

A-141-11
2012 FCA 215

A-141-11
2012 CAF 215

Feuiltault Solution Systems Inc. (Appellant)

Feuiltault Solution Systems Inc. (appelante)

v.

c.

Zurich Canada (Respondent)

Zurich Canada (intimée)

INDEXED AS: FEUILTAULT SOLUTION SYSTEMS INC. v. ZURICH CANADA

RÉPERTORIÉ : FEUILTAULT SOLUTION SYSTEMS INC. c. ZURICH CANADA

Federal Court of Appeal, Létourneau, Pelletier and Mainville JJ.A.—Montréal, January 17; Ottawa, July 30, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Pelletier et Mainville—Montréal, 17 janvier; Ottawa, 30 juillet 2012.

Maritime Law — Insurance — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's claim against insurer under all-risks marine insurance policy — Appellant selling machines to customer in Germany — Machines leaving in good condition, arriving damaged in Germany — Federal Court concluding cause of loss insufficient packaging, no coverage for claim because insured not showing loss due to fortuity — Federal Court erring in imposing on insured burden of proving loss caused by fortuity — Where question of coverage depending on both insuring agreement, exclusions, insurer specifically excluding non-fortuitous losses, insurer having onus of proving lack of fortuity — Here, exclusion clause relieving respondent from liability for insufficiency of packing as damage caused by insufficient, unsuitable packaging, packing occurring prior to attachment of insurance — Appeal dismissed.

Droit maritime — Assurance — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques — L'appelante a vendu des machines à un client en Allemagne — Les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier, mais sont arrivées endommagées en Allemagne — La Cour fédérale a conclu que la cause de la perte était l'insuffisance de l'emballage et que la police d'assurance ne couvrait pas la perte parce que l'assuré n'avait pas réussi à établir qu'elle avait été causée par des circonstances fortuites — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a imposé à l'assuré le fardeau d'établir que la perte était fortuite — Lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l'entente d'assurance et des exclusions, si l'assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il a le fardeau de prouver l'absence de circonstances fortuites — En l'espèce, l'exclusion exonérait l'intimée d'une responsabilité à l'égard de l'insuffisance de l'emballage parce que les dommages ont été causés par un emballage insuffisant et inapproprié et que l'emballage a été effectué avant la prise d'effet de la police d'assurance — Appel rejeté.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the claim of the appellant against its insurer under an all-risks marine insurance policy.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques.

The appellant, a manufacturer of specialized book binding machines, sold machines to a customer in Germany. The machines left in good condition but arrived damaged in Germany.

L'appelante, un fabricant de machines à relier des livres spécialisées, a vendu des machines à un client en Allemagne. Les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier, mais sont arrivées endommagées en Allemagne.

The Federal Court came to the conclusion that the cause of the loss was the insufficiency of packing and that, in order to

La Cour fédérale a conclu que la cause de la perte était l'insuffisance de l'emballage et que, pour obtenir gain de

succeed, the insured needed to establish that the loss was due to a fortuity, that is, an external, accidental cause. The Federal Court concluded that there was no coverage for the claim because the insured had not shown that the loss was caused by a fortuity.

The Federal Court then considered the exclusion clause pleaded by the insurer, namely “insufficiency or unsuitability of packing”, and found that the packing and preparation of the cargo were insufficient.

The issues were (1) who of the two, the insured or the insurer, bore the onus of showing fortuity or lack thereof, and (2) whether the policy exclusion with respect to packing applied.

Held, the appeal should be dismissed.

Insurance policies must be read as a whole so as to give effect to all terms of the contract. Where the question of coverage falls to be decided solely on the basis of the insuring agreement, the insured must show that his loss is fortuitous. However, where the question of coverage depends upon both the insuring agreement and the exclusions, where the insurer has specifically excluded non-fortuitous losses, it has the burden of proving lack of fortuity. To give the insuring agreement and the exclusions their proper scope, then, one must hold that the insured under an all-risks policy needs only to show that the cargo was in good condition when the insurance attached and that the goods were damaged while the insurance was in force. It is for the insurer who wants to deny coverage to prove that the exclusion applies. Therefore, to give full effect to the terms of the policy herein, it was necessary to treat the exclusions for non-fortuitous losses as an undertaking by the insurer to assume the burden of proving that the loss was not fortuitous, thereby relieving the insured of the obligation to do so. As a result, the Federal court erred in imposing on the insured the burden of proving that the loss was caused by a fortuity.

As to whether the exclusion for insufficiency of packing relieved the respondent from liability, for the exclusion to apply, the packing had to have occurred prior to the attachment of the insurance, which was the case here. The exclusion also required that the loss or damage be caused by the insufficiency or unsuitability of packing. The corrosion of the cargo was caused by unsuitable packing. The packing was also insufficient. While the absence of protective wrapping, in and of itself, did not cause the loss, it contributed to it so as to satisfy the requirements of the exclusion. This conclusion is

cause, l’assuré devait établir que la perte résultait de circonstances fortuites, c’est-à-dire d’une cause extérieure et accidentelle. La Cour fédérale a conclu que la police d’assurance ne couvrirait pas la perte parce que l’assuré n’avait pas réussi à établir qu’elle avait été causée par des circonstances fortuites.

La Cour fédérale s’est ensuite penchée sur l’exclusion invoquée par l’assureur, à savoir l’« emballage insuffisant ou inapproprié », et a conclu que l’emballage et la préparation de la cargaison étaient insuffisants.

Il s’agissait de déterminer qui de l’assuré ou de l’assureur a le fardeau de prouver l’existence ou l’absence de circonstances fortuites, et si l’exclusion relative à l’emballage prévue dans la police d’assurance s’applique.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Les polices d’assurance doivent être interprétées en tenant compte de l’ensemble de la police, de manière à donner effet à chacune des clauses du contrat. Lorsque la question de la couverture doit être tranchée uniquement en fonction de l’entente d’assurance, l’assuré doit démontrer que sa perte est fortuite. Toutefois, lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l’entente d’assurance et des exclusions, si l’assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il a le fardeau de prouver l’absence de circonstances fortuites. Pour donner la portée qui convient à la fois aux dispositions sur la couverture et aux exclusions, il faut conclure que l’assuré visé par une police d’assurance tous risques n’a qu’à démontrer que la cargaison était en bon état lorsqu’elle a été assurée et qu’elle a été endommagée pendant que l’assurance était en vigueur. Il incombe à l’assureur qui veut refuser la réclamation de prouver que l’exclusion s’applique. Par conséquent, pour donner plein effet aux clauses de la police d’assurance en l’espèce, il était nécessaire de traiter les exclusions relatives aux pertes non fortuites comme s’il s’agissait d’un engagement de l’assureur à assumer le fardeau de prouver que la perte n’était pas fortuite, ce qui dispense l’assuré de l’obligation de le faire. En conséquence, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a imposé à l’assuré le fardeau d’établir que la perte était fortuite.

Quant à la question de savoir si l’exclusion pour cause d’insuffisance de l’emballage exonérait l’intimée d’une responsabilité, pour que l’exclusion s’applique, l’emballage devait avoir été effectué avant la prise d’effet de la police d’assurance, ce qui était le cas. L’exclusion exige également que la perte ou les détériorations soient causées par un emballage insuffisant ou inapproprié. La corrosion de la cargaison était attribuable à un emballage inapproprié. L’emballage était aussi insuffisant. Bien qu’elle n’ait pas, à elle seule, causé la perte, l’absence d’un tel emballage protecteur a contribué à la

consistent with the purpose of marine insurance, which is to indemnify against the risks associated to a maritime voyage, not to guarantee the skill and workmanship of the insured in preparing the cargo for such a voyage.

perte d'une façon qui satisfait aux exigences prévues par la clause d'exclusion. Cette conclusion est compatible avec l'objet de l'assurance maritime, à savoir indemniser l'assuré des pertes découlant des risques propres à un voyage en mer, et non pas garantir les habiletés de l'assuré à préparer la cargaison en vue d'un tel voyage.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, (1982), 131 D.L.R. (3d) 559.

CONSIDERED:

British and Foreign Marine Co. v. Gaunt, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.); *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27; *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.); *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129.

REFERRED TO:

Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869; *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2008 SCC 66, [2008] 3 S.C.R. 453; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12.

AUTHORS CITED

Arnould's Law of Marine Insurance and Average, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
International Underwriting Association of London. Institute Cargo Clauses (A), 1/1/2009.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 260, 7 C.C.L.I. (5th) 19) dismissing the claim of the appellant against the respondent under an all-risks maritime insurance policy. Appeal dismissed.

APPEARANCES

David F. H. Marler for appellant.
Marc D. Isaacs and *Bonnie Huen* for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

British and Foreign Marine Co. v. Gaunt, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.); *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27; *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.); *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129.

DÉCISIONS CITÉES :

Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869; *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12.

DOCTRINE CITÉE

Arnould's Law of Marine Insurance and Average, 17^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2008.
International Underwriting Association of London. Institute Cargo Clauses (A), 1/1/2009.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2011 CF 260,) a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que l'appelante avait présentée à l'intimé aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques. Appel rejeté.

ONT COMPARU

David F. H. Marler pour l'appelante.
Marc D. Isaacs et *Bonnie Huen* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

David F. H. Marler, Knolton, Québec, for appellant.

Isaacs & Co., Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from the decision of the Federal Court, reported as *Feuiltault Solution Systems Inc. v. Zurich Canada*, 2011 FC 260, 7 C.C.L.I. (5th) 19 (reasons), dismissing Feuiltault Solutions Systems Inc.'s (Feuiltault) claim against its insurer under an all-risks marine insurance policy. The issues raised by the appeal are who bears the onus of showing fortuity/lack of fortuity, and whether the policy exclusion with respect to packing applied to the loss.

FACTS

[2] Feuiltault is a manufacturer of specialized book binding machines known as pocket feeders. It sold 40 of these machines to a customer in Germany. The goods were loaded into three separate containers. Feuiltault's employees used pieces of pressure treated wood to immobilize the machines within the containers. The Court accepted that the machines were in good condition when they left Feuiltault's yard. The containers were trucked from Feuiltault's yard to the Port of Montreal where they were loaded onto a ship for the transatlantic voyage.

[3] The containers were off-loaded at the North Sea Terminal, Bremerhaven, Germany, after an uneventful ocean voyage, and were then trucked to the customer's premises. When the containers were opened, all of the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

David F. H. Marler, Knolton, Québec, pour l'appelante.

Isaacs & Co., Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] Notre Cour est saisie de l'appel d'une décision de la Cour fédérale, *Feuiltault Solution Systems Inc. c. Zurich Canada*, 2011 CF 260 (les motifs), par laquelle la Cour fédérale a refusé de faire droit à la demande d'indemnité que Feuiltault Solution Systems Inc. (Feuiltault) avait présentée à son assureur aux termes d'une police d'assurance maritime tous risques. Les questions soulevées dans le présent appel sont celles de savoir qui a le fardeau de prouver l'existence ou l'absence de circonstances fortuites et si l'exclusion relative à l'emballage prévue dans la police d'assurance s'applique à la perte en cause.

LES FAITS

[2] Feuiltault, fabricant de machines à relier des livres spécialisés appelées margeurs automatiques, a vendu 40 de ces machines à un client en Allemagne. Les marchandises ont été chargées dans trois conteneurs distincts. Les employés de Feuiltault ont utilisé des morceaux de bois traité sous pression pour caler les machines dans les conteneurs. La Cour fédérale a reconnu que les machines étaient en bon état lorsqu'elles ont quitté l'atelier de Feuiltault. Les conteneurs ont été transportés par camion de l'atelier de Feuiltault au port de Montréal, où ils ont été chargés sur un navire en vue du voyage transatlantique.

[3] Les conteneurs ont été déchargés au terminal de la mer du Nord à Bremerhaven, en Allemagne, après une traversée sans incident, puis ils ont été transportés par camion à l'établissement du client. À l'ouverture

machines were rusted to the point that they were eventually declared a total loss.

[4] The consignee, Feuiltault's customer, refused to accept the goods. Various investigations were undertaken in order to determine the cause of the rusting. Feuiltault made a claim under its marine insurance policy. When Feuiltault's insurer, Zurich Canada (Zurich) refused to pay, Feuiltault sued pursuant to the Ocean Marine Certificate issued by Zurich, which incorporated the Institute Cargo Clauses (A) [from the International Underwriting Association of London]. These clauses constitute an industry standard insurance policy, which are given contractual effect as a result of being incorporated by reference in a certificate of insurance, as they were here.

[5] Clause 1 provides that the insurance "covers all risks of loss of or damage to the subject-matter insured" except as provided in the exclusions. Zurich denied coverage on the basis of the exclusion found at Clause 4.3 which, in its material parts, provides:

4. In no case shall this insurance cover

...

4.3 loss damage or expense caused by insufficiency or unsuitability of packing or preparation of the subject-matter insured ...

[6] The insurer did not plead lack of fortuity and did not rely on the exclusion of loss caused by inherent vice: appeal book, Vol. 1, at pages 55–57.

THE FEDERAL COURT'S DECISION

[7] After reviewing the evidence of the various expert witnesses, the Federal Court came to a conclusion as to the proximate cause of the loss. The Federal Court

des conteneurs, toutes les machines étaient à ce point rouillées qu'elles ont au bout du compte été déclarées perte totale.

[4] Le destinataire, le client de Feuiltault, a refusé d'accepter les marchandises. Diverses enquêtes ont été entreprises afin de déterminer la cause de la rouille. Feuiltault a présenté une demande d'indemnité en vertu de sa police d'assurance maritime. Lorsque l'assureur de Feuiltault, Zurich Canada (Zurich), a refusé de payer, Feuiltault a intenté une action fondée sur le certificat d'assurance maritime délivré par Zurich, lequel incorporait les clauses A [Institute Cargo Clauses (A)] de l'International Underwriting Association of London (Institut international d'assurance de Londres) sur l'assurance-cargaison. Ces clauses constituent une police d'assurance type de l'industrie, et leur incorporation par renvoi dans un certificat d'assurance, comme en l'espèce, leur confère un caractère contractuel.

[5] La clause 1 stipule que l'assurance [TRADUCTION] « couvre tous les risques de perte ou de détérioration du bien assuré », à l'exception de ce qui est prévu dans les exclusions. Zurich a refusé d'honorer la police d'assurance sur le fondement de l'exclusion prévue à la clause 4.3, dont les parties pertinentes sont ainsi rédigées :

[TRADUCTION]

4. Le présent contrat ne couvre en aucun cas :

[...]

4.3 Les pertes, détériorations ou frais en raison de l'emballage ou de la préparation insuffisants ou inappropriés du bien assuré [...]

[6] L'assureur n'a invoqué ni l'absence de circonstances fortuites, ni l'exclusion de la perte en raison d'un vice inhérent : dossier d'appel, vol. 1, aux pages 55 à 57.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[7] Après avoir examiné la preuve présentée par les divers témoins experts, la Cour fédérale s'est prononcée sur la cause immédiate de la perte. Elle a accepté les

accepted the conclusions of Zurich's expert, Captain Fernandes. These conclusions were summarized by the Federal Court as follows (reasons, at paragraph 50):

He [Captain Fernandes] concludes that it is reasonable to attribute the corrosion damage to heavy condensation within the containers during transit and that the most likely source of the heavy condensation is the high moisture content in the heat pressure treated lumber. Cpt. Fernandes concludes that the machinery was insufficiently packed (unwrapped steel machines in a container full of wood that has not been kiln dried and no use of dessicants) and that the wood used as dunnage was clearly unsuitable because of its high moisture content. [Footnote omitted.]

[8] The Federal Court then began its review of the relevant law by referring to the famous passage from *British and Foreign Marine Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.) (*Gaunt*), with respect to all-risks insurance policies [at page 57]:

There are, of course, limits to "all risks." They are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear or British capture. It covers a risk, not a certainty; it is something, which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried.

[9] The Federal Court took from this passage that, in order to succeed, the insured needs to establish on a balance of probabilities that the loss was due to a fortuity, that is, an external, accidental cause: see reasons, at paragraph 60.

[10] The Federal Court then reviewed some of the jurisprudence where the issue of lack of fortuity has been considered. The Court referred to *Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad*, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869 (*Global Process Systems*); *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 238 (C.A.) (*Noten*); and *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27 (*Nelson Marketing*).

[11] The Federal Court also considered whether, on the facts of this case, it could be inferred that the loss

conclusions de l'expert de Zurich, le capitaine Fernandes, et les a résumées de la façon suivante (motifs, au paragraphe 50) :

Il est raisonnable, conclut [le capitaine Fernandes], d'imputer les dommages dus à la corrosion à la forte condensation présente dans les conteneurs lors du transport, et la source la plus probable de cette condensation est la haute teneur en humidité du bois traité sous pression et à la chaleur. Le capitaine Fernandes conclut que les machines n'étaient pas assez bien conditionnées (des machines en acier non conditionnées, dans un conteneur empli de bois non séché au séchoir et sans utilisation d'agents dessicants) et que le bois utilisé comme calage était manifestement impropre à cause de sa forte teneur en humidité. [Note en bas de page omise.]

[8] La Cour fédérale a ensuite commencé son analyse des règles de droit applicables par un renvoi au célèbre passage de l'arrêt *British and Foreign Marine Co. v. Gaunt*, [1921] 2 A.C. 41 (H.L.) (l'arrêt *Gaunt*), portant sur les polices d'assurance tous risques [à la page 57] :

[TRADUCTION] L'expression « tous risques » comporte évidemment des limites. Il y a les risques et il y a les risques assurés. Par conséquent, l'expression ne vise pas le vice inhérent, l'usure normale ou la capture par les forces britanniques. Elle vise un risque, non une certitude; il s'agit de quelque chose qui provient de l'extérieur à l'objet assuré, non du comportement naturel de l'objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport.

[9] La Cour fédérale en a conclu que, pour obtenir gain de cause, l'assuré doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la perte résulte de circonstances fortuites, c'est-à-dire d'une cause extérieure et accidentelle : voir les motifs, au paragraphe 60.

[10] La Cour fédérale a ensuite examiné certaines décisions relatives à la question de l'absence de circonstances fortuites. Elle a renvoyé aux arrêts *Global Process Systems Inc. & Anor v. Berhad*, [2011] UKSC 5, [2011] 1 All E.R. 869 (l'arrêt *Global Process Systems*); *T.M. Noten B.V. v. Harding*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 283 (C.A.) (l'arrêt *Noten*); et *Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2006 BCCA 327, 57 B.C.L.R. (4th) 27 (l'arrêt *Nelson Marketing*).

[11] La Cour fédérale s'est en outre demandé si elle pouvait, à la lumière des faits de l'espèce, inférer que la

was due to a fortuitous event or an accident in the course of the voyage. It found that although an inference could be drawn that a fortuitous event had occurred if other shipments had been made under closely comparable circumstances without being damaged, that was not the case here. The presence of pressure treated wood in the containers was a departure from past practice and, as a result, the Court could not infer that the loss was due to a fortuity.

[12] The Federal Court considered that this case was analogous to the *Noten* and *Nelson Marketing* cases, cited above. The Court noted that, as in those cases, there was in this case no evidence of any unusual or untoward weather, or of any unusual features of the containers themselves. Nor was there evidence of any ingress of water or humid air in the course of the voyage. It is implicit in the Court's reasoning that the absence of these factors pointed, as it did in *Noten* and *Nelson Marketing*, to the absence of a fortuitous cause of loss.

[13] The Federal Court also rejected Feuiltault's theory that the loss was caused by the presence of an aggressive chemical agent accidentally introduced into the container in the course of the voyage. The presence of such an agent would have satisfied the requirement of a fortuitous cause of loss.

[14] In the end result, the Court concluded that there was no coverage for the claim because Feuiltault, the insured, had not shown that the loss was caused by a fortuity.

[15] The Federal Court went on to consider the exclusion pleaded by Zurich, namely "insufficiency or unsuitability of packing". The Court referred to the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian National Railway Co. v. Royal and Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2008 SCC 66, [2008] 3 S.C.R. 453 (CNR), a case which dealt with an exclusion for "faulty or improper design" in a builder's risk policy. The Court was of the view that the standard applied by the Supreme Court to determine if the design in

perte avait été causée par des circonstances fortuites ou un accident survenu au cours du voyage. Elle a conclu qu'il aurait été possible d'inférer l'existence de circonstances fortuites si des marchandises avaient déjà été transportées dans des conditions étroitement comparables sans être endommagées, mais que ce n'était pas le cas en l'espèce. La présence de bois traité sous pression dans les conteneurs dérogeait aux façons de faire antérieures et la Cour ne pouvait donc inférer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites.

[12] Selon la Cour fédérale, la présente espèce était analogue aux affaires *Noten* et *Nelson Marketing*, précitées. Elle a signalé que, comme dans ces affaires, il n'y avait en l'espèce aucune preuve de conditions météorologiques inhabituelles ou malencontreuses ni de caractéristiques inhabituelles des conteneurs eux-mêmes. La preuve n'a révélé aucune infiltration d'eau ou d'air humide pendant le voyage. Il ressort implicitement du raisonnement suivi par la Cour que l'absence de ces facteurs donnait à penser, comme dans les affaires *Noten* et *Nelson Marketing*, que la perte n'était pas attribuable à des circonstances fortuites.

[13] La Cour fédérale a en outre rejeté la théorie de Feuiltault selon laquelle la perte avait été causée par la présence d'un agent chimique agressif accidentellement introduit dans le conteneur au cours du voyage. La présence d'un agent de ce genre aurait permis de satisfaire à l'exigence voulant que la perte soit attribuable à des circonstances fortuites.

[14] En fin de compte, la Cour a conclu que la police d'assurance ne couvrait pas la perte parce que Feuiltault, l'assuré, n'avait pas réussi à établir qu'elle avait été causée par des circonstances fortuites.

[15] La Cour fédérale s'est ensuite penchée sur l'exclusion invoquée par Zurich, à savoir l'emballage insuffisant ou inapproprié. Elle a renvoyé à l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances*, 2008 CSC 66, [2008] 3 R.C.S. 453 (l'arrêt CN), de la Cour suprême du Canada, dans lequel il était question d'une exclusion pour cause de « conception défectueuse ou inadéquate » prévue dans une police d'assurance des constructeurs. Selon la Cour fédérale, la norme

that case was “faulty or improper” should also be used to determine if the packing or preparation of the cargo was insufficient. The standard applied by the Supreme Court was that of the “ordinary reasonably cautious and prudent person”: see reasons, at paragraph 67.

[16] The Federal Court concluded, after considering all of the evidence, that the packing and preparation of the cargo were insufficient. The Court also found that the pressure treated wood used to brace the machines in the containers was unsuitable considering the absence of wrapping to protect them from rusting. The Court found that, had the machinery been wrapped with a protective covering, as it was in a later shipment, the loss would not have occurred.

[17] As a result, the Federal Court dismissed Feuiltault’s claim against Zurich.

STANDARD OF REVIEW

[18] This is an appeal of a decision of a judgment rendered after a trial. As such, the standard of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8, 10 and 37, applies: palpable and overriding error with respect to questions of fact and questions of mixed fact and law (save in the case of an extricable legal error), and correctness with respect to questions of law.

ANALYSIS

[19] The first issue to be considered is whether the Federal Court erred in concluding that Feuiltault had the onus of showing that the loss was caused by a fortuity. In my view, the proposition that an insured under an all-risks policy must prove that the loss occurred as a result of a fortuity is of limited application and is subject to the caveat that, where the insurer has contractually excluded non-fortuitous losses, the onus of

appliquée par la Cour suprême pour décider si la conception dans l’arrêt *CN* était « défectueuse ou inadéquate » devait également servir pour statuer sur le caractère suffisant de l’emballage ou de la préparation de la cargaison. La Cour suprême a appliqué la norme de la « personne ordinaire, raisonnable et prudente » : voir les motifs, au paragraphe 67.

[16] Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, la Cour fédérale a conclu que l’emballage et la préparation de la cargaison étaient insuffisants. Elle a également estimé que le bois traité sous pression utilisé pour caler les machines dans les conteneurs n’était pas approprié étant donné l’absence d’un emballage pour protéger ces machines de la rouille. La Cour a conclu que, si les machines avaient été emballées à l’aide d’une enveloppe protectrice, comme ce fut le cas pour un envoi ultérieur, il n’y aurait pas eu de perte.

[17] En conséquence, la Cour fédérale a rejeté l’action intentée par Feuiltault contre Zurich.

LA NORME DE CONTRÔLE

[18] Il s’agit d’un appel d’un jugement rendu à la suite d’un procès. À ce titre, la norme de contrôle applicable est celle énoncée dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8, 10 et 37, soit l’erreur manifeste et dominante en ce qui concerne les questions de fait ou les questions mixtes de fait et de droit (sauf dans le cas d’une erreur de droit isolable), et la décision correcte à l’égard des questions de droit.

ANALYSE

[19] Il importe en premier lieu de se demander si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que Feuiltault avait l’obligation de démontrer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites. À mon avis, la règle selon laquelle l’assuré visé par une police d’assurance tous risques doit établir que la perte a été fortuite n’est fondée que dans des situations restreintes et elle fait l’objet de la réserve suivante : lorsque

proving lack of fortuity with respect to those losses falls on the insurer.

[20] Ever since *Gaunt* was decided, it has been the law that “all-risks” policies cover only losses caused by fortuity or casualty, that is, “something which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried”: see *Gaunt*, cited above, at page 57. In his speech, Lord Sumner expanded upon this notion (*Gaunt*, cited above, at page 57):

There are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear or British capture. It covers a risk, not a certainty; it is something which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of that subject-matter, being what it is, in the circumstances in which it is carried. Nor is it a loss which the assured brings about by his own act, for then he has not merely exposed the goods to the chance of injury, he has injured them himself.

[21] The roots of the issue with respect to fortuity raised by this appeal lies in the passage that immediately follows the one quoted above (*Gaunt*, cited above, at pages 57 and 58):

Finally, the description “all risks” does not alter the general law; only risks are covered which it is lawful to cover, and the onus of proof remains where it would have been on a policy against ordinary sea perils.

I think, however, that the quasi-universality of the description does affect the onus of proof in one way. The claimant insured against and averring a loss by fire must prove loss by fire, which involves proving that it is not something else. When he avers loss by some risk coming within “all risks,” as used in this policy, he need only give evidence reasonably showing that the loss was due to a casualty, not to a certainty or to inherent vice or to wear and tear.

l’assureur a exclu, par contrat, les pertes non attribuables à des circonstances fortuites, il lui incombe de prouver l’absence de circonstances fortuites au regard de la perte.

[20] Depuis le prononcé de l’arrêt *Gaunt*, il est établi en droit que les polices d’assurance « tous risques » couvrent uniquement les pertes attribuables à des circonstances fortuites ou à un sinistre, c’est-à-dire [TRADUCTION] « quelque chose qui provient de l’extérieur à l’objet assuré, non du comportement naturel de l’objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport » : voir l’arrêt *Gaunt*, précité, à la page 57. Dans les propos qu’il tient sur ce point, lord Sumner a précisé cette notion de la façon suivante (arrêt *Gaunt*, précité, à la page 57) :

[TRADUCTION] Il y a les risques et il y a les risques assurés. Par conséquent, l’expression ne vise pas le vice inhérent, l’usure normale ou la capture par les forces britanniques. Elle vise un risque, non une certitude; il s’agit de quelque chose qui provient de l’extérieur à l’objet assuré, non du comportement naturel de l’objet assuré, compte tenu de sa nature, dans les circonstances entourant son transport. Il ne s’agit pas non plus d’une perte que l’assuré cause par ses propres faits et gestes, puisque non seulement expose-t-il alors les biens au risque d’un dommage, mais encore il les endommage lui-même.

[21] L’origine de la question relative aux circonstances fortuites soulevée dans le présent appel repose sur le passage qui suit immédiatement celui reproduit ci-dessus (arrêt *Gaunt*, précité, aux pages 57 et 58) :

[TRADUCTION] Enfin, l’expression « tous risques » ne modifie pas le droit commun; les seuls risques couverts sont ceux qu’il est licite de couvrir, et le fardeau de la preuve est le même que dans le cas d’une police d’assurance contre les périls maritimes ordinaires.

Je pense, toutefois, que la quasi-universalité de l’expression influe, à un égard, sur le fardeau de la preuve. Le demandeur assuré contre les pertes attribuables à un incendie qui déclare une perte de cette nature doit établir l’existence d’une perte attribuable à un incendie, ce qui implique qu’il doit prouver qu’il ne s’agit pas de quelque chose d’autre. Lorsqu’il déclare une perte attribuable à un risque visé par une police d’assurance « tous risques », au sens où cette expression est employée dans la police d’assurance en cause, il n’a qu’à présenter une preuve suffisante du fait que la perte était attribuable à un sinistre, et non à une certitude, à un vice inhérent ou à l’usure normale.

[22] Two propositions emerge from these passages. The first is that the insured has the onus of showing that the loss was due to a fortuity or a casualty. The second is that inherent vice is not a fortuity. These two propositions must be considered together with another legal proposition, namely that the insurer has the burden of proving the exclusions upon which he relies when denying coverage (*Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 S.C.R. 164, (*Dalton Cartage Co.*), at pages 167 and 168):

A long standing line of authorities require an insurer, seeking solace in an exclusion from otherwise unlimited liability, to show that the exclusion applies.

[23] *Dalton Cartage Co.* is not a marine insurance case. However, the same rule applies in marine insurance cases: see *Global Process Systems*, cited above, at paragraph 20.

[24] The question of onus becomes important where the insurer excludes non-fortuitous losses, such as losses caused by inherent vice. The definition of inherent vice was settled in *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.) (*Soya*), where Lord Diplock, at page 126, wrote:

This phrase (generally shortened to “inherent vice”) where it is used in s. 55(2) (c) refers to a peril by which a loss is proximately caused; it is not descriptive of the loss itself. It means the risk of deterioration of the goods shipped as a result of their natural behaviour in the ordinary course of the contemplated voyage without the intervention of any fortuitous external accident or casualty.

This definition was confirmed by the Supreme Court of the United Kingdom in *Global Process Systems*, cited above, at paragraphs 45, 81 and 129–133.

[25] In light of this definition, it is manifest that there is a conflict between the following propositions:

[22] On peut dégager deux règles de ces extraits. Premièrement, il incombe à l'assuré de démontrer que la perte était attribuable à des circonstances fortuites ou à un sinistre. Deuxièmement, un vice inhérent n'est pas une circonstance fortuite. Ces deux règles doivent être examinées à la lumière d'une autre règle juridique, à savoir que l'assureur a le fardeau d'établir l'application des exclusions qu'il invoque pour refuser d'indemniser l'assuré (*Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164 (l'arrêt *Dalton Cartage Co.*), aux pages 167 et 168) :

Selon une jurisprudence constante de longue date, un assureur qui invoque la protection d'une clause d'exclusion contre une obligation d'indemniser par ailleurs sans limite, doit prouver que la clause s'applique.

[23] Bien que l'arrêt *Dalton Cartage Co.* ne concerne pas l'assurance maritime, la même règle s'applique dans les affaires où il est question de ce genre d'assurance : voir l'arrêt *Global Process Systems*, précité, au paragraphe 20.

[24] La question du fardeau de la preuve devient importante lorsque l'assureur exclut les pertes non fortuites, comme celles découlant d'un vice inhérent. La définition de l'expression « vice inhérent » a été établie dans l'arrêt *Soya G.m.b.H. Mainz Kommanditgesellschaft v. White*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 122 (H.L.) (l'arrêt *Soya*), où lord Diplock s'est exprimé en ces termes à la page 126 :

[TRADUCTION] Cette expression (habituellement abrégée par le terme « vice inhérent ») employée au paragraphe 55(2)(c) renvoie à un risque qui est la cause immédiate d'une perte; il ne s'agit pas d'une description de la perte elle-même. Elle désigne le risque de détérioration des biens expédiés découlant de leur comportement naturel dans le cours normal du déplacement prévu et sans qu'une circonstance extérieure ou un sinistre extérieur ne soit en cause.

La Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé cette définition dans l'arrêt *Global Process Systems*, précité, aux paragraphes 45, 81 et 129 à 133.

[25] Compte tenu de cette définition, il est évident que les règles suivantes se contredisent :

(a) an insured under an all-risks policy must show, if only by inference, that the loss was caused by a fortuity; and

(b) the insurer must prove the application of the exclusion, including non-fortuitious losses, on which it relies to deny coverage.

An insured who cannot show that the loss was caused by a fortuity will have, in effect, shown that the loss was caused by inherent vice, since, by definition, inherent vice is the deterioration of the cargo without the intervention of any fortuitious external accident or casualty. This reverses the onus with respect to proof of the cause of loss, since requiring the insured to show that the loss was due to a fortuity imposes on the latter the onus of *disproving* inherent vice.

[26] In my view, the jurisprudence with respect to the burden on the insured to prove a fortuity as a condition of recovery under an all-risks policy must therefore be read carefully. It is trite law that insurance policies must be read as a whole so as to give effect to all terms of the contract: see *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12 (*BG Checo*), at pages 23 and 24. In practice, this means that the scope of coverage is determined by the interplay between the insuring agreement and the exclusions. Where the question of coverage falls to be decided solely on the scope of the insuring agreement, in the absence of exclusions, *Gaunt* is authority for the proposition that the insured must show his loss is fortuitous. But where the question of coverage depends upon both the insuring agreement and the exclusions, then *Gaunt* and the jurisprudence that follows it must be read subject to the following caveat: where the insurer has specifically excluded non-fortuitious losses, especially inherent vice, then it must be taken to have accepted the burden of proving lack of fortuity.

a) un assuré visé par une police d'assurance tous risques doit établir, ne serait-ce qu'au moyen d'une inférence, que la perte est attribuable à une circonstance fortuite;

b) l'assureur doit établir l'application de l'exclusion, notamment les pertes non fortuites, sur laquelle il se fonde pour refuser d'indemniser l'assuré.

L'assuré qui ne peut démontrer que la perte a été causée par une circonstance fortuite aura, en fait, établi que la perte a été causée par un vice inhérent puisque, par définition, un tel vice tient à la détérioration de la cargaison sans qu'aucun accident ou sinistre externe fortuit ne se soit produit. Il s'ensuit donc une inversion de la charge de la preuve quant à l'établissement de la cause de la perte, puisque le fait d'obliger l'assuré à prouver que la perte était attribuable à une circonstance fortuite impose à celui-ci le fardeau de *réfuter* l'existence d'un vice inhérent.

[26] À mon avis, la jurisprudence relative à l'obligation qui incombe à l'assuré de prouver l'existence d'une circonstance fortuite pour avoir droit à une indemnité aux termes d'une police d'assurance tous risques doit donc faire l'objet d'un examen attentif. Il est bien établi en droit que les polices d'assurance doivent être interprétées en tenant compte de l'ensemble de la police, de manière à donner effet à chacune des clauses du contrat : voir l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (l'arrêt *BG Checo*), aux pages 23 et 24. En pratique, cela signifie que la portée de la couverture dépend tant des dispositions sur la couverture que de celles sur les exclusions. Lorsque la question de la couverture doit être tranchée uniquement en fonction de l'entente d'assurance, en l'absence d'exclusions, l'arrêt *Gaunt* permet d'affirmer que l'assuré doit démontrer que sa perte est fortuite. Toutefois, lorsque la question de la couverture dépend à la fois de l'entente d'assurance et des exclusions, l'arrêt *Gaunt* et les décisions qui ont suivi doivent être interprétés en tenant compte de la mise en garde suivante : si l'assureur a expressément exclu des pertes non attribuables à des circonstances fortuites, en particulier le vice inhérent, il faut alors supposer qu'il a accepté d'assumer le fardeau de prouver l'absence de circonstances fortuites.

[27] This is also consistent with the rule that all terms of the policy must be given meaning: see *BG Checo*, cited above, at pages 23 and 24. Requiring the insured to prove that the loss was due to a fortuity effectively renders the exclusion of non-fortuitous losses superfluous. If the insured can prove that the loss was caused by a fortuity, the exclusions cannot apply. If the insured cannot prove that the loss was caused by a fortuity, his claims fails and the issue of the exclusions for non-fortuitous losses will never arise. The only way to give both the insuring agreement and the exclusions their proper scope is to hold that the insured under an all-risks policy needs only show that the cargo was in good condition when the insurance attached and that the goods were damaged while the insurance was in force. It is for the insurer who wishes to deny coverage to prove that the exclusion with respect to inherent vice or other non-fortuitous loss applies.

[28] *Nelson Marketing*, cited above, which the Federal Court relied on in coming to its conclusion, illustrates the anomaly that results from an unqualified application of the principle set out in *Gaunt*. In *Nelson Marketing*, the insured cargo was laminated flooring, manufactured in Malaysia and shipped from there to North America. Upon arrival, the flooring was found to be cracked, delaminated and water-stained.

[29] The insurance policy was the same as the one in issue in this case, an all-risks policy that excludes, among other perils, loss caused by or resulting from inherent vice, or from the nature of the subject-matter insured. The insurer denied the insured's claim under the policy. The insured sued and lost at trial. The insured appealed.

[30] In considering the matter, the British Columbia Court of Appeal made the following observations (*Nelson Marketing*, cited above, at paragraph 13):

[27] Cette affirmation est également compatible avec la règle selon laquelle il faut donner un sens à chacune des modalités d'une police d'assurance : voir l'arrêt *BG Checo*, précité, aux pages 23 et 24. Obliger l'assuré à prouver que la perte est attribuable à une circonstance fortuite a en fait pour effet de rendre inutile l'exclusion relative aux pertes non fortuites. Si l'assuré peut établir que la perte a été causée par des circonstances fortuites, les exclusions ne peuvent s'appliquer. En revanche, s'il ne peut établir que la perte a été causée par des circonstances fortuites, sa demande d'indemnité échoue et la question des exclusions relatives aux pertes non fortuites ne sera jamais soulevée. La seule façon de donner la portée qui convient à la fois aux dispositions sur la couverture et aux exclusions consiste à conclure que l'assuré visé par une police d'assurance tous risques n'a qu'à démontrer que la cargaison était en bon état lorsqu'elle a été assurée et qu'elle a été endommagée pendant que l'assurance était en vigueur. Il incombe à l'assureur qui veut refuser la réclamation de prouver que l'exclusion relative au vice inhérent ou à une autre perte non fortuite s'applique.

[28] L'arrêt *Nelson Marketing*, précité, sur lequel s'est appuyée la Cour fédérale pour tirer sa conclusion, illustre comment l'application sans réserve du principe énoncé dans l'arrêt *Gaunt* peut mener à une situation anormale. Dans cette affaire, la cargaison assurée se composait de parquet contrecollé fabriqué en Malaisie, qui avait quitté ce pays à destination de l'Amérique du Nord. À son arrivée, le parquet était fendillé, décollé et marqué de taches d'eau.

[29] La police d'assurance en cause était identique à celle dans la présente affaire, soit une police d'assurance tous risques qui excluait notamment les pertes causées par un vice inhérent ou la nature même de l'objet assuré. L'assureur a refusé la réclamation de l'assuré. Ce dernier a intenté une action et il a été débouté au procès. Il a ensuite interjeté appel.

[30] Lors de l'examen de l'affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a formulé les observations suivantes (arrêt *Nelson Marketing*, précité, au paragraphe 13) :

Thus, to succeed on a claim under an “all risks” cargo policy, the Insured must establish, by direct evidence or by an inference to be drawn from the available evidence, that an external fortuitous occurrence caused the deterioration of the cargo as distinct from the cargo having simply succumbed to the ordinary incidents of the voyage because of the cargo’s inherent nature or susceptibility.

The Court then framed the issue before it as follows (*Nelson Marketing*, cited above, at paragraph 23):

The issue is only whether what did cause the loss was fortuitous and not attributable to the inherent nature of the flooring. The nature of the flooring was to absorb and release moisture. The amount of moisture absorbed and released (and the damage that could result) varied with the environmental conditions of temperature and humidity to which the flooring was exposed. For the cause of the loss to have been fortuitous, the flooring, which had absorbed some moisture before shipment, must have been exposed to conditions other than what could be said to have been ordinary in the holds of feeder vessels on each of the three carriages from the Malaysian ports to Singapore. The Insured bore the burden of establishing that the conditions in the holds of the three vessels was substantially different than was to be expected as part of the ordinary incidents of the carriage. The question now is only whether there was evidence that would support a finding that the environmental conditions were substantially out of the ordinary. [My emphasis.]

[31] In the end, the Court found that the insured had not shown that the environmental conditions were out of the ordinary, with the result that, having failed to establish that the loss was due to a fortuitous condition, the insured was denied coverage under the policy.

[32] The significance of the environmental conditions was that, if they were proven by the insured to be out of the ordinary, they would have represented a fortuity that brought the loss within the terms of coverage. But as I noted above, proof of such a fortuity necessarily renders the exclusion for inherent vice superfluous and the insurer is thereby relieved of the burden of proving that the exclusion applies. The Court would have come to the same result had it considered that the loss was, *prima facie*, within the terms of coverage and then applied the exclusion for inherent vice.

[TRADUCTION] Par conséquent, pour obtenir gain de cause en vertu d’une police d’assurance-cargaison « tous risques », l’assuré doit établir, au moyen d’une preuve directe ou d’une inférence à partir de la preuve disponible, qu’un événement fortuit externe est à l’origine de la détérioration de la cargaison, et non les incidents habituels du voyage à cause de la nature ou de la fragilité inhérente de la cargaison.

La Cour a alors décrit de la façon suivante la question dont elle était saisie (arrêt *Nelson Marketing*, précité, au paragraphe 23) :

[TRADUCTION] Il s’agit uniquement de décider si la perte était fortuite plutôt que de découler de la nature inhérente du parquet. Il était de la nature du parquet d’absorber et de dégager de l’humidité. La quantité d’humidité absorbée et dégagée (et les dommages susceptibles d’en découler) variait selon les conditions ambiantes de la température et de l’humidité auxquelles le parquet était exposé. Pour que la perte soit fortuite, le parquet, qui avait absorbé une certaine quantité d’humidité avant d’être expédié, devait avoir été exposé à des conditions autres que celles qui sont habituellement considérées comme normales dans les cales des navires collecteurs lors de chacun des trois déplacements effectués entre les ports de la Malaisie et Singapour. Il incombait à l’assuré d’établir que les conditions présentes dans les cales des trois navires étaient sensiblement différentes de celles auxquelles on s’attendrait dans le cours habituel du transport. La Cour doit donc maintenant se demander si elle dispose d’éléments de preuve lui permettant de conclure que les conditions ambiantes étaient fort inhabituelles. [Non souligné dans l’original.]

[31] En définitive, la Cour a conclu que l’assuré n’avait pas réussi à prouver que les conditions ambiantes étaient inhabituelles. Comme il n’avait pu établir que la perte était fortuite, l’assuré n’a pas été indemnisé en vertu de la police d’assurance.

[32] L’importance des conditions ambiantes tenait au fait que si l’assuré réussissait à établir leur caractère inhabituel, elles auraient constitué une circonstance fortuite, ce qui aurait fait en sorte que la perte soit visée par la couverture. Cependant, comme je l’ai signalé précédemment, la preuve de l’existence d’une circonstance fortuite rend nécessairement inutile l’exclusion relative au vice inhérent et l’assureur est ainsi libéré de son obligation de prouver que l’exclusion s’applique. La Cour serait arrivée au même résultat si elle avait estimé que la perte était, à première vue, visée par la couverture et avait ensuite appliqué la clause d’exclusion relative au vice inhérent.

[33] I am therefore of the view that, in order to give full effect to the terms of the policy in this case, it is necessary to treat the exclusions for non-fortuitous losses (inherent vice, wear and tear, deliberate acts of the insured) as an undertaking by the insurer to assume the burden of proving that the loss was not fortuitous, thereby relieving the insured of the obligation to do so. In my view, this is an incremental advance, based on the terms of the policy, on the principle set out in *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), at page 1058: "If the goods are shipped sound and arrive damaged, and the damage is of such a kind as to raise a presumption of some external cause, there is [under an "All risks" policy] *prima facie* evidence of loss by an insured peril, and the burden is on the underwriter to prove that the loss in fact occurred in some way for which he is not liable". See also *CNR*, at paragraphs 5, 31 and 34.

[34] As a result, I find that the Federal Court erred in law in imposing on the insured the burden of proving that the loss was caused by a fortuity. In doing so, it failed to give effect to the contract between Feuiltault and Zurich.

[35] Since the insurer did not plead that the loss was caused by a non-fortuitous loss, the only remaining issue is whether the exclusion for insufficiency of packing relieves Zurich of liability under the policy. For ease of reference, I reproduce the exclusion again (appeal book, Vol. 1, at page 31):

4.3 Loss, damage or expense caused by insufficiency or unsuitability of packing or preparation of the subject matter insured.(for the purpose of this Clause 4.3 "packing" shall be deemed to include stowage in a container or lift van but only when such stowage is carried out prior to attachment of this insurance by the Assured or their servants).

[33] J'estime par conséquent que, pour donner plein effet aux clauses de la police d'assurance en l'espèce, il est nécessaire de traiter les exclusions relatives aux pertes non fortuites (vice inhérent, usure normale, faute intentionnelle de l'assuré) comme s'il s'agissait d'un engagement de l'assureur à assumer le fardeau de prouver que la perte n'était pas fortuite, ce qui dispense l'assuré de l'obligation de le faire. À mon avis, cette position, fondée sur les clauses de la police d'assurance, va dans le même sens que les principes suivants énoncés dans l'ouvrage *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2008), à la page 1058 : [TRADUCTION] « Si les marchandises sont expédiées en bon état et arrivent endommagées, et si les dommages sont d'une nature telle qu'ils font présumer qu'il existe une quelconque cause extérieure à ces dommages, il s'agit [suivant la police d'assurance « tous risques »] d'une preuve *prima facie* d'une perte résultant d'un risque assuré, et il incombe à l'assureur maritime de prouver que la perte s'est en réalité produite d'une façon qui fait qu'il n'est pas responsable ». Voir aussi l'arrêt *CN*, précité, aux paragraphes 5, 31 et 34.

[34] En conséquence, j'arrive à la conclusion que la Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'elle a imposé à l'assuré le fardeau d'établir que la perte était fortuite. Elle a ainsi omis de donner effet au contrat conclu entre Feuiltault et Zurich.

[35] Comme l'assureur n'a pas fait valoir que la perte n'était pas fortuite, la seule question qui demeure est celle de savoir si l'exclusion pour cause d'insuffisance de l'emballage exonère Zurich de la responsabilité qui lui incombe aux termes de la police d'assurance. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau la clause d'exclusion (dossier d'appel, vol.1, à la page 31) :

[TRADUCTION]

4.3 Les pertes, détériorations ou frais en raison de l'emballage ou de la préparation insuffisants ou inappropriés du bien assuré. (Pour l'application de la présente clause 4.3, le terme « emballage » s'entend notamment de l'arrimage dans un conteneur ou une caisse, uniquement dans le cas où cet arrimage a été effectué avant la prise d'effet du présent contrat d'assurance, par l'assuré ou ses employés.)

[36] While the jurisprudence on this exclusion is sparse indeed, it has been held to apply to “those steps which are necessary to prepare the cargo for the loading process, not the very acts which result in the cargo being stowed on board”: see *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129 (Supreme Court of Victoria [in Australia]), at page 29. I understand this to mean that the exclusion applies to the steps taken by the insured to protect the cargo from the ordinary incidents of carriage, including stowing cargo in a container and taking steps to immobilize it in the container. By necessary implication, I also understand this exclusion to refer to the suitability of the materials used by the insured for those purposes. The application of this clause to circumstances where the conditions encountered in the course of the voyage depart from “the ordinary incidents of carriage” does not need to be answered here as it does not arise on these facts.

[37] In order for the exclusion to apply, the packing must occur prior to the attachment of the insurance. Clause 8.1 deals with the attachment of the insurance (appeal book, Vol. 1, at page 35):

8.1 This insurance attaches from the time the goods leave the warehouse or place of storage at the place named herein for the commencement of the transit, continues during the ordinary course of transit ...

[38] It is not contentious that the containers were packed on the insured’s premises prior to being picked up for transportation to the Port of Montreal and onwards.

[39] The exclusion requires that the loss or damage be caused by the insufficiency or unsuitability of packing. In this case, the Federal Court accepted that the corrosion of the cargo was caused by condensation in the container due to the high moisture content of the pressure treated wood used to secure the machinery in the container. Since the wood was a packing material, I agree with the Federal Court’s conclusion that the

[36] La jurisprudence relative à cette exclusion est très rare, mais il a été statué que l’exclusion s’appliquait [TRADUCTION] « aux mesures qui sont nécessaires pour préparer la cargaison en vue du chargement et non aux actes mêmes qui font en sorte que la cargaison soit arrimée à bord du navire » : voir la décision *Helicopter Resources Pty Ltd. v. Sun Alliance Australia Ltd. (The Icebird)*, [1991] VICSC 129 (Cour suprême de Victoria, en Australie), à la page 29. Si je comprends bien, cela signifie que l’exclusion s’applique aux mesures prises par l’assuré pour protéger la cargaison des incidents habituels du transport, y compris l’arrimage de la cargaison dans un conteneur et les mesures prises pour l’immobiliser dans celui-ci. Il s’ensuit donc, si j’ai toujours bien compris, que cette exclusion renvoie au caractère approprié des matériaux que l’assuré a utilisés à ces fins. Il est inutile de trancher la question de l’application de cette clause à des situations où les conditions rencontrées pendant le voyage diffèrent des « incidents habituels du transport », puisqu’elle ne se pose pas en l’espèce.

[37] Pour que l’exclusion s’applique, l’emballage doit avoir été effectué avant la prise d’effet de la police d’assurance. La clause 8.1 porte sur cette prise d’effet (dossier d’appel, vol. 1, à la page 35) :

[TRADUCTION]

8.1 Le présent contrat prend effet à compter du moment où les marchandises quittent le magasin ou l’entrepôt au lieu désigné aux présentes comme endroit du début du voyage, demeure en vigueur pendant le transport habituel [...]

[38] Il n’est pas contesté que les conteneurs ont été préparés à l’établissement de l’assuré avant d’être transportés au port de Montréal et à leur destination subséquente.

[39] L’exclusion exige que la perte ou les détériorations soient causées par un emballage insuffisant ou inapproprié. En l’espèce, la Cour fédérale a accepté que la corrosion de la cargaison était attribuable à la condensation présente dans le conteneur en raison de la haute teneur en humidité du bois traité sous pression utilisé pour caler les machines dans le conteneur. Comme le bois était une matière d’emballage, je suis d’accord avec

packing was unsuitable. It follows from this that the unsuitability of the packing was the cause of the loss. The Federal Court also found that the packing was insufficient. It appears that the insufficiency consisted in the absence of protective wrapping which could have prevented the loss. While the absence of the protective wrapping, in and of itself, did not cause the loss, in the circumstances of this case, it did contribute to the loss so as to satisfy the requirements of the exclusion.

[40] This conclusion is consistent with the general purpose of marine insurance, which is to indemnify against the risks incident to a maritime voyage, and not to guarantee the skill and workmanship of the insured in preparing the cargo for such a voyage.

CONCLUSION

[41] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

la conclusion tirée par la Cour fédérale voulant que l'emballage ait été inapproprié. Il s'ensuit que le caractère inapproprié de l'emballage était la cause de la perte. La Cour fédérale a en outre conclu que l'emballage était insuffisant. Il semble que cette insuffisance tenait à l'absence d'un emballage protecteur susceptible de prévenir la perte. Bien qu'elle n'ait pas, à elle seule, causé la perte, l'absence d'un tel emballage protecteur a, dans la présente affaire, contribué à la perte d'une façon qui satisfait aux exigences prévues par la clause d'exclusion.

[40] Cette conclusion est compatible avec l'objet général de l'assurance maritime, à savoir indemniser l'assuré des pertes découlant des risques propres à un voyage en mer, et non pas garantir les habiletés de l'assuré à préparer la cargaison en vue d'un tel voyage.

CONCLUSION

[41] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Je suis d'accord.