritime — Moyens de défense soulevés de bonne foi sauf que l'engagement contre le «le pilotage du bateau en état d'ébriété ou avec facultés affaiblies» a continué d'être invoqué malgré un acquittement relatif à de telles accusations — Toutefois, insistance non motivée par la mauvaise foi.

Practice — Pleadings — Action for damages arising out of collision between two ships pleading assignment of all claims against respondent insurance company — Statement of defence expressly denying allegations, putting plaintiffs (appellants) to strict proof thereof — Pre-trial conference order specifying issues to be tried — Trial Judge held clause in marine insurance policy rider requiring insured to pay before could claim indemnification from respondent — Federal Court Rules, 1998, r. 258(1) requiring memoranda of

Pratique — Actes de procédure — Action en dommages-intérêts découlant d'une collision entre deux bateaux, invoquant la cession de tous les droits d'action contre la compagnie d'assurance intimée — Défense nie expressément les allégations, exigeant que les demandeurs (appellants) présentent une preuve formelle — Ordonnance découlant de la conférence préparatoire énumère les questions en litige — Le juge de première instance a conclu que la clause de la police d'assurance maritime exige que l'assuré paie d'abord

argument to be filed prior to pre-trial conference — R. 258(3)(d) requiring such memoranda to contain statement of issues to be determined at trial — R. 263(b) requiring participants at pre-trial conference “to address simplification of the issues in the action” — Respondent not explicitly relying on Cl. 16 either in pleading or in pre-trial conference memorandum — But expressly raised in statement of claim, partially answered in statement of defence denial — Pleading in statements of claim, defence put whole of Cl. 16 in issue, including “pay to be paid” requirement, not just claim for coverage — Not improper for Trial Judge to have addressed argument presented by parties notwithstanding not expressly listed in Prothonotary’s order — Appellants not surprised, prejudiced by argument — R. 174 requiring party to plead “concise statement of material facts” on which relies — Respondent sufficiently pleaded facts — Not necessary to state legal result.

This was an appeal from the Trial Division’s dismissal of the appellant’s action against the respondent arising out of a 1996 collision of the *Lady Brittany* with the *Cape Light II*. The appellant Conohan, owner of the *Cape Light II*, commenced an action *in rem* and *in personam* against the *Lady Brittany* and its owner, Gaudet, for the loss of his vessel and loss of revenue. Gaudet executed an admission of liability and confession to judgment in favour of Conohan and his insurer, to which was attached a letter from his insurer’s solicitors in which they maintained that the insurer (the respondent) had no obligation to pay any indemnification unless and until there was a determination of liability against Gaudet and he had made payment in respect thereof. He also assigned to Conohan and his insurers all rights of claim against his insurance company in respect of his marine insurance policy. That policy contained a Fishing Vessel Wording Rider, Clause 16 of which provided that the insurer would pay the insured for loss of a third party’s vessel as a result of collision where the insured in consequence thereof becomes “liable to pay and shall pay by way of damages”. A second action was commenced, which pleaded the assignment, and claimed for replacement of the vessel, loss of salvage value and loss of revenue. In paragraph 2 of the statement of defence, the respondent expressly denied the allegations and put the appellants to the strict proof thereof. Following the close of pleadings, a pre-trial conference was conducted. The parties filed memoranda of argument prior thereto pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, subsection 258(1). The Prothonotary made an order pursuant to rule 265 with respect to conduct of the trial, including a list of specific issues to be

avant de pouvoir s’adresser à l’intimée pour être indemnisé — La règle 258(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) exige le dépôt des mémoires avant la conférence préparatoire — La règle 258(3)d exige que ces mémoires contiennent un exposé des questions à trancher à l’instruction — La règle 263b) exige que les participants à la conférence préparatoire «traite[nt] de la simplification des questions en litige» — L’intimée ne s’est pas expressément fondée sur la clause 16 tant dans ses actes de procédure que dans son mémoire relatif à la conférence préparatoire — Cependant, cette question a été expressément soulevée dans la déclaration et a reçu une réponse partielle par le rejet de l’argument dans la défense — Dans les actes de procédure relatifs à la déclaration, la défense a mis en cause l’intégralité de la clause 16, y compris l’obligation de «payer avant d’être remboursé», et non seulement la réclamation de la protection afférente — Le juge de première instance n’était pas mal venu d’examiner l’argument présenté par les parties même s’il n’était pas expressément énuméré dans l’ordonnance du protonotaire — Les appelants n’ont pas été pris par surprise ni lésés par l’argument — La règle 174 exige qu’une partie fournisse «un exposé concis des faits substantiels» sur lesquels elle se fonde — L’intimée a suffisamment fait valoir les faits — Il n’est pas nécessaire d’indiquer le résultat juridique.

Il s’agit d’un appel du jugement de la Section de première instance rejetant l’action des appelants contre l’intimée intentée par suite d’un abordage survenu en 1996 entre le *Lady Brittany* et le *Cape Light II*. L’appellant, Conohan, propriétaire du *Cape Light II*, a introduit une action réelle et une action personnelle devant la Cour contre le *Lady Brittany* et son propriétaire, Gaudet, au double titre de la perte de son bateau et du manque à gagner. Gaudet a passé une admission de responsabilité et un acquiescement à la demande en faveur de Conohan et de son assureur; à ce document était annexée une lettre rédigée par les avocats de l’intimée dans laquelle ils affirmaient que l’assureur (l’intimée) n’était aucunement tenue d’indemniser à moins que la responsabilité de M. Gaudet ne soit reconnue et qu’il ait fait paiement à cet égard. Gaudet a également cédé à Conohan et à ses assureurs tous ses droits de réclamation contre sa compagnie d’assurance relativement à la police d’assurance maritime. Cette police comportait l’avenant relatif aux bateaux de pêche, dont la clause 16 prévoyait que l’assureur paierait l’assuré au titre de la perte du bateau d’un tiers découlant d’un abordage lorsque cet assuré est [. . .] «tenu de payer [. . .] sous forme de dommages- intérêts» des sommes ayant trait à cet abordage. Une deuxième action a été intentée invoquant la cession et réclamant le remplacement du bateau, la perte de valeur de récupération et le manque à gagner. Au paragraphe 2 de sa défense, l’intimée a nié expressément les allégations et exigé que les appelants présentent une preuve formelle à cet égard. Après la clôture des débats, une conférence préparatoire a eu lieu. Les parties ont déposé des mémoires en conformité avec le paragraphe 258(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

tried. The Trial Judge held that Clause 16 required Gaudet to first pay before he could claim indemnification from the respondent in respect of his liability to the appellant.

The issues were: (1) whether the Trial Judge erred in addressing the Clause 16 “pay to be paid” issue because it was not properly raised by the respondent at trial; and (2) if the issue was properly raised at trial, whether it provided a complete defence to the appellants’ action on the policy.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) *Federal Court Rules, 1998*, paragraph 258(3)(d) requires memoranda of argument filed prior to the pre-trial conference to contain a statement of the issues to be determined at trial. Paragraph 263(b) required participants at a pre-trial conference “to address simplification of the issues in the action”. The respondent did not explicitly rely on Clause 16 either in its pleading or in its pre-trial conference memorandum. However, it was expressly raised in the statement of claim, which was, in part, answered in paragraph 2 of the statement of defence. Moreover, the respondent’s position was well known to the appellants at an early stage, as appeared from the solicitors’ letter which was attached to the admission of liability. The clause as pleaded in the statement of claim and statement of defence put the whole of Clause 16 in issue, not just the appellants’ claim for coverage thereunder, but the “pay to be paid” requirement as well.

It is essential that parties to an action fully comply with a pre-trial conference order made pursuant to rule 265 unless released therefrom by agreement or by the Court. It was not improper for the Trial Judge to have addressed the argument presented by the parties based on Clause 16. Moreover, there can be no serious suggestion that because it was not expressly pleaded or listed in the order of the Prothonotary, the appellants were taken by surprise and thereby prejudiced in their introduction of evidence or otherwise in the prosecution of their claims at trial.

Rule 174 requires a party to plead a “concise statement of the material facts on which the party relies”. The respondent sufficiently pleaded that because Gaudet had not paid anything to Conohan in respect of his liability arising out of

Le protonotaire a rendu une ordonnance conformément à la règle 265 à l’égard de la conduite du procès, y compris une liste des questions en litige précises à trancher. Le juge de première instance a conclu que la clause 16 exigeait que Gaudet paie d’abord avant de pouvoir s’adresser à l’intimée pour être indemnisé de sa responsabilité envers l’appelant.

La Cour doit examiner 1) si le juge de première instance a commis une erreur en examinant la question de l’obligation de «payer avant d’être remboursé» visée à la clause 16 parce qu’elle n’avait pas été dûment soulevée par l’intimée à l’instruction; et 2) si, advenant le cas où elle l’aurait été, elle offrait un moyen de défense complet à l’action des appelants fondée sur la police.

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

1) En vertu de l’alinéa 258(3)d) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, les mémoires déposés avant la conférence préparatoire doivent contenir un exposé des questions à trancher à l’instruction. L’alinéa 263b) exige que les participants à la conférence préparatoire «traite[nt] de la simplification des questions en litige». L’intimée ne s’est pas expressément fondée sur la clause 16 tant dans ses actes de procédure que dans son mémoire relatif à la conférence préparatoire. Toutefois, cette question a été expressément soulevée dans la déclaration et a reçu une réponse partielle au paragraphe 2 de la défense. De plus, il est évident que les appelants, tôt dans cette affaire, connaissaient bien la position de l’intimée, comme l’atteste la lettre des avocats annexée à l’admission de responsabilité. La clause, telle qu’elle a été invoquée dans la déclaration et dans la défense, a mis en cause l’intégralité de la clause 16, et non pas seulement la réclamation par les appelants de la protection afférente, mais aussi l’obligation de «payer avant d’être remboursé».

Il est essentiel que les parties à une action se conforment entièrement à une ordonnance rendue à l’issue d’une conférence préparatoire à l’instruction en vertu de la règle 265, à moins qu’elles n’en soient dispensées par consentement ou par la Cour. Le juge de première instance n’était pas mal venu d’examiner l’argument présenté par les parties et fondé sur la clause 16. Par ailleurs, on ne peut prétendre sérieusement que, parce qu’elle n’a pas été expressément invoquée ou énumérée dans l’ordonnance du protonotaire, les appelants ont été pris par surprise et ont été, par conséquent, lésés dans leur production de la preuve ou, d’une autre manière, dans la poursuite de leurs réclamations au procès.

La règle 174 exige qu’une partie fournisse «un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde». L’intimée a suffisamment fait valoir que, parce que Gaudet n’avait rien payé à l’appelant Conohan pour l’acquiescement de

the collision Gaudet was not, by reason of Clause 16, entitled to be paid anything under the policy. Even if the respondent did not plead the “pay to be paid” requirement of Clause 16, but only the other defences listed in the Prothonotary’s order, this did not prevent the respondent from relying on that requirement. It is sufficient for the pleader to state the material facts; he need not state the legal result.

(2) A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the insured, in the manner and to the extent agreed in the contract. The collision clause in the policy should be seen in its historical setting. At common law, no action could be maintained on a contract of indemnity until the person seeking indemnification had suffered an actual loss. Equity found a way of relieving against the harshness of this rule by requiring the indemnifier to pay the creditor direct or to pay the indemnified person before he had paid the creditor where the insurance contract did not contain an express “pay to be paid” clause. But equity could not override the clearly expressed contractual terms. What was of foremost importance was the express language of Clause 16 itself. Whether Clause 16 sets up a condition precedent to indemnification was essentially a question of construction of the language appearing in the clause. The ordinary meaning of the words employed in the clause plainly required that payment first be made to the third party as a condition precedent to recovery. The language of Clause 16 is too clear to admit the application of equitable principles. Other language in Clause 16 lends support to this conclusion. The use of the disjunctive “or” in the phrase “any sum which the insured may become liable to pay or shall pay” as opposed to the conjunctive “and” in the phrase in issue suggests that by the former phrase a condition precedent to indemnification had first to be satisfied.

Marine Insurance Act, section 20 provides that a contract of marine insurance “is based on the utmost good faith and, if the utmost good faith is not observed by either party, the contract may be avoided by the other party”. The respondent did not lose the protection of the “pay to be paid” requirement by its action in response to the claim and in the conduct of its defence. The defences raised were *bona fide* and not with a view to delay or refuse to pay a valid claim in any event, except the respondent’s continued reliance on the Clause 27 warranty against “drunken or impaired operation of the vessel” despite the fact that Gaudet had been found not guilty of such an offence under the *Criminal Code*. This insistence, however, was not motivated by bad faith such as to foreclose

sa responsabilité découlant de l’abordage, il n’avait pas le droit, en raison de la clause 16, d’être payé en vertu de la police. Même si l’intimée n’a pas invoqué l’obligation de «payer avant d’être remboursé» que prévoit la clause 16, mais uniquement les autres moyens de défense énumérés dans l’ordonnance du protonotaire, cela ne l’empêche pas d’invoquer cette obligation. Il suffit que le plaideur énonce les faits importants; il n’est pas nécessaire qu’il indique le résultat juridique.

2) Un contrat d’assurance maritime est un contrat dans le cadre duquel l’assureur s’engage à indemniser l’assuré, de la manière et dans la mesure convenue dans le contrat. Il y a donc tout lieu de replacer dans son contexte historique la clause d’abordage que stipule la police. En common law, une action ne pouvait être fondée sur un contrat d’indemnisation que si la personne qui cherchait à se faire indemniser avait effectivement subi une perte. L’*equity* a trouvé un moyen d’atténuer la rigueur de cette règle en exigeant que la partie indemnificatrice paie directement le créancier ou paie la personne indemnisée avant qu’elle ait payé le créancier lorsque le contrat d’assurance ne contenait aucune clause expresse relative à l’obligation de «payer avant d’être remboursé». Cependant, l’*equity* ne pouvait déroger à l’accord contractuel clairement exprimé. Ce qui importait le plus était le libellé explicite même de la clause 16. La question de savoir si la clause 16 énonce une condition préalable à l’indemnisation constituait essentiellement une question d’interprétation du libellé de la clause. Le sens ordinaire des mots employés dans la clause exigeait clairement, comme condition préalable au recouvrement, que paiement fût fait d’abord au tiers. Le libellé de la clause 16 est bien trop clair pour se prêter à l’application des principes d’*equity*. D’autres mots de la clause 16 étayaient cette conclusion. L’emploi de la conjonction disjunctive «or» dans la phrase: «any sum which the insured may become liable to pay or shall pay» par opposition à la conjonction de coordination «and» dans le membre de phrase en cause laisse entendre que la première formulation impose une condition préalable qui doit être satisfaite avant l’indemnisation.

En vertu de l’article 20 de la *Loi sur l’assurance maritime*, un contrat d’assurance maritime «est fondé sur la plus absolue bonne foi et si celle-ci n’est pas observée par l’une des parties, l’autre peut annuler le contrat». L’intimée n’a pas perdu la protection de l’obligation de «payer avant d’être remboursé» par les mesures qu’elle a prises en réponse à la réclamation et dans la conduite de sa défense. Les moyens de défense soulevés ont été opposés de bonne foi et non dans le but de retarder ou de refuser de payer une réclamation valable de toute façon, sauf que l’intimée a continué à invoquer l’engagement de la clause 27 contre «le pilotage du bateau en état d’ébriété ou avec facultés affaiblies», même si Gaudet avait été reconnu non coupable d’une telle infraction sous le

the respondent from relying on the “pay to be paid” condition. The Trial Judge carefully considered these defences and did not suggest that the respondent was motivated by bad faith.

régime du *Code criminel*. Toutefois, cette insistance n’était pas motivée par une mauvaise foi telle qu’elle aurait préclus l’intimée d’invoquer l’obligation de «payer avant d’être remboursé». Le juge de première instance a soigneusement examiné ces moyens de défense et il n’a affirmé d’aucune manière que l’intimée était animée dans sa défense par la mauvaise foi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Collision Regulations, C.R.C., c. 1416, s. 5 (as enacted by SOR/90-702, s. 3).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 174, 258(1),(3)(d), 263(b), 265.
Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, ss. 6(1), 20, 34, 53(2).
Third Parties (Rights Against Insurers) Act, 1930 (U.K.), 20 & 21 Geo. V, c. 25, s. 1(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association, [1991] 2 A.C. 1 (H.L.); *Vandervell’s Trusts (No. 2), In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.); *Goole & Hull Steam Towing Co. v. Ocean Marine Insurance Co.* (1927), 29 Ll.L.Rep. 242 (K.B.).

DISTINGUISHED:

Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagan, [1997] A.C. 313 (H.L.); *Thomas W. Hooley & Sons v. Zurich General Accident & Liability Insurance Co.*, 103 So. 2d 449 (La. 1958); *Emile M. Babst Company, Inc. v. Nichols Construction Corporation, et al.*, 488 So.2d 699 (La. Ct. App. 1986).

CONSIDERED:

Richardson, In re. Ex parte St. Thomas’s Hospital (Governors of), [1911] 2 K.B. 705 (C.A.); *“Italia Express” (No. 2), The*, [1992] 2 Lloyd’s Rep. 281 (Q.B.); *Raiffeisen Zentralbank Österreich A.G. v. Five Star Trading L.L.C. and Others (The “Mount I”)* [2001] EWCA Civ 68, [2001] 1 Lloyd’s Rep. 597 (C.A.); *“Mercandian Continent”, The*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 357 (Q.B.).

REFERRED TO:

Wood v. Grand Valley Railway Co. et al. (1915), 52 S.C.R. 283; 22 D.L.R. 614; *Penvidic Contracting Co. Ltd.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 59).
Loi sur l’assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 6(1), 20, 34, 53(2).
Règlement sur les abordages, C.R.C., ch. 1416, art. 5, (édicte par DORS/90-702, art. 3).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 174, 258(1),(3)(d), 263b), 265.
Third Parties (Rights Against Insurers) Act, 1930 (R.-U.), 20 & 21 Geo. V, ch. 25, art. 1(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association, [1991] 2 A.C. 1 (H.L.); *Vandervell’s Trusts (No. 2), In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.); *Goole & Hull Steam Towing Co. v. Ocean Marine Insurance Co.* (1927), 29 Ll.L.Rep. 242 (K.B.).

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagan, [1997] A.C. 313 (H.L.); *Thomas W. Hooley & Sons v. Zurich General Accident & Liability Insurance Co.*, 103 So. 2d 449 (La. 1958); *Emile M. Babst Company, Inc. v. Nichols Construction Corporation, et al.*, 488 So.2d 699 (La. Ct. App. 1986).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Richardson, In re. Ex parte St. Thomas’s Hospital (Governors of), [1911] 2 K.B. 705 (C.A.); *“Italia Express” (No. 2), The*, [1992] 2 Lloyd’s Rep. 281 (Q.B.); *Raiffeisen Zentralbank Österreich A.G. v. Five Star Trading L.L.C. and Others (The “Mount I”)* [2001] EWCA Civ 68, [2001] 1 Lloyd’s Rep. 597 (C.A.); *“Mercandian Continent”, The*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 357 (Q.B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Wood v. Grand Valley Railway Co. et al. (1915), 52 R.C.S. 283; 22 D.L.R. 614; *Penvidic Contracting Co. Ltd.*

v. International Nickel Co. of Canada Ltd., [1976] 1 S.C.R. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Harbour Inn Seafoods Ltd v Switzerland General Insurance Co Ltd*, [1990] 2 NZLR 381 (H.C.); *384238 Ontario Limited v. The Queen in right of Canada*, [1984] 1 F.C. 661; (1983), 8 D.L.R. (4th) 676; [1984] CTC 523; 84 DTC 6101; 52 N.R. 206 (C.A.); *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W.T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54; (1985), 67 N.S.R. (2d) 163; 16 D.L.R. (4th) 161; 57 N.R. 81; *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd. v. Gibbs & Anor*, [2001] W.A.S.C.A. 271 (S.C.W. Aust.); *Collinge v. Heywood* (1839), 9 Ad. & E. 633; 112 E.R. 1352 (K.B.); *County & District Properties Ltd. v. C. Jenner & Son Ltd. and Others*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 728 (Q.B.); *Total Liban S.A.L. v. Vitol Energy S.A.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 700 (Q.B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Youell* (1993), 95 B.C.L.R. (2d) 130 (C.A.).

AUTHORS CITED

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman, Vol. II, Stevens and Sons, 1981.

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Michael J. Mustill and Jonathan C.B. Gilman, Vol. 3, Stevens and Sons, 1997.

Hazelwood, S. P & I Clubs: *Law and Practice*, 3rd ed. London: Lloyd's, 2000.

Hurd, H. *The Law and Practice of Marine Insurance*, 2nd ed. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1952.

Parks, Alex Leon: *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, looseleaf ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 2000.

APPEAL from Trial Division's dismissal of the appellant's action for damages arising out of a collision between two ships on the ground that Clause 16 of a rider to the marine insurance policy required the insured to first pay before he could claim indemnification from the respondent in respect of his liability to the appellant (*Conohan v. Cooperators*, [2001] 2 F.C. 238; (2000), 197 F.T.R. 239 (T.D.)). Appeal dismissed.

c. International Nickel Co. of Canada Ltd., [1976] 1 R.C.S. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 29 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.); *Harbour Inn Seafoods Ltd v Switzerland General Insurance Co Ltd*, [1990] 2 NZLR 381 (H.C.); *384238 Ontario Limited c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 1 C.F. 661; (1983), 8 D.L.R. (4th) 676; [1984] CTC 523; 84 DTC 6101; 52 N.R. 206 (C.A.); *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W.T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54; (1985), 67 N.S.R. (2d) 163; 16 D.L.R. (4th) 161; 57 N.R. 81; *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd. v. Gibbs & Anor*, [2001] W.A.S.C.A. 271 (S.C.W. Aust.); *Collinge v. Heywood* (1839), 9 Ad. & E. 633; 112 E.R. 1352 (K.B.); *County & District Properties Ltd. v. C. Jenner & Son Ltd. and Others*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 728 (Q.B.); *Total Liban S.A.L. v. Vitol Energy S.A.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 700 (Q.B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Youell* (1993), 95 B.C.L.R. (2d) 130 (C.A.).

DOCTRINE

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Michael J. Mustill and Jonathan C. B. Gilman, Vol. II, Stevens and Sons, 1981.

Arnould, Sir Joseph. *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Michael J. Mustill and Jonathan C.B. Gilman, Vol. 3, Stevens and Sons, 1997.

Hazelwood, S. P & I Clubs: *Law and Practice*, 3rd ed. London: Lloyd's, 2000.

Hurd, H. *The Law and Practice of Marine Insurance*, 2nd ed. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1952.

Parks, Alex Leon: *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, looseleaf ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 2000.

APPEL du jugement de la Section de première instance rejetant l'action en dommages-intérêts intentée par les appelants par suite d'un abordage survenu entre deux bateaux au motif que la clause 16 d'un avenant à la police d'assurance maritime exigeait que l'assuré paie d'abord avant de pouvoir s'adresser à l'intimée pour être indemnisé de sa responsabilité envers l'appellant (*Conohan c. Cooperators*, [2001] 2 C.F. 238; (2000), 197 F.T.R. 239 (1^{re} inst.)). Appel rejeté.

APPEARANCES:

David F. H. Marler for plaintiffs/appellants.
D. Spencer Campbell for defendant/respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Marler & Associates, Montréal, for plaintiffs/
 appellants.
Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown,
 for defendant/respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered
 in English by*

[1] STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division dated November 28, 2000 [[2001] 2 F.C. 238], dismissing the appellants' action against the respondent arising out of a collision of the M.V. *Lady Brittany* with the M.V. *Cape Light II*, in the offshore waters of eastern Prince Edward Island on September 21, 1996. At all material times the M.V. *Cape Light II* was owned by the appellant Conohan. At the time of the collision the M.V. *Lady Brittany* and its owner Peter K. Gaudet were insured under a policy of marine insurance issued by the respondent, which policy contained the Fishing Vessel Wording rider. The appellants claim that in the circumstances described below they are entitled to be indemnified under the policy for the losses sustained as a result of the collision.

BACKGROUND

[2] In April 1997, the appellant Conohan launched an action *in rem* and *in personam* in this Court against the M.V. *Lady Brittany* and its owner Gaudet for the loss of his vessel and for loss of revenue. Less than five months later, Gaudet executed an "Admission of Liability, Confession to Judgment and Assignment of Rights" in favour of the appellant Conohan and his insurer. By that document, Gaudet admitted that he had no defence in the action and that the collision had "resulted exclusively from my errors in navigation" and "my failure to keep an adequate lookout". Gaudet referred to and attached to the document a letter dated May 6, 1997, from the respondent's solicitors in which they maintained that "unless and until there is some determination of liability against Mr. Gaudet and Mr.

ONT COMPARU:

David F. H. Marler pour les demandeurs/appellants.
D. Spencer Campbell pour la défenderesse/intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Marler & Associates, Montréal, pour les
 demandeurs/appellants.
Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown,
 pour la défenderesse/intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du
 jugement rendus par*

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une ordonnance de la Section de première instance en date du 28 novembre 2000 [[2001] 2 C.F. 238] rejetant l'action des appelants contre l'intimée intentée par suite d'un abordage survenu le 21 septembre 1996 entre le MS *Lady Brittany* et le MS *Cape Light II* au large de la côte est de l'Île-du-Prince-Édouard. À toutes les époques pertinentes, le MS *Cape Light II* appartenait à l'appelant Conohan. Au moment de l'abordage, le MS *Lady Brittany* et son propriétaire Peter K. Gaudet étaient assurés par une police d'assurance maritime établie par l'intimée, laquelle police comportait l'avenant relatif aux bateaux de pêche. Les appelants prétendent que les circonstances décrites ci-après leur donnent le droit, sous le régime de la police, d'être indemnisés des pertes subies par suite de l'abordage.

HISTORIQUE

[2] En avril 1997, l'appelant Conohan a introduit une action réelle et une action personnelle devant la Cour contre le MS *Lady Brittany* et son propriétaire Gaudet au double titre de la perte de son bateau et du manque à gagner. Moins de cinq mois plus tard, Gaudet a passé une «Admission de responsabilité, acquiescement à la demande et cession des droits d'action» en faveur de l'appelant Conohan et de son assureur. Il reconnaissait par ce document qu'il ne pouvait opposer aucun moyen de défense à l'action et que l'abordage [TRADUCTION] «résultait exclusivement de mes erreurs de navigation» et de [TRADUCTION] «ma négligence à assurer une surveillance appropriée». Il a mentionné dans ce document et y a annexé une lettre du 6 mai 1997 rédigée par les avocats de l'intimée dans laquelle ils affirmaient

Gaudet has made payment in respect of such liability, there is no obligation upon our client to provide any indemnification in respect of Mr. Gaudet, let alone any obligation or duty to defend the threatened proceedings by the insurer of Mr. Conohan's vessel". Gaudet also agreed "to assign to the Plaintiff and his insurers as their interests may be, all my rights of claim and action against The Co-Operators in respect of my policy of insurance", which assignment was accepted by the appellant Conohan. Later, on September 24, 1997, the assignment was accepted by his insurer, the appellant Eastern Marine Underwriters Inc.

[3] The action in which the order under appeal was made was commenced by the appellants on this latter date. The assignment was pleaded in the statement of claim. No issue arises with respect to the effect of the assignment or that the appellants, in virtue of the assignment, stand in the shoes of Gaudet in connection with their claim under the insurance policy.

[4] The appellants averred in the statement of claim that as a result of the collision the appellant Conohan suffered damages from the total loss of the M.V. *Cape Light II* in the sum of \$66,155.80 for replacement of the vessel, loss of its salvage value and the sum of \$40,000 in loss of revenue. Paragraphs 9 and 10 of the statement of claim read:

9. In virtue of the said policy of insurance, and in particular clause 16 of the Fishing Vessel Wording conditions thereof, the defendant was obligated to indemnify Gaudet for such sums as he would need to pay as a result of his liability for the damages of any person resulting from a collision, including physical loss or damage to the vessel collided with and property thereon, and delay to or loss of such vessel or property;

10. Although duly called upon to do so, defendant refused to indemnify Gaudet and now refuses to indemnify the plaintiffs under the assignment.

[5] A number of defences were raised by the respondent in its statement of defence based upon alleged alcoholic impairment or drunkenness of Gaudet

ceci: [TRADUCTION] «à moins que la responsabilité de M. Gaudet ne soit reconnue et qu'il ait fait paiement à cet égard, notre cliente n'est aucunement tenue d'indemniser M. Gaudet, et n'a encore moins l'obligation ou le devoir d'opposer une défense à l'action que menace d'introduire l'assureur du bateau de M. Conohan». Gaudet a également accepté [TRADUCTION] «de céder au demandeur et à ses assureurs, dans la mesure de leurs intérêts, tous les droits de réclamation et d'action contre The Co-Operators que me confère ma police d'assurance». La cession a été acceptée par l'appellant Conohan. Subséquemment, soit le 24 septembre 1997, la cession a été acceptée par son assureur, l'appelante Eastern Marine Underwriters Inc.

[3] À cette dernière date, les appelants ont introduit l'action dans laquelle a été rendue l'ordonnance ici attaquée. La cession a été invoquée dans la déclaration. Aucune question ne se pose quant à l'effet de la cession ou à la subrogation des appelants, en raison de la cession, dans les droits de Gaudet pour ce qui est de leur réclamation formée en vertu de la police d'assurance.

[4] Les appelants affirment dans la déclaration que, par suite de l'abordage, l'appellant Conohan a subi des dommages découlant de la perte totale du MS *Cape Light II* évalués à 66 155,80 \$ pour le remplacement du bateau et de la perte de sa valeur de récupération, en sus de la somme de 40 000 \$ pour manque à gagner. Voici le texte des paragraphes 9 et 10 de la déclaration:

[TRADUCTION] 9. En vertu de la police d'assurance, et en particulier de sa clause 16 portant sur les conditions relatives à l'avenant relatif aux bateaux de pêche, la défenderesse était tenue d'indemniser Gaudet des sommes qu'il aurait l'obligation de payer en raison de sa responsabilité au titre des dommages causés à toute personne par suite d'un abordage, y compris la perte du bateau abordé et de biens à bord de ce bateau ou des dommages matériels causés au bateau et aux biens à bord, et du retard ou de la perte de ce bateau ou de ces biens.

10. Bien qu'elle ait été dûment sommée de le faire, la défenderesse a refusé d'indemniser Gaudet et refuse maintenant d'indemniser les demandeurs du fait de la cession.

[5] Dans sa défense, l'intimée a opposé des moyens fondés à la fois sur le prétendu état d'ébriété ou d'ivresse de Gaudet au moment de l'abordage et sur la

at the time of the collision and breach by Gaudet of warranties contained in the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22 and in the policy itself. All of these defences failed, and none is directly relevant to the present appeal. In paragraph 2 of its statement of defence the respondent expressly denied the allegations contained in paragraphs 9 and 10 of the statement of claim and put the appellants “to the strict proof thereof”.

[6] Following the close of the pleadings, in June and July 1999, a pre-trial conference was conducted by the Prothonotary at Montréal. To that end, the parties filed memoranda of argument as required by subsection 258(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. The Prothonotary made an order pursuant to rule 265 on July 9, 1999, with respect to the conduct of the trial. Paragraph 3 of that order includes a listing of the following “specific legal issues to be tried”:

3. The specific legal issues to be tried are as follows:

1. Does the *Marine Insurance Act* apply to the facts of this case?
2. If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, did Mr. Gaudet operate the “Lady Brittany” in a lawful manner within the context of section 34 of the Act?
3. If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, was the loss suffered by Mr. Conohan attributable to the “wilful misconduct” of Mr. Gaudet, within the context of section 53(2) of the Act?
4. If the *Marine Insurance Act* applies and the answers to questions 2 and 3 are in the affirmative, is the Defendant required to indemnify Mr. Gaudet and/or the Plaintiffs?
5. Did Mr. Gaudet violate section 27 of the policy of insurance?
6. If Mr. Gaudet violated section 27 of the policy of insurance, is the Defendant required to indemnify Mr. Gaudet and/or the Plaintiffs?
7. If the Defendant is required to indemnify Mr. Gaudet and/or the Plaintiffs, what is the quantum of damages suffered?

[7] At trial, O’Keefe J. agreed that the *Marine Insurance Act* applied to the facts of the case. He concluded, however, that section 34 of that statute

violation par lui des garanties contenues tant dans la *Loi sur l’assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, que dans la police elle-même. Tous ces moyens de défense ont échoué, et aucun n’est directement pertinent quant au présent appel. Au paragraphe 2 de sa défense, l’intimée, ayant nié expressément les allégations contenues aux paragraphes 9 et 10 de la déclaration, a exigé que les appelants [TRADUCTION] «présentent une preuve formelle à cet égard».

[6] Après la clôture des débats, en juin et en juillet 1999, une conférence préparatoire a été présidée par le protonotaire à Montréal. À cette fin, les parties ont déposé des mémoires en conformité avec le paragraphe 258(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. Le 9 juillet 1999, le protonotaire a rendu une ordonnance conformément à la règle 265 à l’égard de la conduite du procès. Le paragraphe 3 de cette ordonnance énumère les «questions en litige précises» que voici:

3. Les questions en litige précises sont les suivantes:

1. La *Loi sur l’assurance maritime* s’applique-t-elle aux faits de l’espèce?
2. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, Gaudet pilotait-il le «Lady Brittany» d’une manière licite dans le contexte de l’article 34 de la Loi?
3. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, les pertes subies par Conohan sont-elles attribuables à «l’inconduite délibérée» de Gaudet dans le contexte du paragraphe 53(2) de la Loi?
4. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique et que les réponses aux questions 2 et 3 sont affirmatives, la défenderesse est-elle tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?
5. Gaudet a-t-il enfreint la clause 27 de la police d’assurance?
6. Si Gaudet a enfreint la clause 27 de la police d’assurance, la défenderesse est-elle tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?
7. Si la défenderesse est tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous, quel est le montant des dommages subis?

[7] Au procès, le juge O’Keefe a reconnu que la *Loi sur l’assurance maritime* s’appliquait aux faits de l’espèce, mais a conclu que ne s’appliquait pas

creating an implied warranty that the “marine adventure . . . will be carried out in a lawful manner”, did not apply. O’Keefe J. determined as well that there was no indication of “any wilful misconduct” on the part of Gaudet and, accordingly, that the loss was not excluded by subsection 53(2) of the *Marine Insurance Act*. Nor in his view did the warranty against “drunken or impaired operation of the vessel” contained in Clause 27 of the policy have any application on the facts as found by him. O’Keefe J. accepted that the sum of \$66,155.80, agreed upon by the parties, represented the total loss of the M.V. *Cape Light II*, but held that the claim for loss of revenue had not been established on the evidence. He dismissed the appellants’ claim for punitive or exemplary damages.

[8] O’Keefe J. next addressed the respondent’s argument at trial that the respondent was not obliged to indemnify Gaudet under the policy in respect of liability arising out of the collision because Gaudet had failed to comply with the so-called “pay to be paid” requirement in Clause 16 of the Fishing Vessel Wording rider. That clause reads:

16. 4/4ths Collision Liability

It is further agreed that if the vessel hereby insured shall come into collision with any other vessel and the insured shall in consequences thereof become liable to pay and shall pay by way of damages to any other person or persons any sum or sums in respect of such collision for:

- a. loss of or damage to any other vessel or property on any other vessel;
- b. delay to or loss of use of any such other vessel or property therein; or
- c. general average of, salvage of, or salvage under contract of, any other vessel or property thereon.

The insurer will pay the insured such sums so paid provided always that their liability in respect of any one such collision shall not exceed the value of the vessel hereby insured, and in cases in which, with the prior consent in writing of the insurer, the liability of the vessel has been contested or proceedings have been taken to limit liability, they will also pay the costs which the insured shall thereby incur or be compelled to pay; but when both vessels are to blame, then, unless the liability

l’article 34 de cette Loi créant l’engagement implicite que «l’opération sera exécutée conformément à la loi». Il a aussi décidé que rien ne permettait de croire à l’existence d’une «inconduite délibérée» de la part de Gaudet et que la perte n’était donc pas exclue du fait de l’application du paragraphe 53(2) de la *Loi sur l’assurance maritime*. À son avis, l’engagement contre «le pilotage en état d’ébriété ou avec facultés affaiblies» que prévoit la clause 27 de la police ne s’appliquait pas non plus aux faits de l’espèce par lui établis. Il a accepté que la somme de 66 155,80 \$, convenue par les parties, représentait la perte totale du MS *Cape Light II*, mais a conclu que la preuve n’avait pas établi le bien-fondé de la réclamation pour manque à gagner. Il a rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires présentée par les appelants.

[8] Le juge O’Keefe a ensuite abordé l’argument avancé au procès par l’intimée et selon lequel elle n’était pas tenue d’indemniser Gaudet en vertu de la police en raison de la responsabilité découlant de l’abordage parce que celui-ci ne s’était pas conformé à la soi-disant obligation de [TRADUCTION] «payer avant d’être remboursé» prévue à la clause 16 de l’avenant relatif aux bateaux de pêche. Voici ce que cette clause prévoit:

[TRADUCTION] 16. Indemnisation entière pour responsabilité en cas d’abordage

Il est de plus entendu que si le bateau assuré par les présentes aborde un autre bateau et que l’assuré est en conséquence tenu de payer à une ou plusieurs autres personnes, sous forme de dommages-intérêts, des sommes ayant trait à cet abordage en raison de ce qui suit:

- a. perte de tout autre bateau ou de biens à bord de ce bateau ou dommages causés au bateau ou aux biens;
- b. retard ou perte d’usage de tout autre bateau ou des biens à bord; ou
- c. avarie commune, sauvetage ou sauvetage prévu par contrat de tout autre bateau ou des biens se trouvant à bord,

l’assureur remboursera à l’assuré les sommes ainsi payées pourvu cependant que la responsabilité relativement à l’abordage n’excède pas la valeur du bateau assuré par les présentes, et dans les cas où, moyennant le consentement préalable écrit de l’assureur, la responsabilité du bateau a été contestée ou que des mesures ont été prises pour limiter la responsabilité, il paiera également les frais que l’assuré engagera ou sera contraint de payer; cependant, dans les cas

of the owners of one or both of such vessels becomes limited by law, claims under this clause shall be settled on the principle of cross-liabilities as if the owners of each vessel had been compelled to pay to the owners of the other such vessels such one-half or other proportion of the latter's damages as may have been properly allowed in ascertaining the balance or sum payable by or to the insured in consequence of such collision.

Provided always that this clause shall in no case extend or be deemed to extend to any sum which the insured may become liable to pay or shall pay for in respect of;

- a. removal or disposal, under statutory powers or otherwise, of construction, wrecks, cargoes or any other thing whatsoever;
- b. any real or personal property or thing whatsoever except other vessels or property on other vessels;
- c. pollution or contamination of any real or personal property or thing whatsoever (except other vessels with which the insured vessel is in collision or property on such other vessels);
- d. the cargo or other property on or the engagements of the insured vessel;
- e. loss of life, personal injury or illness.

O'Keefe J. concluded that Clause 16 required Gaudet to first pay before he could claim indemnification from the respondent in respect of his liability to the appellant Conohan. He rested this conclusion on the decision of the House of Lords in *Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association*, [1991] 2 A.C. 1.

[9] The appellants assert two discrete errors with respect to O'Keefe J.'s conclusion that non-compliance with Clause 16 discharged the respondent from liability under the policy. First, that he erred in addressing the Clause 16 "pay to be paid" issue at all because it was not properly raised by the respondent at trial. Second, that even if the issue was properly raised at trial, O'Keefe J. erred in determining that non-adherence to the clause constituted a defence to a third party liability claim under the policy. Two additional issues were raised by the appellants. They assert that O'Keefe J. erred in finding that the appellant Conohan's loss of

où les deux bateaux ont contribué à l'abordage, alors, à moins que la responsabilité des propriétaires de l'un ou l'autre des bateaux ou des deux ne soit limitée par la loi, les demandes de règlement en vertu de la présente clause seront réglées selon le principe des recours entre coassurés comme si les propriétaires de chaque bateau avaient été obligés de payer aux propriétaires de l'autre bateau la moitié ou toute autre proportion des dommages causés à ceux-ci et autorisés à bon droit contre vérification du solde ou de la somme payable par l'assuré ou à celui-ci du fait de cet abordage.

Il est entendu également que la présente clause ne peut en aucun cas couvrir ni être réputée couvrir toute somme que l'assuré peut être tenu de payer relativement à ce qui suit:

- a. l'enlèvement ou la destruction, en vertu de pouvoirs prévus par la loi ou autrement, de tout obstacle, épave, chargement ou autre objet, quel qu'il soit;
- b. tout bien réel ou personnel quel qu'il soit, à l'exception des bateaux ou des biens se trouvant à leur bord;
- c. la pollution ou la contamination de biens réels ou personnels, quels qu'ils soient (à l'exception des autres bateaux abordés par le bateau assuré ou des biens se trouvant à leur bord);
- d. la cargaison ou d'autres biens à bord ou les engagements du bateau assuré;
- e. le décès, le préjudice corporel ou la maladie.

Le juge O'Keefe a conclu que la clause 16 exigeait que Gaudet paie d'abord avant de pouvoir s'adresser à l'intimée pour être indemnisé de sa responsabilité envers l'appelant Conohan. Il fondait cette conclusion sur la décision rendue par la Chambre des lords dans *Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association*, [1991] 2 A.C. 1.

[9] Les appelants font valoir que la conclusion du juge O'Keefe selon laquelle l'inobservation de la clause 16 libérait l'intimée de toute responsabilité sous le régime de la police était entachée de deux erreurs distinctes. D'abord, il a commis une erreur ne fût-ce qu'en examinant la question de l'obligation de «payer avant d'être remboursé» de la clause 16 parce qu'elle n'avait pas été dûment soulevée à l'instruction par l'intimée. Ensuite, même si cette question avait été dûment soulevée à l'instruction, le juge O'Keefe a commis une erreur en concluant que l'inobservation de la clause constituait un moyen de défense à la réclamation

revenue claim had not been proved. In their submission where, as here, liability has been admitted, O’Keefe J. erred in not assessing the damages and that he ought to have done so as best he could on the evidence adduced even if the amount thereof was a matter of guesswork: *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.* (1915), 51 S.C.R. 283; *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267; *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129 (C.A.). See also S. Waddams, *The Law of Damages*, looseleaf ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 2000, at pages 5-40 to 5-43, 13-2 to 13-4. They argue as well that the respondent should have been condemned in exemplary or punitive damages or in solicitor-and-client costs in order that the respondent be penalized for refusing the claim under the policy and insisting that the “pay to be paid” requirement be complied with when the respondent well knew that Gaudet was not financially able to do so.

[10] The respondent supports the judgment below but argues that the appeal be dismissed for the additional reason that Gaudet’s conduct before and at the time of the collision was in breach of the implied warranty contained in section 34 of the *Marine Insurance Act* that a marine adventure be “carried out in a lawful manner”. According to the respondent, Gaudet was not operating the M.V. *Lady Brittany* in a “lawful manner” within the meaning of that section in that at the time of the collision Gaudet had such a concentration of spirits in his blood as exceeded “eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood” contrary to paragraph 253(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and in any event that he failed to keep a proper look-out contrary to section 5 (as enacted by SOR/90-702, s. 3] of the *Collision Regulations*, C.R.C., c. 1416. The decision of the High Court of New Zealand in *Harbour Inn Seafoods Ltd v Switzerland General Insurance Co Ltd*, [1990] 2 NZLR 381 is relied on in support of the second

relative à la responsabilité civile en vertu de la police. Les appelants ont soulevé deux autres questions. Ils soutiennent que le juge O’Keefe a commis une erreur en concluant que la preuve de la demande pour manque à gagner de l’appelant Conohan n’avait pas été établie. Selon eux, puisque, comme en l’espèce, la responsabilité a été reconnue, le juge O’Keefe a commis une erreur en n’évaluant pas les dommages-intérêts et aurait dû les évaluer le mieux qu’il pût en se fondant sur la preuve produite, même si le montant en cause était affaire de conjecture: *Wood v. Grand Valley Railway Co. et al.* (1915), 51 R.C.S. 283; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267; *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129 (C.A.). Voir également S. Waddams, *The Law of Damages* (édition à feuilles mobiles, Toronto: Canada Law Book Inc., 2000), aux pages 5-40 à 5-43 et 13-2 à 13-4. Ils prétendent également que l’intimée aurait dû être condamnée à des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs ou au paiement des dépens sur la base procureur-client à titre de pénalité pour avoir rejeté la réclamation en vertu de la police et insisté sur le respect de l’obligation selon laquelle Gaudet devait «payer avant d’être remboursé», alors qu’elle savait très bien qu’il n’en avait pas les moyens.

[10] Tout en appuyant le jugement de première instance, l’intimée prétend que l’appel devrait être rejeté pour le motif supplémentaire que la conduite de Gaudet avant l’abordage et au moment de celui-ci violait l’engagement implicite que prévoit l’article 34 de la *Loi sur l’assurance maritime* et selon lequel l’opération maritime «sera exécutée conformément à la loi». Selon l’intimée, Gaudet ne pilotait pas le MS *Lady Brittany* «conformément à la loi» au sens de cet article puisque, au moment de l’abordage, son alcoolémie dépassait «quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang», en violation de l’alinéa 253b) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 59] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et qu’il avait négligé de toute façon d’assurer une veille appropriée en contravention de l’article 5 [édicte par DORS/90-702, art. 3] du *Règlement sur les abordages*, C.R.C., ch. 1416. Le second volet de cet argument prend appui sur la décision rendue par la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande dans *Harbour Inn Seafoods Ltd v*

aspect of this argument. It will not be necessary to consider these arguments.

ANALYSIS

[11] The issues surrounding the application of Clause 16 should first be considered. They are whether the “pay to be paid” issue was properly raised at trial and, if it was, whether it affords a complete defence to the appellants’ action on the policy.

The procedural issue

[12] It will be convenient to first address the appellants’ procedural objection. As the appellants maintain, by subsection 258(1) of the Rules the parties were required to file memoranda of argument prior to the pre-trial conference. Indeed, by paragraph 258(3)(d) such memoranda had to contain “a statement of the issues to be determined at trial”. In addition, paragraph 263(b) requires participants at a pre-trial conference “to address . . . simplification of the issues in the action”. As has been seen, in his order of July 9, 1999, the Prothonotary listed the issues as set forth in the respondent’s pre-trial conference memorandum filed May 27, 1999. In their pre-trial conference memorandum dated May 31, 1999, the appellants described the issues in more general terms, as “whether the Defendant is required to indemnify its insured . . . and to satisfy the claims made by the Plaintiffs”.

[13] The respondent did not explicitly rely on Clause 16 either in its pleading or in its pre-trial conference memorandum. However, as has been noted, it was expressly raised in paragraph 9 of the statement of claim which was, in part, answered in paragraph 2 of the statement of defence. It is clear that paragraph 2, while not expressly referring to the “pay to be paid” requirement of Clause 16, effectively raised that requirement as a defence by denying the plea contained in paragraph 9 of the statement of claim. Moreover, it is apparent that the respondent’s position was well known to the appellants at an early stage, as appears from the

Switzerland General Insurance Co Ltd, [1990] 2 NZLR 381. Il ne sera pas nécessaire d’examiner ces arguments.

ANALYSE

[11] Il conviendrait d’examiner en premier lieu les questions touchant l’application de la clause 16. Il s’agit de savoir si la question relative à l’obligation de «payer avant d’être remboursé» a été dûment soulevée à l’instruction et, le cas échéant, si elle constitue un moyen de défense complet à l’action des appelants fondée sur la police.

La question de procédure

[12] Il sera à propos d’examiner d’abord l’objection de procédure qu’ont soulevée les appelants. Comme ils le soutiennent, d’après le paragraphe 258(1) des Règles, les parties étaient tenues de déposer leurs mémoires avant la conférence préparatoire. En effet, selon l’alinéa 258(3)d des Règles, ces mémoires devaient contenir «un exposé des questions à trancher à l’instruction». En outre, le paragraphe 263b exige que les participants à la conférence préparatoire «traite[nt] de [. . .] la simplification des questions en litige». Comme on l’a vu, le protonotaire a énuméré dans son ordonnance du 9 juillet 1999 les questions en litige telles qu’elles figuraient dans le mémoire relatif à la conférence préparatoire que l’intimée a déposé le 27 mai 1999. Dans leur mémoire relatif à la conférence préparatoire daté du 31 mai 1999, les appelants ont décrit les questions litigieuses en termes beaucoup plus généraux, à savoir [TRADUCTION] «la défenderesse est-elle tenue d’indemniser son assuré [. . .] et d’acquitter les réclamations formulées par les demandeurs?».

[13] L’intimée ne s’est pas expressément fondée sur la clause 16 tant dans ses actes de procédure que dans son mémoire relatif à la conférence préparatoire. Cependant, comme il a été dit, cette question a été expressément soulevée au paragraphe 9 de la déclaration et a reçu une réponse partielle au paragraphe 2 de la défense. Il est clair que le paragraphe 2, sans toutefois mentionner expressément l’obligation de «payer avant d’être remboursé» prévue à la clause 16, a effectivement opposé cette obligation comme moyen de défense en rejetant l’argument énoncé au paragraphe 9 de la déclaration. De plus, il est évident que les appelants, très

solicitors' letter of May 6, 1997 which was attached to the "Admission of Liability, Confession to Judgment and Assignment of Rights". Again, as the respondent has pointed out, the "pay to be paid" requirement of Clause 16 was addressed in argument at trial, first by the appellants, then by the respondent and finally by the appellants in rebuttal. The appellants state that their reliance on the clause in their pleading was only for the purpose of claiming coverage under the policy. In my view, however, the clause as pleaded in paragraph 9 of the statement of claim and in paragraph 2 of the statement of defence put the whole of Clause 16 in issue, not just the appellants' claim for coverage thereunder but the "pay to be paid" requirement as well.

[14] It is of course essential that parties to an action fully comply with a pre-trial conference order made pursuant to rule 265 unless released therefrom by agreement or by the Court. Otherwise this very useful rule will be rendered of little or no utility. Given the circumstances I have just described, I am of the view that it was not improper for O'Keefe J. to have addressed the argument presented by the parties based upon Clause 16 of the policy. It is an important and relevant clause. Moreover, there can be no serious suggestion that because it was not expressly pleaded or listed in the order of the Prothonotary, the appellants were taken by surprise and thereby prejudiced in their introduction of evidence or otherwise in the prosecution of their claims at trial.

[15] Rule 174 requires a party to plead "a concise statement of the material facts on which the party relies", which is a fundamental principle of pleading. In my view, the facts touching on the Clause 16 defence are few and straightforward. The respondent sufficiently pleaded that because Gaudet had not paid anything to the appellant Conohan in respect of his liability arising out of the collision Gaudet was not, by reason of Clause 16, entitled to be paid anything under the policy. Even if it could be said that the respondent did not plead the

tôt dans cette affaire, connaissaient bien la position de l'intimée, comme l'atteste la lettre des avocats datée du 6 mai 1997 qui était annexée à l'«Admission de responsabilité, acquiescement à la demande et cession des droits d'action». Je le répète, et l'intimée l'a souligné, la question de l'obligation de «payer avant d'être remboursé» prévue à la clause 16 a été abordée dans les débats à l'instruction, d'abord par les appelants, ensuite par l'intimée, et, enfin, par les appelants en réplique. Les appelants prétendent qu'ils se sont fondés sur la clause dans leurs actes de procédure à seule fin de réclamer la protection en vertu de la police. À mon avis, cependant, la clause, telle qu'elle a été invoquée au paragraphe 9 de la déclaration et au paragraphe 2 de la défense, a mis en cause l'intégralité de la clause 16, et non pas seulement la réclamation par les appelants de la protection afférente, mais aussi l'obligation de «payer avant d'être remboursé».

[14] Évidemment, il est essentiel que les parties à une action se conforment entièrement à une ordonnance rendue à l'issue d'une conférence préparatoire à l'instruction en vertu de la règle 265, à moins qu'elles n'en soient dispensées par consentement ou par la Cour. Autrement, cette règle très utile perdra ni plus ni moins toute son utilité. Étant donné les circonstances que je viens de décrire, je suis d'avis que le juge O'Keefe n'était pas mal venu d'examiner l'argument présenté par les parties et fondé sur la clause 16 de la police. Cette clause est importante et pertinente. Par ailleurs, on ne peut prétendre sérieusement que, parce qu'elle n'a pas été expressément invoquée ou énumérée dans l'ordonnance du protonotaire, les appelants ont été pris par surprise et ont été, par conséquent, lésés dans leur production de la preuve ou, d'une autre manière, dans la poursuite de leurs réclamations au procès.

[15] La règle 174 exige qu'une partie fournisse «un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde», ce qui constitue un principe fondamental dans les actes de procédure. À mon avis, les faits touchant au moyen de défense fondé sur la clause 16 sont peu nombreux et directs. L'intimée a suffisamment fait valoir que, parce que Gaudet n'avait rien payé à l'appellant Conohan pour l'acquiescement de sa responsabilité découlant de l'abordage, il n'avait pas le droit, en raison de la clause 16, d'être payé en vertu de

“pay to be paid” requirement of Clause 16 but only the other defences listed in the Prothonotary’s order, in my view this did not prevent the respondent from relying on that requirement. As Lord Denning M.R. explained in *Vandervell’s Trusts (No. 2), In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.), at pages 321-322:

It is sufficient for the pleader to state the material facts. He need not state the legal result. If, for convenience, he does so, he is not bound by, or limited to, what he has stated. He can present, in argument, any legal consequence of which the facts permit.

See also *384238 Ontario Limited v. The Queen in right of Canada*, [1984] 1 F.C. 661 (C.A.), at page 678. *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.), at pages 351-352. Compare, *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W.T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54, at page 65.

The substantive issue

[16] In approaching the issue under discussion it is well to recall, as indeed subsection 6(1) of the *Marine Insurance Act* emphasizes, that a contract of marine insurance “is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the insured, in the manner and to the extent agreed in the contract” (emphasis added). This fundamental characteristic of marine insurance runs through the decided cases, of which *Goole & Hull Steam Towing Co. v. Ocean Marine Insurance Co.* (1927), 29 L.L.Rep. 242 (K.B.) is an illustration. In that case, McKinnon J. stated, at page 244:

A marine insurance policy is often said to be a contract of indemnity, but I think it must always be remembered that it is not a contract of indemnity ideally, but of an indemnity according to the conventional terms of the bargain. When a loss has happened, the question is hardly ever—I think, probably never, certainly hardly ever—how much is the assured out of pocket? That might be the proper question if the object of the contract was to provide an ideal indemnity. The real question in the case is: what is the measure of indemnity that by the convention of the bargain has been promised to the assured? [Emphasis added.]

la police. Même si on peut dire que l’intimée n’a pas invoqué l’obligation de «payer avant d’être remboursé» que prévoit la clause 16, mais uniquement les autres moyens de défense énumérés dans l’ordonnance du protonotaire, cela ne l’empêche pas, à mon sens, d’invoquer cette obligation. Comme l’a expliqué le maître des rôles lord Denning dans *Vandervell’s Trusts (No. 2), In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.), aux pages 321 et 322:

[TRADUCTION] Il suffit que le plaideur énonce les faits importants. Il n’est pas nécessaire qu’il indique le résultat juridique. Si, par souci de commodité, il le fait, il n’est pas lié par ce qu’il a dit ni limité par cela. Il peut, dans son argumentation, présenter toute conséquence juridique justifiée par les faits.

Voir également *384238 Ontario Limited c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 1 C.F. 661 (C.A.), à la page 678. *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.), aux pages 351 et 352. Comparer avec *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W.T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54, à la page 65.

La question de fond

[16] En abordant la question qui nous occupe, il importe de se rappeler, comme le dit effectivement le paragraphe 6(1) de la *Loi sur l’assurance maritime*, qu’un contrat d’assurance maritime «est le contrat par lequel l’assureur s’engage à indemniser l’assuré selon les modalités et dans la mesure qui y sont précisés» (je souligne). Cette caractéristique fondamentale de l’assurance maritime est le fil conducteur de la jurisprudence existante illustrée par *Goole & Hull Steam Towing Co. v. Ocean Marine Insurance Co.* (1927), 29 L.L.Rep. 242 (K.B.). Dans cette affaire, le juge McKinnon a déclaré, à la page 244:

[TRADUCTION] Le contrat d’assurance maritime est souvent décrit comme un contrat d’indemnisation, mais j’estime qu’il faut toujours se rappeler qu’il ne constitue pas un contrat d’indemnisation idéalement, mais qu’il se rapporte à l’indemnisation selon les modalités conventionnelles du marché. Lorsqu’il y a une perte, la question n’est presque jamais de savoir—probablement jamais, je pense, certainement presque jamais—de savoir combien l’assuré a perdu. Il se pourrait qu’il s’agisse là de la bonne question si l’objet du contrat était de fournir une indemnisation idéale. La véritable question en l’espèce est celle-ci: Quelle est la valeur de

l'indemnité qui, selon le marché, a été promise à l'assuré? [Je souligne.]

[17] The collision clause evolved in England during the nineteenth century after the courts had determined that marine insurance policies of the day did not, in collision cases, respond to the liability of the insured in negligence to a third party. A portion of this vacuum was filled by the insurance market which agreed in their contracts of insurance to cover three-fourths of the amount of such liability leaving the excess amount to be covered by shipowners mutual insurance associations (P & I Clubs): see A. Parks, *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*, Vol. II (Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987), at pages 832-833; *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd. v. Gibbs & Anor*, [2001] W.A.S.C.A. 271 (S.C.W. Aust.), at paragraphs 71-79. In the present case, as we have seen, Clause 16 covered the full four-fourths of potential liability to a third party arising from a collision. A clause of this kind has become increasingly common in the marine insurance market: M. Mustill and J. Gilman, *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed., Vol. II (London: Stevens & Sons, 1981), at page 664 ff.

[18] The collision clause in the policy should thus be seen in its historical setting. At common law, no action could be maintained on a contract of indemnity until the person seeking indemnification had suffered an actual loss: *Collinge v. Heywood* (1839), 9 Ad. & E. 633; 112 E.R. 1352 (K.B.). Subsequently, in *Richardson, In re. Ex parte St. Thomas's Hospital (Governors of)*, [1911] 2 K.B. 705 (C.A.), Cozens-Hardy M.R. stated, at page 709:

It is settled at common law that, given a contract of indemnity, no action could be maintained until actual loss had been incurred. The common law view was first pay and then come to the Court under your agreement to indemnify.

As the Master of the Rolls went on to point out, equity found a way of relieving against the harshness of this

[17] La clause d'abordage a évolué en Angleterre au cours du XIX^e siècle après que les tribunaux avaient déterminé que les polices d'assurance maritime de l'époque ne répondaient pas, en cas d'abordage, à la responsabilité de l'assuré négligent envers les tiers. Une partie de cette lacune a été comblée par l'industrie de l'assurance qui a accepté dans ses contrats d'assurance de couvrir les trois quarts de cette responsabilité, laissant aux sociétés d'assurance mutuelle des armateurs (les clubs de protection et d'indemnisation) le soin de couvrir l'excédent: voir A. Parks, *The Law and Practice of Marine Insurance and Average*, vol. II (Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1987), aux pages 832 et 833; *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd. v. Gibbs & Anor*, [2001] W.A.S.C.A. 271 (C.S. Australie-Occidentale), aux paragraphes 71 à 79. Dans la présente espèce, ainsi que nous l'avons vu, la clause 16 couvrirait entièrement la responsabilité éventuelle envers les tiers en cas d'abordage. Une clause du genre est devenue de plus en plus commune dans le marché de l'assurance maritime: M. Mustill and J. Gilman, *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16^e éd., vol. II (Londres, Stevens & Sons, 1981), à la page 664 et suivantes.

[18] Il y a donc tout lieu de replacer dans son contexte historique la clause d'abordage que stipule la police. En common law, une action ne pouvait être fondée sur un contrat d'indemnisation que si la personne qui cherchait à se faire indemniser avait effectivement subi une perte: *Collinge c. Heywood* (1839), 9 Ad. & E. 633; 112 E.R. 1352 (K.B.). Subséquemment, dans *Richardson, In re. Ex parte St. Thomas's Hospital (Governors of)*, [1911] 2 K.B. 705 (C.A.), le maître des rôles Cozens-Hardy a déclaré, à la page 709:

[TRADUCTION] Il est un principe établi en common law que, dans le cas d'un contrat d'indemnisation, une action ne peut être introduite que si une perte réelle s'est également produite. Selon la common law, vous devez d'abord payer avant de saisir le tribunal d'une réclamation fondée sur votre contrat d'indemnisation.

Comme le maître des rôles l'a ensuite expliqué, l'*equity* a trouvé un moyen d'atténuer la rigueur de cette règle en

rule by requiring the indemnifier to pay the creditor direct or to pay the indemnified person before he had paid the creditor. The insurance contract did not contain an express “pay to be paid” clause. See also *County & District Properties Ltd. v. C. Jenner & Son Ltd. and Others*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 728 (Q.B.) where earlier case law on the same point is collected and discussed, and the concurring views of Lord Goff of Chieveley in *Firma, supra*, at page 33 *et seq.* See also S. Hazelwood, *P & I Clubs: Law and Practice*, 3rd ed. (London: Lloyd’s, 2000), at pages 351-355.

[19] The appellants contend nevertheless that O’Keefe J. erred in holding that no obligation on the respondent could arise under Clause 16 unless Gaudet first paid the claim of the appellant Conohan and that O’Keefe J. misconceived the legal requirement imposed by the clause by relying on the decision of the House of Lords in *Firma, supra*. That case was concerned with whether the plaintiffs had a direct right of action under the *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930* (U.K.), 20 & 21 Geo. V, c. 25 against two P & I Clubs in which the ships were entered and whose members had been wound up. By subsection 1(1) of that statute, in the case of the winding up of an insured “his rights against the insurer under the contract in respect of the liability shall . . . be transferred to and vest in the third party to whom the liability was so incurred”. The main issue in *Firma, supra*, turned on the construction of two rules of the P & I Clubs, which constituted a policy of insurance. By those rules the Clubs undertook to protect and indemnify their members in respect of losses or claims for which the member “shall become liable to pay and shall have in fact paid”. It was argued that the requirement of prior payment to the third party loss did not amount to a condition precedent to recovery under the contracts of insurance and, if it did, that the plaintiffs were entitled to equitable relief against the harshness of that result.

exigeant que la partie indemnitrice paie directement le créancier ou paie la personne indemnisée avant qu’elle ait payé le créancier. Le contrat d’assurance ne contenait aucune clause expresse relative à l’obligation de «payer avant d’être remboursé». Voir également *County & District Properties Ltd. c. C. Jenner & Son Ltd. and Others*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 728 (Q.B.), où la jurisprudence antérieure sur le même point est rassemblée et examinée, ainsi que les opinions concourantes de lord Goff of Chieveley dans *Firma*, précité, à la page 33 et suivantes. Voir également S. Hazelwood, *P & I Clubs: Law and Practice*, 3^e éd. (Londres, Lloyd’s, 2000), aux pages 351 à 355.

[19] Néanmoins, les appelants prétendent que le juge O’Keefe a commis une erreur en statuant que la clause 16 ne pouvait imposer quelque obligation que ce soit à l’intimée aussi longtemps que Gaudet ne payait pas d’abord la réclamation de l’appelant Conohan et qu’il s’est mépris sur l’obligation légale imposée par la clause en se fondant sur la décision que la Chambre des lords a rendue dans l’affaire *Firma*, précitée. Dans cette affaire, la question était de savoir si les demandeurs étaient titulaires d’un droit d’action direct sous le régime de la loi intitulée *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930* (R.-U.), 20 & 21 Geo. V, ch. 25 contre deux clubs de protection et d’indemnisation dans lesquels les navires étaient inscrits, mais dont les membres avaient été liquidés. Selon le paragraphe 1(1) de cette Loi, en cas de liquidation d’un assuré, [TRADUCTION] «des droits qu’il peut opposer à l’assureur en vertu du contrat au titre de la responsabilité seront transférés au tiers—et dévolus à ce dernier—envers qui la responsabilité a été encourue». La question principale examinée dans *Firma*, précité, portait sur l’interprétation de deux règles des clubs de protection et d’indemnisation, qui constituaient une police d’assurance. D’après ces règles, les clubs s’engageaient à protéger et à indemniser leurs membres à l’égard des pertes ou des réclamations que le membre [TRADUCTION] «sera responsable de payer et aura effectivement payées». Il a été soutenu que l’obligation de payer d’abord la perte subie par le tiers ne constituait pas une condition préalable au recouvrement sous le régime des contrats d’assurance et que, dans le cas contraire, les demandeurs avaient droit à un recours en *equity* contre la rigueur de ce résultat.

[20] The House of Lords disagreed. In discussing the issues posed, Lord Brandon of Oakbrook asked himself three questions. The first of these questions was: What rights, if any, did the members have against the Clubs under their contracts of insurance in respect of liabilities previously incurred to third parties immediately before the members were wound up? Lord Brandon answered this question as follows, at pages 27-28:

With regard to the first question, on the ordinary and natural construction of those rules of the clubs which contained the “pay to be paid” provisions, the members were not entitled to be indemnified by the clubs in respect of liabilities to third parties which they had incurred, unless and until the members had first discharged those liabilities themselves. In other words payment by the members to the third parties was a condition precedent to payment by the clubs to the members. That interpretation of the relevant rules appears to have been accepted before Saughton J. and Saville J. In the Court of Appeal, however, it was argued for the first time on behalf of the third parties that under equitable principles the members were entitled to be indemnified by the clubs as soon as the existence and the amounts of the liabilities had been established and without any need for them to discharge such liabilities first themselves.

There is no doubt that before the passing of the Supreme Court of Judicature Acts 1873 and 1875, there was a difference between the remedies available to enforce an ordinary contract of indemnity (by which I mean a contract of indemnity not containing any express “pay to be paid” provision) at law on the one hand and in equity on the other. At law the party to be indemnified had to discharge the liability himself first and then sue the indemnifier for damages for breach of contract. In equity an ordinary contract of indemnity could be directed to be specifically performed by ordering that the indemnifier should pay the amount concerned directly to the third party to whom the liability was owed or in some cases to the party to be indemnified. *Johnston v. Salvage Association* (1887) 19 Q.B.D. 458, 460, per Lindley L.J.; *British Union and National Insurance Co. v. Rawson* [1916] 2 Ch. 476, 481-482, per Pickford L.J. There is further no doubt that since the passing of the Supreme Court of Judicature Acts 1873 and 1875 the equitable remedy has prevailed over the remedy at law.

The difficulty in the way of this argument for the third parties, however, lies in the express “pay to be paid”

[20] La Chambre des lords a marqué son désaccord. En examinant les questions posées, lord Brandon of Oakbrook s’est posé trois questions. La première était la suivante: Quels droits, le cas échéant, les membres avaient-ils contre les clubs en vertu de leurs contrats d’assurance concernant les obligations encourues antérieurement envers les tiers immédiatement avant que les membres ne soient liquidés? Lord Brandon a répondu à cette question comme suit, aux pages 27 et 28:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la première question, selon le sens ordinaire et naturel de ces règles des clubs qui contenaient les clauses relatives à l’obligation de «payer avant d’être remboursé», les membres n’avaient pas le droit d’être indemnisés par les clubs à l’égard des obligations qu’ils avaient encourues envers des tiers que s’ils s’étaient acquittés eux-mêmes d’abord de ces obligations. En d’autres termes, le paiement par les membres aux tiers constituait une condition préalable au paiement par les clubs aux membres. Cette interprétation des règles pertinentes semble avoir été acceptée devant les juges Saughton et Saville. Cependant, à la Cour d’appel, on a soutenu pour la première fois, pour le compte des tiers que, d’après les principes d’*equity*, les membres avaient droit à indemnisation par les clubs aussitôt que l’existence et les montants des obligations avaient été établis sans qu’il fût nécessaire pour eux de s’acquitter eux-mêmes d’abord de ces obligations.

Il ne fait aucun doute que, avant l’adoption des lois intitulées Supreme Court of Judicature Acts 1873 et 1875, il y avait une différence entre les recours que l’on pouvait invoquer pour exécuter un contrat ordinaire d’indemnisation (c’est-à-dire un contrat d’indemnisation ne contenant aucune obligation explicite de «payer avant d’être remboursé») en common law, d’une part, et en *equity*, d’autre part. En common law, l’indemnitaire devait lui-même d’abord s’acquitter de l’obligation avant de pouvoir intenter à la partie indemnistrice une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat. En *equity*, on pouvait prescrire l’exécution en nature d’un contrat ordinaire d’indemnisation en ordonnant que la partie indemnistrice paie le montant en cause directement au tiers bénéficiaire de l’obligation ou, dans certains cas, à la partie devant être indemnisée. *Johnston c. Salvage Association* (1887) 19 Q.B.D. 458, 460, le lord juge Lindley; *British Union and National Insurance Co. c. Rawson*, [1916] 2 Ch. 476, 481-482, lord juge Pickford. Il ne fait également aucun doute que, depuis l’adoption des lois intitulées Supreme Court of Judicature Acts 1873 et 1875, le recours en *equity* a supplanté le recours en common law.

La difficulté à laquelle se bute cet argument pour les tiers réside cependant dans les clauses expresses relatives à

provisions in the relevant rules of the clubs. In principle it is difficult to see how equity could disregard or override those express provisions, and no authorities were cited to your Lordships which supported the contention that it could. The Court of Appeal rejected this argument based on equitable principles put forward for the third parties for that reason and I consider that they were right to do so.

In the result I would answer the first question by saying that immediately before the members were ordered to be wound up they had only contingent rights against the clubs in respect of the liabilities to third parties incurred by them. The rights were contingent in that it was a condition precedent to the members being indemnified by the clubs in respect of those liabilities that they should first have been discharged by the members themselves.

[21] Lord Goff of Chieveley, concurring, was even more emphatic as to the effect of the “pay to be paid” clause. In rejecting an argument that the plaintiffs were entitled to indemnity under the rules of the clubs because they could not pay themselves, he stated at page 31:

I do not deny that I was from the beginning startled by the point, and closer acquaintance did not make me any better disposed towards it. It is, to my mind, fundamentally flawed. I start from the position that what is transferred to and vested in the third party is the member’s right against the club. That right is, at best, a contingent right to indemnity, the right being expressed to be conditional upon the member having in fact paid the relevant claim or expense. If that condition is not fulfilled, the member has no present right to be indemnified by the club. Here the relevant claim or expense was never paid, by the member or indeed by anybody else on his behalf. That condition not having been fulfilled, the member had no present right to indemnity, and the statutory transfer of his right to a third party cannot put the third party in any better position than the member. It is as simple as that.

He also agreed that equity could not override the clearly expressed contractual agreement contained in the clubs’ rules. As he put it, at page 36: “Equity does not mend men’s bargains”. It was also his view, at page 37, that

l’obligation de «payer avant d’être remboursé» que l’on trouve dans les règles pertinentes des clubs. En principe, il est difficile de concevoir comment l’*equity* pouvait écarter ces clauses expresses ou y déroger, et aucun précédent n’a été invoqué devant Vos Seigneuries pour appuyer l’argument démontrant qu’il le pouvait. La Cour d’appel a rejeté pour cette raison cet argument en se fondant sur les principes d’*equity* invoqués en faveur des tiers et j’estime qu’elle était fondée à le faire.

En fin de compte, je répondrais à la première question en disant que immédiatement avant que l’ordonnance de liquidation visant les membres ne fût rendue, ils n’étaient titulaires que de droits conditionnels contre les clubs à l’égard des obligations qu’ils avaient encourues envers les tiers. Les droits étaient conditionnels en ce sens qu’une condition préalable prévoyait que les membres ne pouvaient être indemnisés par les clubs à l’égard de ces obligations que s’ils s’étaient auparavant acquittés eux-mêmes de ces obligations.

[21] Dans des motifs concordants, lord Goff of Chieveley a souligné de façon encore plus catégorique l’effet de la clause relative à l’obligation de «payer avant d’être remboursé». En rejetant l’argument selon lequel les demandeurs étaient en droit d’être indemnisés sous le régime des règles des clubs parce qu’ils ne pouvaient pas payer eux-mêmes, il a déclaré, à la page 31:

[TRADUCTION] Je ne nierai pas que j’étais étonné par le point soulevé au début, et même en l’examinant de plus près, je n’étais pas plus disposé à l’accepter. À mon avis, cet argument est fondamentalement défectueux. Je pars du point suivant: ce qui est transféré et dévolu au tiers est le droit que le membre peut opposer au club. Ce droit est, au mieux, un droit conditionnel à l’indemnisation, puisqu’il était assujéti à la condition voulant que le membre ait effectivement payé la réclamation ou la dépense pertinente. Si cette condition n’est pas remplie, le membre n’est titulaire d’aucun droit actuel lui permettant d’être indemnisé par le club. En l’espèce, la réclamation ou la dépense pertinente n’a jamais été payée par le membre ou, de fait, par quiconque d’autre pour son compte. Cette condition n’ayant pas été remplie, le membre n’est titulaire d’aucun droit actuel lui permettant d’être indemnisé et le transfert légal de son droit à un tiers ne peut placer ce dernier dans une meilleure position que le membre. C’est aussi simple que cela.

Il a également reconnu que l’*equity* ne pouvait déroger à l’accord contractuel clairement exprimé dans les règles des clubs. Comme il l’a dit, à la page 36: [TRADUCTION] «L’*equity* ne peut corriger les marchés conclus». Il était

the inability to pay the third party claim created by the winding up of the insureds was immaterial: "Following the insolvency of any member, or a winding up order, his contractual rights remain the same; there is a contingent right of reimbursement as before, though it is one which the member is, in the new circumstances, less able to exercise". For a recent application of *Firma*, *supra*, see *Total Liban S.A.L. v. Vitol Energy S.A.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 700 (Q.B.). It seems to me that the reasoning in *Firma*, *supra*, provides a framework for analysis in the present case.

[22] The appellants contend that *Firma*, *supra*, does not contain a principle of broad application such as governs liability under a collision clause in a non-mutual marine insurance policy. They point out that *Firma* was concerned with determining the meaning of a P & I Club rule, part of a mutual insurance contract, rather than of a clause in an ordinary marine policy available in the open market. I am not persuaded, however, that this difference should dictate a different result. What is of foremost importance, in my view, is the express language of Clause 16 itself covering collision liability where the insured "become liable to pay and shall pay by way of damages". Indeed, these words are strikingly similar to those which required construction in *Firma*, *supra*. In my view, whether Clause 16 sets up a condition precedent to indemnification is essentially a question of construction of the language appearing in the clause.

[23] Perhaps surprisingly, very little may be found in the decided cases of whether a "pay to be paid" clause constitutes a barrier to recovery under a collision clause outside of the mutual marine insurance context. In one of these cases it was pointed out that the purpose of the "pay to be paid" requirement of P & I Club rules "is to meet the special needs of a mutual insurance scheme in a member's association or club" and that such a rule is "entirely inappropriate in the non-club environment of a commercial insurance contract": "*Italia Express*"

également d'avis, à la page 37, que l'incapacité de payer la réclamation du tiers résultant de la liquidation des assurés était sans importance: [TRADUCTION] «À la suite de l'insolvabilité d'un membre, ou d'une ordonnance de liquidation, ses droits contractuels demeurent inchangés; tout comme auparavant, un droit conditionnel au remboursement existe, bien qu'il s'agisse d'un droit dont le membre, dans les nouvelles circonstances, est moins en mesure d'exercer». Pour une application récente de l'arrêt *Firma*, précité, voir *Total Liban S.A.L. v. Vitol Energy S.A.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 700 (Q.B.). Il me semble que le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Firma*, précité, fournit un cadre d'analyse pour la présente affaire.

[22] Les appelants prétendent que l'arrêt *Firma*, précité, ne contient pas de principe d'application large tel celui qui régit la responsabilité sous le régime d'une clause d'abordage dans une police d'assurance maritime non mutuelle. Ils soulignent que, dans l'arrêt *Firma*, il s'agissait de déterminer le sens d'une règle d'un club de protection et d'indemnisation, qui faisait partie d'un contrat d'assurance mutuelle, plutôt que d'une clause dans une police d'assurance maritime ordinaire disponible sur le marché libre. Je ne suis pas persuadé, cependant, que cette différence devrait dicter un résultat différent. À mon avis, ce qui importe le plus est le libellé explicite de la clause 16 lui-même qui s'applique à la responsabilité en cas d'abordage lorsque l'assuré «est [. . .] tenu de payer [. . .] sous forme de dommages-intérêts». En effet, ces mots ressemblent de façon saisissante à ceux qui devaient être interprétés dans l'arrêt *Firma*, précité. À mon avis, la question de savoir si la clause 16 énonce une condition préalable à l'indemnisation constitue essentiellement une question d'interprétation du libellé de la clause.

[23] Peut-être se surprendra-t-on de constater que la jurisprudence nous renseigne très peu sur la question de savoir si la clause relative à l'obligation de «payer avant d'être remboursé» constitue un obstacle au recouvrement au titre d'une clause d'abordage en dehors du cadre de l'assurance maritime mutuelle. Dans un de ces arrêts, on a souligné que l'objet de l'obligation de «payer avant d'être remboursé» des règles du club de protection et d'indemnisation [TRADUCTION] «est de répondre aux besoins spéciaux d'un régime d'assurance

(*No. 2*), *The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 281 (Q.B.), at page 298. The issue there was whether the P & I clause in a commercial market policy incorporated all of the rules of the P & I Club in which the vessel was entered including the "pay to be paid" rule. The Court concluded that as a matter of construction this rule was not incorporated into the policy. The case does not, in my view, support the argument that when an express "pay to be paid" requirement is present in a non-mutual insurance policy it should not receive the same interpretation as when it appears in a mutual insurance policy.

[24] In *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagan*, [1997] A.C. 313 (H.L.), an issue arose under excess loss contracts of whether the reinsurers would only be liable "if and when" the ultimate net loss sustained by the insured exceeded a specific amount, "net loss" being defined in the contracts as being "the sum actually paid". Lord Mustill was of opinion, at page 386, in the light of the policy as a whole that the "'the sum actually paid'. . . is not to impose an additional condition precedent in relation to the disbursement of funds, but to emphasise that it is the ultimate outcome of the net loss calculation which determines the final liability. . . under the policy". He went on to state that "'actually' means 'in the event when finally ascertained', and 'paid' means 'exposed to liability as a result of the loss insured'". In expressing this view, Lord Mustill noted, at page 386, that this may be "far from the ordinary meanings of the words, and they may be far from the meanings which they would have had in other policies" but that the words were to be interpreted "in a very specialised form of reinsurance". Again, as is apparent, the meaning of the clause there in issue was clearly a matter of construction in the light of the intended purpose. Lord Mustill distinguished *Firma, supra*, on the basis that a condition precedent was found to have been intended in that case but not in the case before him. In my view,

mutuelle dans l'association ou le club d'un membre» et qu'une telle règle [TRADUCTION] «n'a pas du tout sa place dans un contrat d'assurance commerciale, c'est-à-dire ailleurs que dans le cadre d'un club»: «*Italia Express*» (*No. 2*), *The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 281 (Q.B.), à la page 298. La question à trancher dans cette affaire était de savoir si la clause de protection et d'indemnisation prévue dans une police d'assurance commerciale incorporait toutes les règles du club de protection et d'indemnisation dans lequel le navire avait été assuré, y compris la règle relative à l'obligation de «payer avant d'être remboursé». Le tribunal a conclu que, sur le plan de l'interprétation, cette règle n'était pas incorporée dans la police. Selon moi, cet arrêt n'appuie pas l'argument selon lequel, lorsqu'une police d'assurance non mutuelle comporte expressément l'obligation de «payer avant d'être remboursé», cette obligation ne devrait pas être interprétée de la même manière qu'elle l'est quand elle est stipulée dans une police d'assurance mutuelle.

[24] Dans *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagan*, [1997] A.C. 313 (H.L.), la question s'est posée de savoir si, sous le régime des contrats d'assurance en excédent de sinistres, les réassureurs ne seraient responsables que «si» la perte nette ultime subie par l'assuré dépassait un montant précis, le terme «perte nette» étant défini dans les contrats comme [TRADUCTION] «la somme effectivement payée». À la page 386, lord Mustill s'est dit d'avis que, à la lumière de la police dans son ensemble, les mots [TRADUCTION] «"la somme effectivement payée" [...] ne sont pas destinés à imposer une condition préalable additionnelle par rapport au décaissement des fonds, mais permettent d'insister sur le fait que c'est l'issue ultime du calcul de la perte nette qui détermine la responsabilité ultime sous le régime de la police». Il a ajouté que le mot «"effectivement" («*actually*») signifie [TRADUCTION] "lorsque le sinistre est définitivement déterminé" et le mot payée («*paid*») signifie [TRADUCTION] "exposé à la responsabilité par suite du sinistre assuré"». En exprimant ce point de vue, il a fait remarquer, à la page 386, que cette interprétation pouvait être [TRADUCTION] «fort éloignée des sens ordinaires des mots et que ceux-ci pouvaient comporter des sens étrangers à ceux qu'ils auraient eus dans d'autres polices», mais que les mots devaient être interprétés

Charter Reinsurance, supra, is of no assistance in determining whether compliance with the “pay to be paid” requirement in Clause 16 of this ordinary marine insurance policy should be viewed as a condition precedent to recovery thereunder.

[25] Some authorities in England are to the effect that the “pay to be paid” requirement of a collision clause means what it says, namely, that the liability must be discharged by the insured before the insurer becomes liable to indemnify the insured. In *Raiffeisen Zentralbank Österreich A.G. v. Five Star Trading L.L.C. and Others (The “Mount I”)*, [2001] EWCA Civ 68, [2001] 1 Lloyd’s Rep. 597 (C.A.), the Court was called upon to interpret a clause in a policy of marine insurance under which the underwriters agreed to indemnify for “any sum or sums paid by the assured to any other person or persons by reason of the insured becoming legally liable by way of damages”. Lord Justice Mance expressed the view, at page 615, that although the terms of the collision insurance was not as “crystal clear” as those considered in *Firma, supra*, they “probably mean that Five Star could not recover from the insurers in respect of collision liability except in respect of sums previously ‘paid’, in the sense of disbursed, to the third party claimants by reason of such liability”. In H. Hurd, *The Law and Practice of Marine Insurance*, 2nd ed. (London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1952), at page 107, the learned author stated that in general:

The words “become liable to pay and shall pay” further restrict the right of recovery under the collision clause, inasmuch as the liability of the underwriter is contingent upon not only the liability of the assured for the collision but also

[TRADUCTION] «dans le sens très technique qu’ils possèdent en matière de réassurance». Encore une fois, comme il paraît, la signification de la clause en cause dans cette affaire se ramenait manifestement à une question d’interprétation à la lumière de l’objet envisagé. Lord Mustill a établi une distinction d’avec l’arrêt *Firma*, précité, pour le motif qu’on avait conclu dans cet arrêt que l’intention était de prévoir une condition préalable, ce qui n’était pas le cas dans l’affaire dont il était saisi. J’estime que l’arrêt *Charter Reinsurance*, précité, ne nous est d’aucune utilité pour répondre à la question de savoir si le fait de s’acquitter de l’obligation de «payer avant d’être remboursé» que prévoit la clause 16 de cette police d’assurance maritime ordinaire devrait être considéré comme une condition préalable au recouvrement en vertu de cette police.

[25] Selon certains arrêts anglais, l’obligation de «payer avant d’être remboursé» que prévoit une clause d’abordage dit bien ce qu’elle dit, savoir que l’assuré doit acquitter l’obligation avant que l’assureur ne soit tenu de l’indemniser. Dans *Raiffeisen Zentralbank Österreich A.G. v. Five Star Trading L.L.C. and Others (The “Mount I”)*, [2001] EWCA Civ 68, [2001] 1 Lloyd’s Rep. 597 (C.A.), le tribunal était prié d’interpréter une clause dans une police d’assurance maritime aux termes de laquelle les assureurs s’étaient engagés à indemniser l’assuré [TRADUCTION] «de toute somme par lui payée à une ou plusieurs personnes parce qu’il est légalement tenu de payer sous forme de dommages-intérêts». Le lord juge Mance a exprimé l’avis, à la page 615, que, même si le libellé de l’assurance abordage n’était pas aussi [TRADUCTION] «limpide» que celui en cause dans l’arrêt *Firma*, précité, il [TRADUCTION] «voulait probablement dire que Five Star ne recouvrerait rien des assureurs au titre de la responsabilité relativement à l’abordage, sauf pour ce qui est des réclamations antérieurement «payées» au tiers, au sens de décaissées, du fait de cette responsabilité». Dans H. Hurd, *The Law and Practice of Marine Insurance*, 2^e éd. (Londres: Sir Isaac Pitman & Sons, 1952), à la page 107, l’éminent auteur énonce de façon générale:

[TRADUCTION] Les mots «est tenu de payer» limitent davantage le droit de recouvrement en vertu de la clause d’abordage dans la mesure où l’obligation de l’assureur est assujettie non seulement à la responsabilité de l’assuré au

the actual payment of the damages arising out of the collision. . . .

A somewhat similar view was expressed in *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed., Vol. 3 (London: Sweet & Maxwell, 1997), at page 69. Here in Canada, too, the British Columbia Court of Appeal has held that *Firma, supra*, “stands for the simple proposition that the obligations of a contract of indemnity comes from its words”: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Youell* (1993), 95 B.C.L.R. (2d) 130 (C.A.), at paragraph 30.

[26] It seems to me that the issue under discussion reduces itself to one of construction. Did the “pay to be paid” requirement of Clause 16 impose an obligation on Gaudet to pay the damages incurred to the appellant Conohan by reason of the collision before he could collect under the policy? In my view, the ordinary meaning of the words employed in the clause plainly required that payment first be made to the third party as a condition precedent to recovery. In my opinion, the ratio of *Firma, supra*, applies to the construction of Clause 16, the language of which is too clear as to admit the application of equitable principles. Here, I would adopt by way of analogy the views of Lord Jauncey of Tullichettle in *Firma, supra*, at page 42, as to the purpose and effect of a clearly worded “pay to be paid” clause in a contract of insurance: “I therefore conclude that the provisions of the relevant rules do not merely repeat what is already the position at common law but that they add a specific provision to what would otherwise be an ordinary contract of indemnity. This provision which admits of only one construction is effective to displace the rule of equity.”

[27] Finally, I would observe that other language in Clause 16 appearing after the proviso towards the end of the clause lends support to this conclusion. There the phrase employed is “any sum which the insured may become liable to pay or shall pay”. The use of the disjunctive “or” is in marked contrast to the conjunctive “and” in the phrase in issue, and again suggests that by

regard de l’abordage, mais également au paiement effectif des dommages-intérêts découlant de l’abordage [. . .]

Un point de vue quelque peu semblable a été exprimé dans *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 16^e éd., vol. 3 (Londres: Sweet & Maxwell, 1997), à la page 69. Ici, au Canada aussi, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que l’arrêt *Firma*, précité, [TRADUCTION] «établit le principe simple voulant que les obligations d’un contrat d’indemnisation découlent de sa teneur»: *MacMillan Bloedel Ltd. c. Youell* (1993), 95 B.C.L.R. (2d) 130 (C.A.), au paragraphe 30.

[26] Il me semble que la question examinée en l’espèce est purement interprétative. L’obligation de «payer avant d’être remboursé» prévue par la clause 16 oblige-t-elle Gaudet à payer les dommages subis par l’appelant Conohan en raison de l’abordage avant de pouvoir se faire rembourser en vertu de la police? À mon avis, le sens ordinaire des mots employés dans la clause exigeait clairement, comme condition préalable au recouvrement, que paiement fût fait d’abord au tiers. À mon sens, la ratio de *Firma*, précité, s’applique à l’interprétation de la clause 16, dont le libellé est bien trop clair pour se prêter à l’application des principes d’*equity*. En l’espèce, j’adopterais par voie d’analogie l’opinion exprimée par lord Jauncey of Tullichettle dans l’arrêt *Firma*, précité, à la page 42, quant à l’objet et à l’effet d’une clause clairement libellée concernant l’obligation de «payer avant d’être remboursé» prévue dans un contrat d’assurance: [TRADUCTION] «En conséquence, je conclus que les dispositions des règles pertinentes ne se font pas simplement l’écho de ce qu’est déjà la règle en common law, mais elles ajoutent une disposition précise à ce qui serait autrement un contrat d’indemnisation ordinaire. Cette disposition qui ne se prête qu’à une seule interprétation produit l’effet nécessaire pour pouvoir supplanter la règle d’*equity*.»

[27] Finalement, je ferais remarquer que les mots de la clause 16 figurant après la disposition vers la fin de la clause étayent cette conclusion. Ce sont les suivants: «*any sum which the insured may become liable to pay or shall pay*» [toute somme que l’assuré peut être tenu de payer]. L’emploi de la conjonction disjonctive «*or*» contraste fortement avec la conjonction de coordination

the former phrase a condition precedent to indemnification had first to be satisfied.

[28] The appellants urged that the Court be guided by American case law interpreting the so-called “no action” clause in a general liability insurance policy. Such a clause generally stipulates that no action shall lie against the insurer unless “as a condition precedent . . . the insured shall have fully complied with all the terms of this policy, nor until the amount of the insured’s obligation to pay shall have been finally determined either by judgment against the insured after actual trial or by written argument of the insured, the claimant and the company”. Courts in the United States have held the “no action” clause to be of no effect where the insurer denies coverage in a case where coverage exists or unjustifiably delays settlement, forcing the insured to settle separately: *Thomas W. Hooley & Sons v. Zurich General Acc. & Liability Ins. Co.*, 103 So. 2d 449 (La. 1958); *Emile M. Babst Co., Inc. v. Nichols Const. Corp.*, 488 So. 2d 699 (La. App. 1 Cir. 1986). In the first of these cases the denial of liability was found to have been unjustified and that the right to reimbursement was clearly covered by the insurance contract. Again, in the second, the insured’s claim was clearly covered by the policy.

[29] The appellants submitted that the “pay to be paid” requirement of Clause 16 should be similarly viewed, and particularly that the respondent should not have the benefit of that requirement because of the manner in which it responded to the claim and conducted its defence. I am unable to derive assistance on this point from the American jurisprudence referred to above, which interpreted a differently worded clause in a non-marine insurance context.

[30] Moreover, while it is true that by virtue of section 20 of the *Marine Insurance Act* a contract of marine insurance “is based on the utmost good faith and, if the utmost good faith is not observed by either party,

«and» dans le membre de phrase en cause et laisse de nouveau entendre que le membre de phrase précédent impose une condition préalable qui doit être satisfaite avant l’indemnisation.

[28] Les appelants ont exhorté la Cour à se laisser guider par la jurisprudence américaine qui interprète la soi-disant clause d’«immunité de poursuite» dans une police d’assurance responsabilité générale. Une telle clause stipule généralement que l’assureur bénéficie de l’immunité contre les poursuites, sauf si [TRADUCTION] «comme condition préalable [. . .] l’assuré s’est entièrement conformé à toutes les modalités de la police et que le montant de son obligation de payer aura été définitivement déterminé soit par jugement rendu contre lui après instruction en bonne et due forme, soit par entente écrite entre l’assuré, le réclamant et la compagnie». Les tribunaux américains ont statué que la clause d’«immunité de poursuite» ne produit aucun effet lorsque l’assureur refuse la protection dans une situation où elle existe ou retarde indûment le règlement, forçant l’assuré à procéder au règlement séparément: *Thomas W. Hooley & Sons c. Zurich General Acc. & Liability Ins. Co.*, 103 So. 2d 449 (La. 1958); *Emile M. Babst Co., Inc. c. Nichols Const. Corp.*, 488 So. 2d 699 (La. App. 1 Cir. 1986). Dans le premier de ces arrêts, il a été conclu que le refus de la responsabilité n’était pas justifié et que le droit au remboursement était clairement prévu par le contrat d’assurance. De plus, dans le second arrêt, la réclamation de l’assuré était manifestement couverte par la police.

[29] Les appelants ont soutenu que l’obligation de «payer avant d’être remboursé» prévue par la clause 16 devrait être interprétée de la même façon, et, en particulier, que l’intimée ne devrait pas profiter de cette obligation en raison de la manière avec laquelle elle a répondu à la réclamation et conduit sa défense. Je ne peux prendre appui à cet égard sur la jurisprudence américaine susmentionnée, qui interprétait une clause différemment formulée dans un contexte autre que l’assurance maritime.

[30] De plus, bien qu’il soit vrai que, en vertu de l’article 20 de la *Loi sur l’assurance maritime*, un contrat d’assurance maritime «est fondé sur la plus absolue bonne foi et si celle-ci n’est pas observée par

the contract may be avoided by the other party”, I cannot see that the respondent failed to live up to the obligation so imposed. The content and application of the “utmost good faith” concept was usefully explained by Aikens J. in “*Mercandian Continent*” (*The*), [2000] 2 Lloyd’s Rep. 357 (Q.B.), at pages 368-379. I am not persuaded that by its action in response to the claim and in the conduct of its defence the respondent lost the protection of the “pay to be paid” requirement. While a number of defences raised were not successful such defences, with one possible exception, appear to have been raised *bona fide* and not with a view to delay or of refusing to pay a valid claim in any event. The exception, if there is one, was the respondent’s continued reliance on the Clause 27 warranty against “drunken or impaired operation of the vessel” despite the fact that for some period of time before trial Gaudet had been found not guilty of such an offence under the *Criminal Code* by the courts of Prince Edward Island. However, I do not see that this insistence was motivated by bad faith such as to foreclose the respondent from relying on the “pay to be paid” condition in Clause 16. It is to be noted that each of these defences was carefully canvassed by O’Keefe J. before being rejected, and that he did not in any respect suggest that the respondent was motivated in its defence by bad faith.

Other issues

[31] The loss of revenue claim is asserted on the basis that if the “pay to be paid” requirement of Clause 16 did not apply the respondent should in turn indemnify the appellant Conohan for that loss. In view of the conclusion I have reached on the Clause 16 interpretation issue, the loss of revenue issue which does not arise for decision. Additionally, I can find nothing in the manner in which the respondent dealt with the claim in the action that would justify an award of costs, much less costs on a solicitor-and-client basis. Similarly, no basis has been shown for awarding exemplary or punitive damages in this unsuccessful appeal.

l’une des parties, l’autre peut annuler le contrat», je ne peux conclure que l’intimée n’a pas respecté l’obligation ainsi imposée. Le contenu et l’application de la notion de la «plus absolue bonne foi» ont reçu une explication utile de la part du juge Aikens dans “*Mercandian Continent*” (*The*), [2000] 2 Lloyd’s Rep. 357 (Q.B.), aux pages 368 à 379. Je ne suis pas persuadé que, par les mesures qu’elle a prises en réponse à la réclamation et dans la conduite de sa défense, l’intimée a perdu la protection de l’obligation de «payer avant d’être remboursé». Bien qu’un certain nombre de moyens de défense soulevés n’aient pas été retenus, ces moyens de défense, peut-être à une exception près, semblent avoir été opposés de bonne foi et non dans le but de retarder ou de refuser de payer une réclamation valable de toute façon. L’exception, s’il en existe une, était le fait que l’intimée continuait à invoquer l’engagement de la clause 27 contre «le pilotage du bateau en état d’ébriété ou avec facultés affaiblies», malgré le fait que, bien avant le procès, Gaudet avait été reconnu par les tribunaux de l’Île-du-Prince-Édouard non coupable d’une telle infraction sous le régime du *Code criminel*. Toutefois, je ne pense pas que cette insistance était motivée par une mauvaise foi telle qu’elle aurait préclus l’intimée d’invoquer l’obligation de «payer avant d’être remboursé» énoncée à la clause 16. Il convient de noter que le juge O’Keefe a soigneusement examiné chacun de ces moyens de défense avant de les rejeter et qu’il n’a affirmé d’aucune manière que l’intimée était animée dans sa défense par la mauvaise foi.

Autres questions en litige

[31] La demande pour manque à gagner est fondée sur l’argument selon lequel, si l’obligation de «payer avant d’être remboursé» prévue par la clause 16 ne s’appliquait pas, l’intimée devrait en retour indemniser l’appellant Conohan de cette perte. Compte tenu de ma conclusion sur la question de l’interprétation de la clause 16, la question du manque à gagner n’appelle aucune décision. En outre, je ne vois rien dans la manière dont l’intimée a traité la réclamation dans l’action qui pût justifier une adjudication des dépens, encore moins de dépens sur la base procureur-client. De même, aucune justification n’a établi le bien-fondé d’une adjudication de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs dans cet appel infructueux.

DISPOSITION

[32] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

EVANS J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

DISPOSITIF

[32] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.