

A-619-81

A-619-81

H.B. Nickerson & Sons Limited (Appellant)

v.

Insurance Company of North America, General Security Insurance Company, Commonwealth Insurance Company, and The Central National Insurance Company (Respondents)

Court of Appeal, Pratte, Le Dain and Marceau JJ.—Ottawa, September 20 and October 26, 1983.

Maritime law — Loss of ship — Burden of proof — Plaintiff not discharging onus of proving loss due to peril of sea as failing to disclose explanation for sinking — Action dismissed — Whether in view of ship's alleged seaworthiness loss may be attributed to peril of sea by inference — Appeal dismissed — Finding of absence of lack of integrity not equivalent to positive conclusion of seaworthiness prior to sinking — No attempt by plaintiff before Trial Judge to address question of seaworthiness — Onus on plaintiff to establish peril of sea dominant and effective cause of loss, not to identify exact cause of loss — Standard of proof: balance of probabilities — Proof by inference valid and owner to succeed if by convincing proof of seaworthiness judge satisfied that any cause other than one falling under concept of peril of sea improbable — Whether evidence convincing enough matter of appreciation by presiding judge — Evidence not overwhelming — Marine Insurance Act, 1906, 6 Edw. 7, c. 41 (U.K.), ss. 39(5), 55(1), First Schedule, Rules for Construction of Policy, R. 7 — Marine Insurance Act 1909 (Commonwealth), s. 45(5).

This is an appeal from the dismissal of the plaintiff's action against insurers to recover damages for the loss of its vessel. The vessel sank as a result of incursion of sea-water through the ship's scuppers. To succeed, the plaintiff had to show that the loss had been caused by a peril of the sea within the meaning of the policy. As the evidence failed to disclose any probable explanation for the sinking, the Trial Judge held that the plaintiff had not satisfied the onus of proof and accordingly dismissed the action. The plaintiff submits that the Trial Judge failed to appreciate that as the vessel's seaworthiness had been established, its loss could, by inference, be attributed to a peril of the sea, in accordance with the reasoning of the High Court of Australia in *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another* (1979), 26 A.L.R. 1. To justify his submission, the plaintiff relied on a passage in the reasons for judgment of the Trial Judge to the effect that none of the experts who had examined the ship testified to any lack of integrity in the ship's hull. The plaintiff interpreted that passage as constituting a finding equivalent to a finding of seaworthiness, fully established by the evidence. It is further contended that if the Trial Judge had appreciated the significance of the existence of evidence of seaworthiness, he would not have relied on the

H.B. Nickerson & Sons Limited (appelante)

c.

Insurance Company of North America, General Security Insurance Company, Commonwealth Insurance Company et The Central National Insurance Company (intimées)

Cour d'appel, juges Pratte, Le Dain et Marceau—Ottawa, 20 septembre et 26 octobre 1983.

Droit maritime — Perte d'un navire — Fardeau de la preuve — La demanderesse ne s'est pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir que le sinistre résultait d'un péril de la mer parce qu'elle n'a pas pu expliquer le naufrage — Action rejetée — Compte tenu de la présomption de navigabilité du navire, la perte pouvait-elle, par déduction, résulter d'un péril de mer? — Appel rejeté — La constatation de l'absence de tout défaut d'étanchéité n'équivalait pas à une conclusion positive quant à la navigabilité du navire avant le naufrage — La demanderesse n'a pas tenté en première instance de soulever la question de la navigabilité — Il incombe à la demanderesse d'établir que le sinistre résulte principalement et réellement d'un péril de la mer et non pas d'en préciser la cause exacte — La norme de preuve: la prépondérance des probabilités — La preuve par inférence est valide et le propriétaire a gain de cause si, par une preuve convaincante de navigabilité, il satisfait le juge de l'improbabilité de toute cause qui n'en serait pas une comprise dans la notion de péril de la mer — La question de savoir si la preuve est assez convaincante est laissée à l'appréciation du juge qui préside l'instruction — La preuve n'est pas irrésistible — Marine Insurance Act, 1906, 6 Edw. 7, chap. 41 (R.-U.), art. 39(5), 55(1), première annexe, Rules for Construction of Policy, Règle 7 — Marine Insurance Act 1909 (Commonwealth), art. 45(5).

Appel est interjeté du rejet de l'action de la demanderesse contre les compagnies d'assurance en vue de recouvrer des dommages-intérêts pour la perte de son bâtiment. Le bâtiment a coulé à la suite de l'infiltration d'eau de mer par les dalots. Pour avoir gain de cause, la demanderesse devait établir que la perte était due à un péril de la mer au sens qu'en donne la police. Comme la preuve ne donne aucune explication de la cause probable du naufrage, le juge de première instance a conclu que la demanderesse ne s'était pas déchargée de la preuve qui lui incombait et, par conséquent, a rejeté l'action. La demanderesse soutient que le juge de première instance n'a pas tenu compte du fait que, comme la navigabilité du navire avait été établie, sa perte pouvait, par déduction, résulter d'un péril de la mer, conformément à la décision de la Haute Cour de l'Australie dans *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another* (1979), 26 A.L.R. 1. Pour justifier son argument, la demanderesse s'est fondée sur un passage des motifs du juge de première instance selon lequel aucun des experts qui ont examiné le navire n'a signalé quelque défaut d'étanchéité de la coque. La demanderesse a interprété ce passage comme énonçant une conclusion équivalant à une conclusion de navigabilité entièrement appuyée par la preuve. Elle soutient en outre que si

Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co., case (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (B.C.S.C.), where no evidence of seaworthiness had been adduced. In that case, the evidence disclosed no explanation for the sinking of the ship, and the Court held that if the plaintiff failed to discharge the onus of proving its case, then judgment was to go to the underwriter.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Marceau J. (Pratte and Le Dain JJ. concurring): The Trial Judge's finding as to an absence of any apparent lack of integrity constitutes a negative finding; it is not a finding equivalent to a positive conclusion of seaworthiness at any time prior to the accident. Moreover, it is a finding that refers strictly to the condition of the hull and is based solely on an examination carried out long after the sinking. At trial, the plaintiff made no attempt to address, positively and by clear evidence, the question of the seaworthiness of its vessel at any specific time before the accident. There is thus no essential distinction between this case and the *Marion* case as to the issue of seaworthiness.

For purposes of defining the legal position of the parties as to the evidence to be adduced at the trial of an action between shipowners and insurers following the loss of a vessel, recourse is to be had to three basic principles of law set out in the *Skandia* case: (1) to make good his claim, the owner must prove that the loss was attributable to a peril of the sea, i.e. a fortuitous accident or casualty of the sea; (2) where, with the privity of the assured, the ship is sent to sea in an unseaworthy state, the insurer is not liable for any loss attributable to unseaworthiness; (3) the standard of proof applicable is that resulting from an assessment of the balance of probabilities. The onus is to establish that a peril of the sea is the dominant and effective cause of the loss, not of identifying the exact cause.

The *Skandia* case stands for the proposition that in a lawsuit against insurers following the loss of his vessel, the owner may prove by inference—which is a perfectly valid means of evidence—that the accident was due to a peril of the sea and he will succeed in doing so if, by a positive and convincing proof of seaworthiness, he can satisfy the judge that any cause other than one falling under the concept of peril of the sea is improbable. However, the contention that, applied to the case at bar, that proposition would necessarily lead to a conclusion different from that arrived at by the Trial Judge, if the latter's findings as regards the apparent condition of the hull of the vessel were to be qualified as some positive evidence of seaworthiness, is untenable. The question of whether, in a particular case, the evidence is strong and convincing enough to render reasonable the drawing of the suggested inference is a matter to be appreciated by the presiding judge. If the findings of the Trial Judge about the apparent integrity of the hull are to be construed as positive findings relating to seaworthiness, the evidence resulting therefrom is certainly not "overwhelming" as in the *Skandia* case. There is no reason to believe that the Trial Judge may have forgotten or disregarded his findings in that

le juge de première instance avait apprécié la signification de l'existence d'une preuve de navigabilité, il ne se serait pas fondé sur l'affaire *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.* (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (C.S.C.-B.), où aucune preuve de navigabilité n'avait été présentée. Dans cette affaire, aucune explication du naufrage n'a été fournie par la preuve et la Cour a statué que si la demanderesse ne parvient pas à prouver ce qu'elle avance, il doit y avoir jugement en faveur de l'assureur.

Arrêt: l'appel est rejeté.

Le juge Marceau (avec l'appui des juges Pratte et Le Dain): La constatation du juge de première instance quant à l'absence de tout défaut apparent d'étanchéité constitue une constatation négative; il ne s'agit pas d'une constatation équivalant à une conclusion positive quant à la navigabilité du navire avant l'accident. De plus, c'est une constatation qui concerne strictement l'état de la coque et se fonde exclusivement sur un examen effectué longtemps après le naufrage. Lors de l'instruction, la demanderesse n'a jamais essayé de soulever, d'une manière positive et par des éléments de preuve pertinents, la question de la navigabilité du bâtiment à quelque moment précis avant l'accident. Il n'y a donc aucune distinction importante entre la présente cause et la cause *Marion* qui puisse se rapporter à la question de navigabilité.

Pour définir la position juridique des parties relativement à la preuve qui doit être présentée lors de l'instruction d'une action opposant les propriétaires du navire et les assureurs, à la suite de la perte d'un bâtiment, il faut tenir compte de trois principes fondamentaux du droit énoncé dans l'affaire *Skandia*: (1) pour que sa demande d'indemnisation soit valable, le propriétaire doit démontrer que le sinistre résulte d'un péril de la mer, c.-à-d. un accident fortuit ou un sinistre maritime; (2) lorsqu'au su de l'assuré, le navire prend la mer dans un état d'innavigabilité, l'assureur n'est pas tenu des pertes résultant de cet état; (3) la norme de la preuve applicable est celle qui résulte de l'évaluation de la prépondérance des probabilités. Le propriétaire a l'obligation d'établir que le sinistre résulte principalement et réellement d'un péril de la mer, non d'en préciser la cause exacte.

L'affaire *Skandia* appuie la proposition selon laquelle un propriétaire, dans une poursuite contre ses assureurs à la suite de la perte de son bâtiment, peut démontrer par inférence, qui est un moyen de preuve parfaitement valide, que l'accident est résulté d'un péril de la mer, et il y parviendra si, par une preuve positive et convaincante de navigabilité, il peut satisfaire le juge de l'improbabilité de toute cause qui n'en serait pas une comprise dans la notion de péril de la mer. Toutefois, la prétention à l'effet qu'appliquée à l'espèce, cette proposition entraînerait nécessairement une conclusion différente de celle du juge de première instance, s'il était possible de qualifier les constatations de celui-ci sur l'état apparent de la coque du bâtiment de preuve positive de navigabilité, est insoutenable. La question de savoir si, dans un cas particulier, la preuve est assez forte et convaincante pour permettre l'induction suggérée sera laissée à l'appréciation du juge qui préside l'instruction. Les constatations du juge de première instance sur l'étanchéité apparente de la coque constitueraient-elles des conclusions positives de la navigabilité, la preuve qui en résulterait ne serait certainement pas aussi « irrésistible » que dans l'affaire *Skandia*. Il n'y a aucune raison de croire que c'est simplement parce qu'il avait

respect when he found that there was no basis for inferring, without the weight of the evidence pointing in that direction, that the proximate cause of the sinking was more probably a peril insured against than one not covered by the policy.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co. (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (B.C.S.C.).

DISTINGUISHED:

Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.).

REFERRED TO:

Leyland Shipping Company, Limited v. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited, [1918] A.C. 350 (H.L.); *Stein, et al. v. The Ship "Kathy K", et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Century Insurance Company of Canada, et al. v. Case Existological Laboratories Ltd. et al.*, [1983] 2 S.R.C. 47.

COUNSEL:

P. B. C. Pepper, Q.C. and *P. J. Cavanagh* for appellant.

W. David Angus and *Peter Cullen* for respondents.

SOLICITORS:

Fraser & Beatty, Toronto, for appellant.

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, f Montreal, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [*sub nom. Riverport Seafoods Limited v. Insurance Co. of North America*, judgment dated October 1, 1981, Federal Court—Trial Division, T-68-76, not reported] dismissing the plaintiff's action against the defendant insurers to recover damages for the loss of its vessel the *J.E. Kenney*.

The plaintiff's action was founded on the insurance policy issued by the defendants. In order to succeed, the plaintiff had to show that the loss of the *J.E. Kenney* had been caused by a "peril of the sea" within the meaning of the policy. The *J.E. Kenney* was a steel-hulled trawler; she sank on

oublié ses constatations antérieures ou qu'il refusait d'en tenir compte que le juge de première instance a conclu que rien ne lui permettait de déduire, lorsque la preuve offerte n'est pas dans ce sens, que la cause immédiate du naufrage fut plus probablement un péril assuré qu'un péril non couvert par la police.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co. (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (C.S.C.-B.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Leyland Shipping Company, Limited v. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited, [1918] A.C. 350 (H.L.); *Stein, et autres c. Le navire «Kathy K», et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Century Insurance Company of Canada, et autres c. Case Existological Laboratories Ltd. et autres*, [1983] 2 R.C.S. 47.

AVOCATS:

P. B. C. Pepper, c.r. et *P. J. Cavanagh* pour l'appelante.

W. David Angus et *Peter Cullen* pour les intimées.

PROCUREURS:

Fraser & Beatty, Toronto, pour l'appelante.

Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal, pour les intimées.

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

LE JUGE PRATTE: Appel est interjeté d'un jugement de la Division de première instance [*sub nom. Riverport Seafoods Limited c. Insurance Co. of North America*, jugement en date du 1^{er} octobre 1981, Division de première instance de la Cour fédérale, T-68-76, non publié] rejetant l'action de la demanderesse contre les compagnies d'assurance défenderesses en vue de recouvrer des dommages-intérêts pour la perte de son bâtiment le *J.E. Kenney*.

L'action de la demanderesse est fondée sur la police d'assurance délivrée par les défenderesses. Pour avoir gain de cause, la demanderesse devait démontrer que la perte du *J.E. Kenney* résultait d'un [TRADUCTION] «péril de la mer» au sens de la police. Le *J.E. Kenney* est un chalutier avec une

May 7, 1975, while she was berthed alongside a dock at Riverport, Nova Scotia, where she had returned the previous day to unload a catch of fish. While the *J.E. Kenney* was being unloaded, it was observed that she had a small list to port. That list gradually increased, however, so as to finally permit the incursion of sea-water into the ship through her scuppers and thus render the sinking inevitable. The evidence did not disclose why the *J.E. Kenney* had thus listed and sank. The Trial Judge held that, as the cause of the loss was unknown, the plaintiff had not discharged the burden of establishing that the loss had been caused by a peril of the sea. He accordingly dismissed the action. After referring to the judgment of Macfarlane J. in *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.* (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (B.C.S.C.), a case which was not without similarity with the case he had to decide, the Trial Judge expressed his conclusion as follows [at page 9]:

No explanation of the proximate cause of the *Kenney* sinking at her berth on a calm night is to be found in the evidence. While it might be different in the case of a vessel at sea, there is no basis for inferring, without the weight of the evidence pointing in that direction, that the proximate cause of the sinking of a vessel in the *Kenney's* situation was more probably a peril insured against than one not covered by the policy.

The action is dismissed with costs.

Counsel for the appellant attacked the decision of the Trial Judge on a very narrow ground. He submitted that the Trial Judge had failed to appreciate that, as the seaworthiness of the plaintiff's ship had been established, its loss could, by inference, be attributed to a peril of the sea. The decision of the High Court of Australia in *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another*,¹ said he, showed that such an inference ought to have been made. According to counsel, the error of the Trial Judge in not realizing the importance of the evidence of seaworthiness was made clear by his reliance on the judgment of Macfarlane J. in *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.* since, in that case, the seaworthiness of the vessel had not been established.

¹ (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.).

coque en acier. Il a coulé le 7 mai 1975, alors qu'il était amarré à son poste à quai à Riverport (Nouvelle-Écosse), où il était arrivé la veille pour décharger sa cargaison de poisson. Pendant le déchargement du *J.E. Kenney*, on a remarqué qu'il gîtait un peu sur bâbord. Toutefois, cette gîte a graduellement augmenté de manière que, finalement l'eau de mer a pénétré dans le navire par ses dalots rendant ainsi le naufrage inévitable. La preuve ne révèle pas pourquoi le *J.E. Kenney* a ainsi gîté et coulé. Le juge de première instance a décidé que, étant donné l'impossibilité de déterminer la cause du sinistre, la demanderesse ne s'était pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir que le sinistre résultait d'un péril de la mer. Par conséquent, il a rejeté l'action. Après avoir mentionné le jugement du juge Macfarlane dans *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.* (1956), 5 D.L.R. (2d) 700 (C.S.C.-B.), une affaire assez semblable à celle qu'il avait à trancher, le juge de première instance a conclu de la manière suivante [à la page 11]:

Aucune explication de la cause immédiate du naufrage du *Kenney*, amarré à son poste à quai, par une nuit calme, n'est apportée par la preuve administrée. Certes, cela pourrait être différent dans le cas d'un navire en mer, mais ici rien ne permet de déduire, lorsque la preuve offerte n'est pas dans ce sens, que la cause immédiate du naufrage d'un bâtiment comme le *Kenney* fut plus probablement un péril assuré qu'un péril non couvert par la police.

L'action est rejetée avec dépens.

L'avocat de l'appelante a contesté la décision du juge de première instance en se fondant sur un moyen assez limité. Il a soutenu que le juge de première instance n'avait pas tenu compte du fait que, comme la navigabilité du navire de la demanderesse avait été établie, sa perte pouvait, par déduction, résulter d'un péril de la mer. Il a ajouté que la décision de la Haute Cour de l'Australie dans *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another*¹, démontrait qu'on aurait dû faire une telle déduction. Selon l'avocat, l'erreur du juge de première instance de ne pas avoir tenu compte de l'importance de la preuve de la navigabilité ressort clairement du fait qu'il s'est appuyé sur le jugement du juge Macfarlane dans l'affaire *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.*, étant donné que dans cette affaire, la navigabilité du bâtiment n'avait pas été établie.

¹ (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.).

This argument was based on the assumption that the seaworthiness of the *J.E. Kenney* had been established. In order to justify that assumption, counsel did not refer us to any particular passage of the evidence, but merely relied on a passage of the reasons for judgment which he interpreted as stating a finding equivalent to a finding of seaworthiness, which finding, said he, was fully justified by the evidence. The passage of the reasons for judgment relied on by counsel reads as follows [at page 7]:

The *Kenney* was inspected by the Court. Her condition, in all material respects, was said to be identical to that immediately after she was raised. None of the experts or knowledgeable seamen who have examined the *Kenney* have testified to any lack of integrity in her hull that would account for the entry of water up to the point where such obvious openings as the scuppers, gurry shute and, eventually, the trawl ramp sank below water. The evidence simply does not disclose a probable cause of the entry of water prior to that obvious flooding stage.

I cannot agree with the appellant's interpretation of that portion of the reasons. The above-quoted paragraph contains three sentences. Neither the first one nor the third one can be said to contain any finding equivalent to a finding of seaworthiness. As to the second sentence, it does not express any finding of fact but merely states that certain witnesses did not say certain things. Far from being a finding of fact, this was merely part of the Judge's summary of the evidence.

The Trial Judge, therefore, did not find that the ship was seaworthy and it seems, from his reference to the judgment in *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.*, that he did not even direct his mind to that question. In those circumstances, the question to be answered is whether the evidence, as we read it, established the seaworthiness of the ship. Counsel for the appellant did not try and help us to answer that question since, as I have already said, he merely made the general assertion that a finding of seaworthiness was fully justified in the circumstances without referring us to any particular passages of the evidence.

From the evidence, as I read it, I cannot conclude that the ship was seaworthy. There was certainly no evidence of her unseaworthiness, apart

Cet argument était fondé sur l'hypothèse selon laquelle la navigabilité du *J.E. Kenney* avait été établie. Pour justifier cette hypothèse, l'avocat n'a pas cité de passage particulier de la preuve, mais il s'est simplement fondé sur un passage des motifs du jugement qu'il a interprété comme énonçant une conclusion équivalant à une conclusion de navigabilité. Il a ajouté que cette conclusion était entièrement appuyée par la preuve. Voici le passage des motifs du jugement sur lequel se fonde l'avocat [aux pages 8 et 9]:

La Cour a visité le *Kenney* dans l'état où il était, a-t-on dit, au moment de son renflouement. Aucun des experts ni des hommes de mer compétents qui l'ont examiné n'ont signalé quelque défaut d'étanchéité de sa coque qui aurait pu expliquer qu'il ait pris l'eau au point que des ouvertures aussi apparentes que les dalots et la glissière à déchets de poisson et même, finalement, la rampe du chalut, se retrouvent sous l'eau. Les preuves administrées n'indiquent tout simplement pas quelle est la cause probable de l'entrée de l'eau avant ce stade, évident, du noyage.

Je ne suis pas d'accord avec l'interprétation que l'appelante donne de cette partie des motifs. Le paragraphe précité contient trois phrases. Ni la première ni la troisième ne contiennent de conclusion équivalant à une conclusion de navigabilité. En ce qui a trait à la deuxième phrase, elle n'exprime pas de conclusion tirée des faits mais établit simplement que certains témoins n'ont pas fait certaines déclarations. Loin d'être une conclusion tirée des faits, ce paragraphe s'inscrit simplement dans le cadre du résumé de la preuve par le juge.

Par conséquent, le juge de première instance n'a pas conclu à la navigabilité du navire et il semble, d'après sa mention du jugement dans l'affaire *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.*, qu'il ne s'est même pas posé la question. Dans ces circonstances, la question qui se pose est de savoir si la preuve telle que nous l'interprétons, établissait la navigabilité du navire. L'avocat de l'appelante n'a pas tenté d'y répondre et ne nous a pas aidés à le faire puisque, comme je l'ai déjà mentionné, il a simplement affirmé en termes généraux qu'une conclusion de navigabilité était entièrement justifiée dans les circonstances, sans mentionner de passages particuliers de la preuve administrée.

Selon mon interprétation de la preuve, je ne peux conclure à la navigabilité du navire. Absolument rien dans la preuve n'indique qu'il n'était pas

from the facts that her ballast tanks were defective and that she sank without any apparent reason. On the other hand, the only indications of her seaworthiness were that she had not been found unseaworthy before the accident and that those who had the occasion to examine her after the accident failed to find anything wrong with her. This is insufficient, in my view, to conclude that she was seaworthy. The evidence does not disclose in any way the kind of examination that was made of the ship after the accident and none of those who had examined her testified that she was seaworthy.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LE DAIN J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brothers Pratte and Marceau. I agree with them that the appeal must be dismissed. There is a suggestion in the learned Trial Judge's reference to what was said in the *Marion Logging* case that he may have overlooked the possible relevance of seaworthiness as a basis, in the circumstances, for an inference that the loss was caused by a peril of the sea, but assuming that, I agree with my colleagues that the Trial Judge did not make a finding of seaworthiness and with my brother Pratte that the evidence does not warrant such a finding.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.: In the early morning hours of May 7, 1975, the *J.E. Kenney*, a steel hull fishing trawler, built in 1965, measuring 136 feet long by 27 feet in width with a gross tonnage of 371 tons, sank while moored alongside her berth at Riverport, Nova Scotia. The *J.E. Kenney* was part of the fleet of the appellant, a major company which owns fishing vessels and fish-packing plants in the Maritime provinces. The appellant held a marine time hull policy of insurance, subscribed to jointly by the four respondent firms of underwriters, cov-

en état de naviguer, si ce n'est le fait que ses citernes de lestage (ou coquerons) étaient défectueuses et qu'il a coulé sans raison apparente. En revanche, les seuls arguments à l'appui de l'hypothèse de sa navigabilité se fondent sur le fait que l'on n'avait pas constaté l'innavigabilité du navire avant l'accident et que ceux qui ont eu l'occasion de l'examiner après le naufrage n'ont rien remarqué de défectueux. À mon avis, c'est insuffisant pour conclure à la navigabilité du navire. La preuve ne révèle nullement le genre d'examen qui a été effectué sur le navire après l'accident et aucun de ceux qui l'ont examiné n'a témoigné qu'il était en état de naviguer.

Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

* * *

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

LE JUGE LE DAIN: J'ai eu le privilège de lire les motifs de jugement de mes collègues le juge Pratte et le juge Marceau, et j'estime également que l'appel doit être rejeté. La mention que le savant juge de première instance fait de ce qui a été dit dans l'affaire *Marion Logging* laisse supposer qu'il a pu négliger la pertinence possible de la navigabilité comme fondement de la déduction que, dans les circonstances, le sinistre résultait d'un péril de la mer; mais même en admettant ceci, je partage l'avis de mes collègues selon lequel le juge de première instance n'a pas conclu à la navigabilité du navire et celui de mon collègue le juge Pratte selon lequel la preuve n'étaye pas une telle conclusion.

* * *

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

LE JUGE MARCEAU: Le 7 mai 1975 au matin, le *J.E. Kenney*, un chalutier avec une coque en acier, construit en 1965, jaugeant 371 tonnes brutes et mesurant 136 pieds de long par 27 pieds de large, a coulé alors qu'il était amarré à son poste à quai à Riverport (Nouvelle-Écosse). Le *J.E. Kenney* faisait partie de la flotte de l'appelante, une importante société qui possède des bâtiments de pêche et des établissements de traitement du poisson dans les provinces maritimes. L'appelante détenait une police d'assurance maritime sur corps souscrite

ering twenty-nine vessels, one of which was the *J.E. Kenney*, insured specifically for a basic value of \$500,000 plus \$37,000 for electronic equipment. The foundered vessel was soon pronounced a "total constructive loss" within the terms of the insurance contract and consequently, the appellant claimed maximum indemnity under the policy. The claim, however, was denied on the basis that it was not clear the loss had occurred under circumstances making it recoverable under the policy. The appellant had no choice but to commence proceedings in the Trial Division of this Court. It took a long time before the pleadings were completed and the trial itself extended over a period of several months. The action was finally dismissed by judgment dated October 1, 1981. This is an appeal against that judgment.²

The learned Trial Judge gave carefully written reasons for his judgment. The legal reasoning he followed to arrive at his conclusion can be summarized in the two following propositions: (a) under and by virtue of the policy of insurance covering the *J.E. Kenney*, the defendants had agreed to bear and take upon themselves only risks associated with "adventures and perils of the sea",³ so that in order to establish its case, the insured plaintiff had the onus of proving that the loss for which it

² The plaintiff in the Trial Division was Riverport Seafoods Limited, an associate company of H.B. Nickerson & Sons Limited. After the Trial Division judgment was rendered, Riverport Seafoods Limited was wound up and its assets were transferred to its parent company, H.B. Nickerson & Sons Limited, which assumed its liability. It was agreed by counsel and, on motion, ordered by the Court that the name of H.B. Nickerson & Sons Limited be substituted, in the style of cause, for that of Riverport Seafoods Limited.

³ The relevant clause in the contract reads as follows:

Touching the adventures and perils which we, the said Assurers, are contented to bear and take upon us, they are of the seas (it is understood and agreed that "sea" or "seas" where used in this form is intended and does include rivers, lakes and/or other inland waters), Men-of-War, Fire, Lightning, Earthquake, Enemies, Pirates, Rovers, Thieves, Jettisons, Letters of Mart and Countermart, surprisals, Takings at Sea, Arrests, Restraints and Detainments of all Kings, Princes and Peoples, of what nation or quality soever, Bartrary of the Master and Mariners, and all other perils, losses and misfortunes that have or shall come to the hurt, detriment or damage of the said vessel, etc., or any part thereof, including all risks incidental to steam and steam navigation.

conjointement par les quatre assureurs intimés, couvrant vingt-neuf bâtiments, dont l'un, le *J.E. Kenney*, était assuré en particulier pour une valeur de base de 500 000 \$ plus 37 000 \$ pour l'équipement électronique. Le bâtiment naufragé a rapidement été déclaré une [TRADUCTION] «perte totale par interprétation» aux termes du contrat d'assurance et par conséquent, l'appelante a réclamé l'indemnisation maximale en vertu de la police. Toutefois, la demande d'indemnisation a été refusée pour le motif qu'il n'était pas évident que la perte résultait d'un sinistre assuré. L'appelante n'avait d'autre choix que d'engager des procédures devant la Division de première instance de cette Cour. Les plaidoiries ont pris beaucoup de temps et l'instruction elle-même a duré plusieurs mois. Finalement l'action a été rejetée par un jugement en date du 1^{er} octobre 1981. Appel est interjeté de ce jugement².

Le savant juge de première instance a soigneusement motivé son jugement. Le raisonnement qu'il a suivi pour arriver à sa conclusion peut être résumé dans les deux propositions suivantes: a) en vertu de la police d'assurance couvrant le *J.E. Kenney*, les défenderesses ont convenu d'assumer seulement les risques associés aux [TRADUCTION] «risques et périls de la mer»³, de sorte que pour prouver ce qu'elle avance, la demanderesse assurée doit démontrer que la perte pour laquelle elle

² La demanderesse devant la Division de première instance était Riverport Seafoods Limited, une société associée de H.B. Nickerson & Sons Limited. Après le jugement de la Division de première instance, Riverport Seafoods Limited a été liquidée et son actif a été transféré à la société mère, H.B. Nickerson & Sons Limited qui était responsable de son passif. L'avocat a convenu et, sur requête, la Cour a ordonné que le nom de Riverport Seafoods Limited soit remplacé dans l'intitulé de la cause par celui de H.B. Nickerson & Sons Limited.

³ La clause pertinente du contrat est la suivante:

[TRADUCTION] Relativement à ce voyage nous, lesdits assureurs, acceptons d'assumer les risques et les périls suivants: les périls de la mer (il est entendu et convenu que les termes «mer» ou «mers» lorsqu'ils sont utilisés dans la présente formule comprennent les rivières, lacs et autres eaux intérieures), les bâtiments de guerre, le feu, la foudre, les tremblements de terre, les ennemis, les pirates, les corsaires, les brigands, le jet, les lettres de marque, les attaques-surprises, la prise en mer, les arrêts, les contraintes et les détentions de tout roi, prince ou peuple, la baraterie du capitaine et de l'équipage, ainsi que tous les autres périls et toutes les autres pertes et infortunes que peut subir ledit bâtiment, etc., ou toute partie de celui-ci, y compris tous les risques accessoires à la vapeur et à la navigation à vapeur.

was seeking indemnity was related to a peril insured against and to no other; (b) the plaintiff had been unable to satisfy the onus that rested upon it since the evidence had failed to disclose any probable explanation for the sinking of the vessel.

To appreciate properly this second proposition in the reasoning of the Trial Judge, some knowledge of the basic facts and of the content of the evidence is required.

It was the day before she sank, in the middle of the night, that the *J.E. Kenney* had returned to Riverport, after a fishing voyage, a cargo of fish aboard. Her crew had tied up, port side to the wharf, under the "fish sucker", and had gone home. The ship was to be taken over by the shore personnel upon their coming on duty at 08:00 hours.

During the day, a discharging gang had attended to unloading the fish, while another gang had been involved in refuelling the vessel, placing new fresh water and stores aboard, and attending to matters of maintenance and repairs. Among those matters of maintenance and repairs, there was an unusual problem that had to be specially looked at, a problem that had developed in the last days of the voyage: on May 3, while at sea, the two ballast tanks located at the stern of the vessel, outboard of the stern ramp, had unaccountably filled and, after being pumped empty, had refilled again in a space of eight to twelve hours. The mechanic assigned to investigating the problem had not yet been able to determine its nature at the end of his working day, so the decision had been taken to leave one of the tanks, the starboard one, full and the other, empty, to see if leakage would occur overnight. All work on the ship had stopped at 17:00 hours.

At the time the shore personnel had left for home, the ballast tank problem was not the only oddity about the vessel. When the day crew had come on duty in the morning, the list of the vessel had nothing abnormal since it was about two degrees to port, but, during the day and specially between 16:00 and 17:00 hours, the list had increased noticeably. The shore captains, alerted,

demande une indemnisation résultait d'un péril assuré et d'aucun autre; b) la demanderesse a été incapable de se décharger du fardeau de la preuve qui lui incombait, la preuve administrée ne donne aucune explication du naufrage.

Pour être en mesure d'évaluer correctement cette deuxième proposition dans le raisonnement du juge de première instance, il faut avoir une certaine connaissance des faits et du contenu de la preuve.

Au milieu de la nuit précédant son naufrage le *J.E. Kenney* est revenu à Riverport après une campagne de pêche avec une cargaison de poisson à son bord. Les membres de l'équipage l'ont amarré par bâbord au quai, sous la [TRADUCTION] «suceuse à poisson» et sont retournés chez eux. Le navire devait être pris en main par le personnel responsable à terre lorsqu'il arriverait au travail à 8 heures.

Au cours de la journée, on déchargea le poisson et on réapprovisionna le navire en carburant, en eau fraîche et en provisions, et on procéda à l'entretien et aux réparations. Parmi ces questions d'entretien et de réparation, il se posait un problème inhabituel qui demandait une vérification spéciale. Ce problème avait été découvert au cours des derniers jours du voyage. En effet, le 3 mai, alors que le navire était en mer, les deux coquerons de lestage situés à la poupe du bâtiment, par-dessus bord, en surplomb de la rampe arrière, s'étaient remplis et, après avoir été vidés, se sont remplis à nouveau en huit à douze heures. Comme le mécanicien chargé d'examiner le problème n'avait pas encore été en mesure d'en déterminer la nature à la fin de sa journée de travail, on décida donc de laisser l'une des citernes, celle de tribord, pleine et l'autre vide, afin de pouvoir constater toute fuite qui se déclarerait au cours de la nuit. Tout travail cessa sur le navire à 17 heures.

Au moment où le personnel responsable à terre avait quitté le travail, le problème des coquerons de lestage n'était pas la seule chose curieuse à l'égard du navire. Lorsque le personnel était arrivé au travail le matin, le navire avait une gîte normale sur bâbord d'environ deux degrés, mais au cours de la journée et, particulièrement entre 16 et 17 heures, la gîte avait considérablement aug-

had inspected the vessel but they had seen no subject of concern and had given no special instructions as to safety precautions for the night. The vessel, along with all the other vessels in port, had then been left as usual in the care of a single watchman who was to be relieved at midnight by a second watchman.

During the evening hours, the list to port of the vessel continued to increase. By midnight, it was about twenty degrees. The valves on the port scuppers and gurry chutes on the processing deck were not secure and sea-water could enter the hull freely through these openings once they were below the water-line and no doubt some were below water with such a pronounced list. It seems that the vessel reached what the naval architects refer to as "the angle of down flooding" around midnight; her sinking was then irreversible. It was about 03:30 hours when the *J.E. Kenney* sank.

While the greater part of the evidence before the Trial Judge was aimed at establishing those facts which I have just rapidly summarized and others immediately connected therewith, some of it, with experts on both sides, was naturally concerned with the explanation of what happened to the *J.E. Kenney*. The plaintiff advanced the theory that the vessel had been snagged on the wharf by a spike protruding from one of the pilings. The defendants, for their part, suggested that the water in the starboard ballast tank (which, as mentioned above, had been left full at the end of the day) could have somehow flowed across into the port tank through the pipe system connecting both tanks initiating, in so doing, a process that culminated in a listing sufficient to bring the vessel to "the angle of down flooding". This part of the evidence did not impress the Trial Judge who rejected as simply unacceptable the "snagging theory" and found totally unsupported by the evidence the defendants' suggested hypothesis. In the view of the Trial Judge, the evidence had simply not disclosed any "probable" cause for the entry of water into the vessel prior to and up to the point where such obvious openings as the scuppers, gurry chutes and, eventually, the trawl ramp went below water.

menté. Les capitaines de terre, qui avaient été avertis, ont inspecté le bâtiment mais n'ont rien remarqué d'inquiétant et n'ont donné aucune directive spéciale relative à des mesures de sécurité pour la nuit. Le bâtiment, de même que tous les autres bâtiments dans le port, avait alors été laissé, comme d'habitude, sous la surveillance d'un seul veilleur de nuit qui devait être relevé à minuit par un deuxième veilleur.

^b Au cours de la soirée, la gîte sur bâbord a continué à augmenter. Vers minuit, elle était d'environ vingt degrés. Les valves des dalots bâbord et de la glissière à déchets de poisson du pont de traitement du poisson n'étaient pas bien fermées et l'eau de mer pouvait s'engouffrer à bord par elles, une fois celles-ci sous l'eau et il n'y a aucun doute que, à la suite d'une telle gîte, certaines étaient sous l'eau. Il semble que le bâtiment ait atteint vers minuit ce que les ingénieurs du génie maritime appellent [TRADUCTION] «l'angle de noyage par l'arrière»; son naufrage était alors irréversible. Le *J.E. Kenney* a coulé vers 3 h 30.

^e Bien que la majeure partie de la preuve présentée au juge de première instance ait visé à établir les faits que je viens de résumer et d'autres faits connexes, certains éléments de preuve, appuyés par des experts de chaque partie, avaient pour but naturellement d'expliquer ce qui est arrivé au *J.E. Kenney*. Selon la thèse de la demanderesse, le bâtiment s'est déchiré à quai sur une pointe dépassant l'un des piliers. Pour leur part, les défenderesses suggèrent que l'eau du coqueron tribord (qui, comme il a été mentionné ci-dessus, avait été laissé plein à la fin de la journée) aurait pu passer dans la citerne bâbord par la tuyauterie reliant les deux citernes, amorçant ainsi un processus qui a entraîné une gîte suffisante pour placer le bâtiment dans «l'angle de noyage par l'arrière». Le juge de première instance n'a pas attaché d'importance à cette partie de la preuve; il a rejeté la «théorie de la déchirure de la coque» en disant qu'elle était inacceptable et il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui de l'hypothèse des défenderesses. De l'avis du juge de première instance, la preuve administrée n'a pas indiqué quelle était la cause «probable» de l'entrée de l'eau, jusqu'à ce que des ouvertures aussi apparentes que les dalots ou la glissière à déchets de poisson et même, finalement, la rampe du chalut, se soient retrouvés sous l'eau.

The reasoning of the learned Trial Judge, as I summarized it above, can now be fully appreciated but I think the very words used to express it must be known. Here is how the learned Judge put it in his reasons once his analysis of the evidence was completed [at pages 8-9]:

The parties have agreed that the insurance policy, Exhibit C-15, is to be construed in accordance with the laws of England relating to marine insurance generally and hull and machinery insurance in particular. The onus is on the plaintiff to establish a *prima facie* case that the *Kenney* sank because of a peril insured against. Only after that, must the defendants show that she sank for a cause not covered.

The plaintiff's position is that the *Kenney's* loss was occasioned by a peril of the sea covered under the general clause of the policy in issue. It asserts no other basis for its claim. The position is put succinctly in the final paragraph of its argument in chief.

In short, the Plaintiff contends that the loss of the *KENNEY* was due to an accidental incursion of seawater, and that this is a peril insured against under the general clause of the policy which insures against perils of the sea and all other light (*sic*) misfortunes that may come to the detriment of the ship. Whether this incursion was originally caused by some negligence is irrelevant, there being no warranty in the policy nor any exclusion against negligence, and an accident remaining an accident even though induced by the negligence of any party.

In *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.*, Macfarlane J., of the Supreme Court of British Columbia, reviewed many of the authorities to which I have been referred in very similar circumstances. He decided (at pages 703-704):

Considering the evidence in this case, I am unable to find the means by which the water, which eventually caused the sinking of the boat, entered it. As I have already said, no explanation of the sinking of the ship was found in the evidence. It seems then to me to be a case which must be decided according to where the onus of proof lies. On the question of the onus of proof, the ordinary rule is where upon the evidence the Court is left in doubt whether the loss was due to a peril insured against or to a cause not covered by the policy, then the plaintiff having failed to discharge the burden which lies upon him of proving his case, there must be judgment for the defendant underwriter . . .

I find myself in precisely that position.

The appellant does not attack the judgment of first instance on the ground that the Trial Judge would have incorrectly instructed himself as to the legal principles applicable to the case. It is beyond question that, before a valid claim can be submitted under a marine insurance contract governed by the laws of England, the assured must be able to prove satisfactorily that the loss occurred from a

Ce résumé permet de comprendre le raisonnement du savant juge de première instance, mais je crois qu'il faut prendre connaissance des termes qu'il a utilisés. Voici ce que dit le savant juge après avoir terminé son analyse de la preuve [aux pages 10 et 11]:

Les parties sont convenues que la police d'assurance, pièce C-15, doit être interprétée conformément au droit anglais relatif à l'assurance maritime en général et à l'assurance de la coque et des machines en particulier. C'est la demanderesse qui a la charge d'un commencement de preuve démontrant que le *Kenney* a coulé par suite d'un sinistre assuré. Ce n'est qu'à ce moment que les défenderesses doivent démontrer qu'il a coulé pour une cause non visée.

La position de la demanderesse est que la perte du *Kenney* est due à un péril de mer que couvre la clause générale de la police en cause. Elle ne fait valoir aucun autre fondement à sa demande. Cette position est succinctement exposée dans le dernier paragraphe de sa plaidoirie principale:

[TRADUCTION] En bref, la demanderesse soutient que la perte du *KENNEY* est due à une entrée accidentelle d'eau de mer et que c'est là un péril assuré aux termes de la clause générale de la police qui assure contre les périls de mer et autres légères (*sic*) infortunes que pourrait subir le navire. Que l'entrée de l'eau ait d'abord été causée par quelque négligence est sans importance, aucune garantie n'existe dans la police ni aucune exclusion en cas de négligence; un accident demeure un accident même lorsqu'il est le fait de la négligence de quelqu'un, quel qu'il soit.

Dans l'espèce *Marion Logging Co. Ltd. v. Utah Home Fire Insurance Co.*, le juge Macfarlane de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a passé en revue une grande partie de la jurisprudence que j'ai déjà citée dans des circonstances fort semblables. Il a statué ainsi (aux pages 703 et 704):

[TRADUCTION] Considérant la preuve administrée en l'espèce, je suis incapable de constater par quel moyen l'eau, cause finale du naufrage du bateau, y a pénétré. Comme je l'ai déjà dit, aucune explication du naufrage n'est fournie par la preuve offerte. Il me semble donc qu'il s'agit d'une affaire devant être décidée en fonction de qui a la charge de la preuve. Sur la question de la charge de la preuve, la règle ordinaire est que, lorsque la preuve administrée laisse la Cour dans le doute quant à savoir si le sinistre résulte d'un péril assuré ou d'une cause non couverte par la police et que le demandeur, à qui il appartient de prouver ce qu'il avance, n'y parvient pas, il doit y avoir jugement en faveur de l'assureur défendeur . . .

Je me trouve précisément dans cette position.

L'appelante ne conteste pas le jugement de première instance en se fondant sur le motif que le juge aurait mal interprété les principes juridiques applicables à l'espèce. Il va sans dire que, avant de présenter une demande d'indemnisation valide en vertu d'un contrat d'assurance maritime régi par les lois de l'Angleterre, l'assuré doit être en mesure de démontrer de manière satisfaisante que le sinis-

peril insured against, i.e. a peril of the sea. Rule 7 of the *Rules for Construction of Policy* set out in the First Schedule to the *Marine Insurance Act, 1906* (U.K.) [6 Edw. 7, c. 41] states that: "The term 'perils of the seas' refers only to fortuitous accidents or casualties of the seas. It does not include the ordinary action of the winds and waves." Consequently, not every loss caused by the entry of sea-water into a vessel is a loss caused by the direct operation of a peril of the sea; it may be due to some other cause neither accidental nor fortuitous such as the ordinary action of the wind and waves or wear and tear. If the assured fails to prove satisfactorily that the loss was due to a fortuitous accident or casualty of the sea, a doubt will remain as to whether it was one that the insurers had agreed to bear and the right to indemnity will not have been established. (See: Goodacre, J. K., *Marine Insurance Claims*, especially pages 93 *et seq.*; Arnould on *Law of Marine Insurance and Average*, Vol. II, pages 599 *et seq.*; Templeman on *Marine Insurance*, pages 205 *et seq.* See the cases cited in the *Marion Logging Co. Ltd.* case referred to by the Trial Judge and in *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another* (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.).) It is likewise beyond question that in order to so establish that the loss occurred from a peril insured against, the insured has to prove in the words used in the relevant section of the *Marine Insurance Act, 1906*⁴ that the "proximate cause" of the loss was a peril of the sea, the words "proximate cause" referring not necessarily to the ultimate or immediate cause of the loss in a possible succession of causes, the ultimate effect of which was the loss, but referring rather to the dominant and effective cause, the one that has really triggered the natural sequence of causes that led to the loss. (See: Chalmers' *Marine Insurance Act 1906* [8th ed.], pages 73 *et seq.*; Templeman, *op. cit.*, pages 195 *et seq.*; see also, among others, *Leyland Shipping Company, Limited v. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited*, [1918] A.C. 350 (H.L.)) Counsel for the appellant, in his written memorandum, states as his starting point that "the Kenney

tre résulte d'un péril assuré, c'est-à-dire un péril de la mer. La Règle 7 des *Rules for Construction of Policy* que contient la première annexe de la *Marine Insurance Act, 1906* (R.-U.) [6 Edw. 7, chap. 41] porte que: [TRADUCTION] «L'expression "péril de la mer" ne désigne que les accidents fortuits ou sinistres maritimes. Elle ne s'applique pas à l'action ordinaire du vent et des vagues.» Par conséquent, toutes les pertes résultant de l'entrée d'eau de mer dans un bâtiment ne sont pas des pertes résultant directement d'un péril de la mer. Une telle perte peut résulter d'une autre cause qui n'est ni accidentelle ni fortuite comme l'action ordinaire du vent et des vagues ou l'usure. Si l'assuré ne démontre pas de façon satisfaisante que la perte résulte d'un accident fortuit ou d'un sinistre maritime, il subsistera un doute quant à savoir s'il s'agissait d'un risque que les assureurs avaient accepté d'assumer et le droit à l'indemnisation n'aura pas été établi. (Voir: Goodacre, J. K., *Marine Insurance Claims*, particulièrement aux pages 93 et s.; Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, Vol. II, aux pages 599 et s.; Templeman, *Marine Insurance*, aux pages 205 et s. Voir la jurisprudence citée dans l'affaire *Marion Logging Co. Ltd.*, que mentionne le juge de première instance et dans l'affaire *Skandia Insurance Co Ltd v Skoljarev and Another* (1979), 26 A.L.R. 1 (H.C.)) De même, il va sans dire que pour établir que la perte est due à un péril que couvre la police, l'assuré doit démontrer dans les termes utilisés à l'article pertinent de la *Marine Insurance Act, 1906*⁴ que la [TRADUCTION] «cause immédiate» de la perte résulte d'un péril de la mer. L'expression «cause immédiate» ne vise pas nécessairement la cause ultime de la perte dans une succession possible de causes, dont l'effet ultime est le sinistre, mais vise plutôt la cause importante et réelle, celle qui a vraiment déclenché la séquence naturelle des causes qui ont entraîné le sinistre. (Voir: Chalmers' *Marine Insurance Act 1906* [8^e éd.], aux pages 73 et s.; Templeman, *op. cit.*, aux pages 195 et s.; voir en outre, notamment, *Leyland Shipping Company, Limited v. Norwich Union Fire Insurance Society, Limited*, [1918] A.C. 350

⁴ Which reads as follows:

55.—(1) Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against.

⁴ Texte de l'article:

[TRADUCTION] 55.—(1) Sous réserve des dispositions de la présente loi et sauf disposition contraire dans la police, l'assureur n'est responsable que pour les pertes ayant pour cause immédiate un risque assuré.

sank because of the incursion of sea water through its scuppers and chutes”, but he did not seriously dispute, at the hearing, that the “proximate cause” of the loss in this case had to be the “effective” cause of the entry of water responsible for the listing of the vessel to the point where her scuppers and gurry chute openings were submerged.

The appellant does not attack either the Trial Judge’s detailed analysis of the evidence and his precise findings of fact. Counsel for the appellant is fully aware that an appellate court’s role is not to retry the case on the facts and while the Court must ascertain that the Trial Judge has not made some clear error in his appreciation of the evidence as a whole, it is “not . . . its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial” (Ritchie J. delivering the judgment of the Court in *Stein, et al. v. The Ship “Kathy K”, et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808). More precisely, the appellant does not dispute that the sequence of events was as reported by the Trial Judge and that the evidence could not support either of the two theories advanced to explain the sinking of the vessel.

It should finally be made clear at this juncture that the appellant did not alter in any way, before this Court, the position it took in the Court of first instance to the effect that the *J.E. Kenney*’s loss was occasioned by a peril of the sea and therefore was recoverable under the general clause of the policy (the one quoted above). A special “Inchmaree clause” also formed part of the policy, a clause covering losses due to special causes not properly covered by the general clause, namely losses due solely to negligence of the master, mariners, engineers, or pilots, provided no “want of due diligence by the Assured, the Owners or Managers of the vessel”⁵ had been involved. The appellant does not rely on this Inchmaree clause. The allegations of negligence by the shore personnel and of want of due diligence by the owners

⁵ The clause reads thus:

This insurance also specially to cover (subject to the average warranty) loss of or damage to the subject matter

(H.L.) L’avocat de l’appelante indique au début de son mémoire que [TRADUCTION] «de *Kenney* a coulé parce que l’eau de mer s’est engouffrée par ses dalots et ses glissières», mais à l’audience il n’a pas contesté sérieusement le fait que la «cause immédiate» du sinistre en l’espèce devait être la cause «réelle» de l’entrée de l’eau qui a fait gîter le bâtiment jusqu’à ce que ses dalots et ses glissières à déchets de poisson se retrouvent sous l’eau.

L’appelante ne conteste pas non plus l’analyse détaillée de la preuve que donne le juge de première instance et ses conclusions précises à l’égard des faits. L’avocat de l’appelante est pleinement conscient que le rôle d’une cour d’appel n’est pas de refaire l’instruction de l’affaire sur les faits et bien qu’elle doive vérifier que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur évidente dans son appréciation de l’ensemble de la preuve, «il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès» (le juge Ritchie rendant le jugement de la Cour dans l’arrêt *Stein, et autres c. Le navire «Kathy K», et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808). Plus précisément, l’appelante ne conteste pas que les événements se sont produits comme le juge de première instance l’a mentionné ni le fait que la preuve ne peut appuyer aucune des deux théories proposées pour expliquer le naufrage du bâtiment.

Finalement il faudrait préciser à ce stade des procédures, que l’appelante n’a nullement modifié, devant la présente Cour, la position qu’elle avait adoptée en première instance selon laquelle le naufrage du *J.E. Kenney* résulte d’un péril de la mer et par conséquent peut être indemnisé en vertu de la clause générale de la police (précitée). La police comprenait également une «clause Inchmaree» spéciale, c’est-à-dire une clause couvrant les pertes résultant de causes spéciales qui ne sont pas précisément couvertes par la clause générale, notamment des pertes résultant uniquement de la négligence du capitaine, des marins, des ingénieurs ou des pilotes, pourvu qu’il n’y ait eu aucun [TRADUCTION] «manque de diligence raisonnable de la part de l’assuré, des propriétaires ou des gérants du navire»⁵. L’appelante ne se fonde pas sur cette

⁵ Texte de la clause:

[TRADUCTION] La présente assurance couvrira aussi spécialement (sous réserve de la stipulation relative aux ava-

advanced by the respondents in their *factum* are therefore totally irrelevant.

The attack on the judgment of first instance is based, as I understood it, on the following submission. In deciding the case against the appellant for failure to satisfy the onus of proof, the learned Trial Judge, it is submitted, failed to appreciate that some of his findings had attested to the seaworthiness of the *J.E. Kenney* prior to her sinking, a fact that had fundamental significance in the circumstances of the case. Indeed, it is contended, if the learned Judge had appreciated the significance of the existence of evidence of seaworthiness, he would not have found refuge in the reasoning followed in the *Marion* case, where no evidence of seaworthiness had been adduced; he would have seen, rather, that the only principles applicable were those enunciated in the recent

insured directly caused by the following:

Accidents in loading, discharging or handling cargo or in bunkering;

Accidents in going on or while on drydocks, graving docks, ways, gridirons or pontoons;

Explosions on shipboard or elsewhere;

Breakdown of or accidents to nuclear installation or reactors not on board the insured vessel;

Breakdown of motor generators or other electrical machinery and electrical connections thereto, bursting of boilers, breakage of shafts, or any latent defect in the machinery or hull, (excluding the cost and expense of replacing or repairing the defective part);

Contact with aircraft, rockets or similar missiles, or with any land conveyance;

Negligence of Charterers and/or Repairers, provided such Charterers and/or Repairers are not Assured(s) hereunder;

Negligence of Master, Mariners, Engineers, or Pilots; (including all risks of default and/or error in judgement);

Provided such loss or damage has not resulted from want of due diligence by the Assured, the Owners or Managers of the vessel, or any of them. Masters, Mates, Engineers, Pilots or Crew not be considered as part owners within the meaning of this clause, should they hold shares in the vessel.

clause *Inchmaree*. Par conséquent, les allégations de négligence du personnel de terre et de manque de diligence raisonnable de la part des propriétaires, avancées par les intimées dans leur mémoire, ^a sont totalement hors de propos.

Selon ce que j'ai compris, l'attaque contre le jugement de première instance s'appuie sur le raisonnement suivant. En décidant que l'appelante ^b n'avait pas réussi à se décharger du fardeau de la preuve, le savant juge de première instance, dit-on, a omis de tenir compte du fait que, dans certaines de ses conclusions, il avait reconnu la navigabilité ^c du *J.E. Kenney* avant son naufrage, un fait qui avait une importance fondamentale dans les circonstances de l'espèce. En effet, si le savant juge avait apprécié la signification que pourrait avoir l'existence d'une preuve de navigabilité, ^d soutient-on, il ne se serait pas fondé sur le raisonnement suivi dans l'affaire *Marion*, où aucune preuve de navigabilité n'avait été présentée. Il se serait plutôt rendu compte que les seuls principes appli-

ries) la perte ou le dommage causé à la chose assurée, résultant directement des causes suivantes:

Accidents lors du chargement, du déchargement ou de la manutention de la cargaison ou lors du mazoutage;

Accidents lorsque le bâtiment se trouve en cale sèche, en forme de radoub, sur un chemin de glissement, dans un banc de carénage ou sur un ponton;

Explosions à bord ou ailleurs;

Pannes ou accidents à des réacteurs ou à des installations nucléaires qui ne sont pas à bord du bâtiment assuré;

Pannes des génératrices ou d'autres machines électriques et des connexions électriques, explosion des chaudières, rupture des arbres ou tout défaut caché dans les machines ou dans la coque, (en excluant le coût et les dépenses qu'entraîne le remplacement ou la réparation de la pièce défectueuse);

Contact avec un aéronef, des fusées ou des projectiles semblables ou avec tout moyen de transport terrestre;

Négligence des affrèteurs ou des réparateurs, ou des deux à la fois, pourvu que ceux-ci ne soient pas assurés en vertu de la présente;

Négligence du capitaine, des marins, des ingénieurs ou des pilotes; (y compris tous les risques de défaut ou d'erreur de jugement ou les deux à la fois);

Pourvu que cette perte ou ce dommage n'ait pas résulté d'un manque de diligence raisonnable de la part de l'assuré, des propriétaires ou des gérants du navire, ou de l'un d'entre eux. Les capitaines, les officiers, les ingénieurs, les pilotes ou l'équipage ne doivent pas être considérés comme des copropriétaires au sens de la présente clause, s'ils détiennent des parts dans le bâtiment.

decision of the High Court of Australia in the *Skandia Insurance* case (cited above) where, in a situation similar to the one at bar, the action of the assured has been sustained.

I cannot agree with the appellant's submission. On the one hand, I see no positive finding of seaworthiness in the reasons for judgment of the Trial Judge and I have not been able to extract from the evidence facts that invited a clear finding to that effect. On the other hand, even if some evidence of seaworthiness had been present as contended and recognized as such, the principles enunciated and the reasoning following in the *Skandia Insurance* case would not have precluded the conclusion reached by the Trial Judge.

1. The finding in the judgment appealed from, which counsel for the appellant considers equivalent to a finding of seaworthiness, is first set forth in the introductory paragraph of the reasons where it is laconically stated [at page 1]: "Inspection after [the vessel] was raised disclosed no probable explanation of the sinking." It is clarified only later in a long paragraph. Before reading the text, it should be explained that the hulk of the *J.E. Kenney* was raised from underwater sometime after the sinking and then towed from Riverport to Halifax where it still was when the trial took place five years later. The text is the following [at page 7]:

The *Kenney* was inspected by the Court. Her condition, in all material respects, was said to be identical to that immediately after she was raised. None of the experts or knowledgeable seamen who have examined the *Kenney* have testified to any lack of integrity in her hull that would account for the entry of water up to the point where such obvious openings as the scuppers, gurry shute and, eventually, the trawl ramp sank below water. The evidence simply does not disclose a probable cause of the entry of water prior to that obvious flooding stage.

This paragraph, as I read it, says in effect that the Judge himself had not seen any lack of integrity in the hull of the vessel when he saw it in Halifax and that none of those who had had occasion to examine the vessel since she had been raised had testified to such a lack of integrity capable of accounting for the entry of water up to the point where the sinking had become inevitable. The statement is of course central in the reasoning

cables étaient ceux qui ont été énoncés dans la décision récente de la Haute Cour de l'Australie dans l'affaire *Skandia Insurance* (précitée) où, dans une situation semblable à la présente, l'action de l'assuré a été accueillie.

Je ne puis accepter le raisonnement de l'appellante. D'une part, il ne ressort des motifs du juge de première instance aucune conclusion positive quant à la navigabilité et je n'ai pas été en mesure d'extraire de la preuve des faits qui puissent suggérer une conclusion claire à cet effet. D'autre part, même si cette prétendue preuve de navigabilité était présente et avait été acceptée comme telle, les principes énoncés et le raisonnement suivi dans l'affaire *Skandia Insurance* n'auraient pas empêché le juge de première instance de conclure comme il l'a fait.

1. La constatation dans le jugement attaqué, qui, selon l'avocat de l'appellante, équivaut à une conclusion de navigabilité, apparaît d'abord dans le paragraphe introductif des motifs où, de façon laconique, le juge dit que [à la page 1] «L'examen du navire, effectué après son renflouement, n'a fourni aucune explication du naufrage.» Cette mention est expliquée plus tard dans un long paragraphe. Avant d'en lire le texte, il faut expliquer que l'épave du *J.E. Kenney* fut renflouée quelque temps après le naufrage et fut remorquée de Riverport à Halifax où elle se trouvait au moment où l'affaire a été instruite, cinq ans plus tard. Ce texte est le suivant [aux pages 8 et 9]:

La Cour a visité le *Kenney* dans l'état où il était, a-t-on dit, au moment de son renflouement. Aucun des experts ni des hommes de mer compétents qui l'ont examiné n'ont signalé quelque défaut d'étanchéité de sa coque qui aurait pu expliquer qu'il ait pris l'eau au point que des ouvertures aussi apparentes que les dalots et la glissière à déchets de poisson et même, finalement, la rampe du chalut, se retrouvent sous l'eau. Les preuves administrées n'indiquent tout simplement pas quelle est la cause probable de l'entrée de l'eau avant ce stade, évident, du noyage.

D'après moi, ce paragraphe indique essentiellement que le juge lui-même n'a pas remarqué de défaut d'étanchéité dans la coque du bâtiment lorsqu'il l'a vu à Halifax et qu'aucune des personnes qui avaient eu l'occasion d'examiner le bâtiment après son renflouement n'avait pu signaler quelque défaut de cette nature capable d'expliquer comment l'eau avait pu pénétrer au point de rendre le naufrage inévitable. Évidemment, cette

of the Trial Judge but the finding therein is merely what I would call a "negative finding", i.e. the absence of any apparent lack of integrity, a finding, moreover, that refers strictly to the condition of the hull and is based solely on an examination carried out long after the sinking. I fail to see how such a finding could be seen as equivalent to a positive conclusion of seaworthiness at any time prior to the accident. Incidentally, counsel speaks of a finding of seaworthiness "immediately prior to the accident of its sinking", but he fails to give any clear indication of the point in time he has in mind. Obviously, he cannot refer to the three hours immediately preceding the moment the vessel went down nor to the evening hours when the vessel was undoubtedly taking on water. He could hardly refer to the time when the vessel was left for the night when, as we now know, she was not in a condition to stay afloat until morning (although this could be the relevant time, since it can probably be said, in the circumstances of the case, that the free decision to leave the vessel unattended for the night had the same effect as would have had a decision to send her to sea in spite of her unfitness for the voyage). In any event, it clearly seems to me that the appellant before the Trial Judge was only concerned with the circumstances of the sinking of its vessel and the possible explanation therefor and that it never tried to address, positively and by clear evidence, the question of her seaworthiness at any specific point in time before the accident, although it may have taken pains to dispel, on particular points, doubts raised by the defendants as to her proper condition.

I see no essential distinction between this case and the *Marion* case referred to by the learned Judge in so far as the issue of seaworthiness was concerned.

2. There is more, in my view. Even if the Trial Judge had been entitled to consider the absence of any apparent lack of integrity in the hull of the vessel as some positive evidence regarding her

déclaration est fondamentale dans le raisonnement du juge de première instance, mais la constatation dont elle fait état est simplement ce que j'appellerais une «constatation négative», soit l'absence de tout défaut apparent d'étanchéité, et une constatation au surplus qui concerne strictement l'état de la coque et se fonde exclusivement sur un examen effectué longtemps après le naufrage. Je ne vois pas comment une telle constatation pourrait équivaloir à une conclusion positive quant à la navigabilité du navire avant l'accident. Incidemment, l'avocat parle d'une conclusion relative à la navigabilité du bâtiment [TRADUCTION] «immédiatement avant son naufrage», mais il se garde de donner quelque indication claire du moment dont il parle. Évidemment, l'avocat ne peut viser les trois heures qui ont précédé immédiatement le naufrage du bâtiment, ni les heures de la soirée, pendant lesquelles, indubitablement, le bâtiment prenait déjà l'eau. L'avocat peut difficilement viser le moment où le bâtiment a été laissé pour la nuit alors que, comme nous le savons, il n'était pas en état de rester à flot jusqu'au matin (encore que cela pourrait bien être le moment pertinent, puisqu'on peut probablement dire, dans les circonstances de l'affaire, que la libre décision de laisser le bâtiment sans surveillance pour la nuit a eu le même effet qu'aurait eu la décision de lui faire prendre la mer alors qu'il n'était pas en état d'entreprendre le voyage). De toute façon, il m'apparaît clair que l'appelante, devant le juge de première instance, n'était intéressée qu'aux circonstances du naufrage de son navire et à l'explication qui pouvait en être donnée, et qu'elle n'a jamais essayé de soulever, d'une manière positive et par des éléments de preuve pertinents, la question de la navigabilité du bâtiment à quelque moment précis avant l'accident, bien qu'elle ait pu tenter d'écarter, sur certains points particuliers, les doutes soulevés par les défenderesses quant au bon état du bâtiment.

Je ne vois aucune distinction importante entre la présente cause et la cause *Marion* à laquelle le savant juge s'est référé, qui puisse se rapporter à la question de navigabilité.

2. Mais il y a plus, à mon avis. Même si le juge de première instance avait pu considérer l'absence de défaut apparent d'étanchéité dans la coque du bâtiment comme une preuve positive de navigabi-

possible seaworthiness at some point prior to the accident, I do not think that the principles laid down in the *Skandia Insurance* decision and the reasoning therein adopted would have necessarily required his disposing of the case any differently. ^a

In the *Skandia Insurance* case, the fishing vessel *Zadar*, shortly after leaving port, sank in a calm sea as a result of the rapid entry of sea-water into its engine room. Unable to explain the cause of the accident, the owners adduced strong evidence of the seaworthiness of the vessel when sent to sea and pleaded that the sinking was therefore due to an unknown but fortuitous cause. The insurers did not call any witnesses but nevertheless attacked, by cross-examination, the evidence of the owners in an effort to show that the vessel had sunk because of the bad condition of the piping to the bail tank, a condition of unseaworthiness, in their submission, that was known to the owners when she put to sea. The Trial Judge found that the piping was not defective and gave judgment for the owners. The Full Court (i.e the Court of Appeal) agreed with the Trial Judge holding that the owners had proved that the loss had been sustained as a result of a peril of the sea, while the insurers had failed in their suggestion that the vessel had been in an unseaworthy condition. The case was brought before the High Court of Australia. The position of the insurers was that the onus of proof had been misapplied, more precisely, that the Courts below had failed [at page 7] "to appreciate that the respondents [owners], in order to prove that the loss was due to perils of the sea, bore the onus of showing that the loss was not attributable to unseaworthiness". ^b ^c ^d ^e ^f ^g

In dismissing the insurers' final appeal, three of the five Judges, but in particular one of them, Mason J., gave lengthy reasons. These reasons contain a thorough examination of the authorities in this branch of the law, but their particular interest, as I read them, resides not so much in the way they review with remarkable clarity some principles of admiralty law but in the manner in which they throw light upon the application of the

lité avant l'accident, je ne crois pas que les principes appliqués ni le raisonnement adopté dans la décision *Skandia Insurance* auraient nécessairement entraîné une décision différente. ^a

Dans l'affaire *Skandia Insurance*, le bâtiment de pêche *Zadar* avait coulé en mer calme peu après avoir quitté le port, suite à un engouffrement rapide d'eau de mer dans la salle des machines. Les propriétaires, incapables d'expliquer la cause de l'accident, soumièrent une solide preuve pour démontrer que le bâtiment était en état de naviguer lorsqu'il avait été envoyé en mer et firent valoir sur la base de cette preuve que le naufrage était dû à une cause inconnue mais fortuite. Les assureurs n'appelèrent aucun témoin, mais néanmoins ils s'attaquèrent, en contre-interrogatoire, à la preuve des propriétaires pour tenter de démontrer que le naufrage était dû au mauvais état de la tuyauterie du réservoir d'écope, une condition d'innavigabilité, qui, selon leur prétention, était connue des propriétaires lorsque le bâtiment avait pris la mer. Le juge du procès en vint à la conclusion que la tuyauterie n'était pas défectueuse et il donna raison aux propriétaires. La *Full Court* (soit la Cour d'appel) fut d'accord avec le juge du procès, se disant d'avis que les propriétaires avaient prouvé que le sinistre était résulté d'un péril de la mer, alors que les assureurs n'avaient pas réussi à faire valoir leur thèse selon laquelle le bâtiment était innavigable. L'affaire fut alors portée devant la Haute Cour de l'Australie. Les assureurs firent valoir là que le fardeau de la preuve avait été mal appliqué et, plus précisément, que les cours d'instance inférieure n'avaient pas [à la page 7] [TRADUCTION] «tenu compte du fait que les intimés [propriétaires], pour prouver que le sinistre était dû à des périls de la mer, avaient le fardeau de démontrer que le sinistre ne résultait pas de l'innavigabilité». ^b ^c ^d ^e ^f ^g ^h

En rejetant l'appel final des assureurs, trois des cinq juges, mais surtout l'un d'entre eux, le juge Mason, ont prononcé de longs motifs. Ces motifs contiennent un relevé complet des autorités dans ce domaine du droit, mais selon moi, leur intérêt particulier ne réside pas tellement dans les développements remarquablement clairs qu'ils consacrent à un certain nombre de principes de droit maritime, mais plutôt dans les éclaircissements

rules of evidence in the disposition of a case involving principles of admiralty law. Unfortunately, the judgment is too extensive to be reproduced, but here is what I understand to be the essential teaching contained therein.

To define the legal position of the parties as to the evidence to be adduced at the trial of an action between the shipowners and the insurers following the loss of a vessel, three basic principles of law must be borne in mind. The first two are of marine insurance law; they were discussed above: to make good his claim, the owner must prove that the loss was attributable to a peril of the sea as expressly confirmed in subsection 45(5) of the Australian *Marine Insurance Act 1909* (subsection 39(5) of the U.K. Act) "where, with the privity of the assured, the ship is sent to sea in an unseaworthy state, the insurer is not liable for any loss attributable to unseaworthiness". The third one is the basic principle of the law of evidence to the effect that, in civil matters, the standard of proof applicable is that resulting from an assessment of the balance of probability.

Now, the question to be answered is how will the owner make good his case? The simplest way for him to do so is, of course, to satisfy the judge that the loss was the result of a well-identified fortuitous and accidental event. In view of the second principle referred to above, the insurers may then still avoid liability by proving that unseaworthiness, with the privity of the assured, was a parallel and primary cause of the loss, but without such proof adduced by the insurers, the judge will have to give judgment for the owner. But if the owner is unable to point to a precise contribution of the elements to account for the entry of sea-water into the vessel and ultimately for the loss, is he automatically devoid of any means to succeed? Nothing requires that it be so. The onus is of establishing that a peril of the sea was at the origin of the loss, not of identifying the exact cause, and the standard of proof applicable is only that of a balance of probabilities. If the owner, although unable to put his finger on the precise cause of the loss, can nevertheless demonstrate on a balance of

qu'ils donnent sur l'application des règles de preuve dans l'instruction d'une affaire portant sur des principes du droit maritime. Malheureusement, le jugement est trop élaboré pour être reproduit intégralement, mais voici ce que je crois être l'enseignement essentiel qu'il contient.

Il faut tenir compte de trois principes fondamentaux du droit pour définir la position juridique des parties relativement à la preuve qui doit être présentée lors de l'instruction d'une action opposant les propriétaires du navire et les assureurs, à la suite de la perte d'un bâtiment. Les deux premiers relèvent du droit de l'assurance maritime; ils ont été mentionnés ci-dessus: pour que sa demande d'indemnisation soit valable, le propriétaire doit démontrer que le sinistre résulte d'un péril de la mer, mais comme le confirme expressément le paragraphe 45(5) de la *Marine Insurance Act 1909* de l'Australie (paragraphe 39(5) de la loi du R.-U.) [TRADUCTION] «lorsqu'au su de l'assuré, le navire prend la mer dans un état d'innavigabilité, l'assureur n'est pas tenu des pertes résultant de cet état». Le troisième est le principe fondamental du droit de la preuve selon lequel, en matière civile, la norme de la preuve applicable est celle qui résulte de l'évaluation de la prépondérance des probabilités.

Or, la question qui se pose dans une action de cette nature est de savoir de quelle manière le propriétaire pourra faire valoir son recours. La manière la plus simple pour lui est, évidemment, de convaincre le juge que le sinistre résulte d'un événement bien identifié, fortuit et accidentel. Compte tenu du deuxième principe précité, les assureurs peuvent toujours décliner toute responsabilité en démontrant que l'innavigabilité, au su de l'assuré, constituait une cause parallèle et principale du sinistre, mais en l'absence de preuve à cet effet, le juge devra donner raison au propriétaire. Mais, si le propriétaire est incapable de préciser dans quelle mesure les éléments sont responsables de l'entrée de l'eau de mer dans le bâtiment et finalement du sinistre, est-il automatiquement privé de tout moyen? Rien n'exige qu'il en soit ainsi. Le fardeau qui lui incombe est d'établir que le sinistre résulte d'un péril de la mer, non pas d'en préciser la cause exacte, et la norme de preuve applicable est seulement celle de la prépondérance des probabilités. Si le propriétaire, bien qu'incapa-

probabilities that, because of the circumstances of the case and the clear seaworthiness of his vessel, most of the events that could not be included into the concept of peril of the sea have to be disregarded as possible causes, he may very well satisfy the onus that rested upon him. This is so, obviously, because proof by inference or presumption is a perfectly valid means of evidence and the inference relied upon here may be quite reasonable in view of the great extension given by the case law to the concept of peril of the sea (see, in relation to this last point, the recent judgment of the Supreme Court [of Canada] in *Century Insurance Company of Canada, et al. v. Case Existological Laboratories Ltd. et al.*, [1983] 2 S.C.R. 47.

Stephen J., in his very brief reasons concurring with Mason J., put the matter remarkably well [at page 4]:

The insured did not, however, leave the evidence in that state. Evidence was tendered of the seaworthy character of the vessel. It led the learned trial judge to reject each of the respects in which it was suggested by the insurer that *Zadar* was in any respect unseaworthy. It must, I think, be concluded that *Zadar* was a thoroughly seaworthy vessel until the happening of whatever it was which caused her to founder.

Such a conclusion changes the whole picture. The unexplained sinking of a thoroughly seaworthy ship in calm waters cannot support an inference that her fate was the simple result of her inability to withstand the ordinary action of the winds and the waves. On the contrary, her seaworthiness distinctly negates such an inference and, in the absence of any other evidence, must instead lead to the inference that, whatever was the unknown cause of the sudden entry of sea-water, it should be regarded as some "fortuitous accident or casualty of the seas", that is to say, some peril of the sea.

The *Skandia Insurance* case, therefore, stands for the proposition that in a lawsuit against his insurers following the loss of his vessel, the owner may prove by inference that the accident was due to a peril of the sea and he will succeed in doing so if, by a positive and convincing proof of seaworthiness, he can satisfy the judge that any cause other than one falling under the concept of peril of the sea is improbable. It is a clear and unquestionable proposition, but I do not accept the contention that, applied to the case at bar, it would necessarily lead to a conclusion different from that arrived at by the Trial Judge, if the latter's findings as

ble de préciser la cause exacte du sinistre, peut néanmoins démontrer, par prépondérance des probabilités, que, vu les circonstances de l'accident et l'évidente navigabilité de son bâtiment, la plupart des événements non compris dans la notion de péril de la mer peuvent être éliminés comme causes possibles, il peut fort bien satisfaire aux exigences de preuve qui lui incombent. Il en est ainsi évidemment parce que la preuve par induction ou par présomption constitue un moyen parfaitement valide de preuve et que l'induction ici dégagée est tout à fait raisonnable vu la grande portée que la jurisprudence a donnée à la notion de péril de la mer (voir, en ce qui concerne ce dernier point, le récent jugement de la Cour suprême [du Canada] dans l'arrêt *Century Insurance Company of Canada, et autres c. Case Existological Laboratories Ltd. et autres* [1983] 2 R.C.S. 47.

Le juge Stephen, dans de courts motifs appuyant ceux du juge Mason, a remarquablement bien exposé la question [à la page 4]:

[TRADUCTION] Toutefois, l'assuré n'a pas laissé la preuve dans cet état. La preuve de la navigabilité du bâtiment a été présentée. Le savant juge de première instance a été porté à rejeter chacun des aspects par lesquels l'assureur suggérerait l'innavigabilité du *Zadar*. Je crois qu'il faut conclure à l'entière navigabilité du *Zadar* jusqu'au moment où est survenue la cause de son naufrage.

Une telle conclusion modifie complètement la situation. Le naufrage inexpliqué dans des eaux calmes d'un navire entièrement en état de naviguer ne permet pas de déduire que ce qui lui est arrivé résulte simplement de son incapacité à résister à l'action ordinaire du vent et des vagues. Au contraire, étant donné la navigabilité du navire, il faut clairement rejeter une telle hypothèse et en l'absence de toute autre preuve, il faut plutôt en déduire que, quelle que soit la cause inconnue de l'entrée soudaine de l'eau de mer, elle doit être considérée comme un «accident fortuit ou un sinistre maritime», c'est-à-dire un péril de la mer.

Ainsi, l'affaire *Skandia Insurance* appuie la proposition selon laquelle un propriétaire, dans une poursuite contre ses assureurs à la suite de la perte de son bâtiment, peut démontrer par inférence que l'accident est résulté d'un péril de la mer, et il y parviendra si, par une preuve positive et convaincante de navigabilité, il peut satisfaire le juge de l'improbabilité de toute cause qui n'en serait pas une comprise dans la notion de péril de la mer. Il s'agit d'une proposition évidente et incontestable, mais je rejette la prétention à l'effet qu'appliquée à l'espèce, elle entraînerait nécessairement une conclusion différente de celle du juge de première

regards the apparent condition of the hull of the vessel were to be qualified as some positive evidence of seaworthiness. Indeed, the evidence adduced in a court of law to convince the judge of the seaworthiness of a vessel at some point in time in the past will always be more or less complete and compelling since it will derive mostly, in fact even exclusively, from proof of absence of various specific defects; and the question of whether, in a particular case, it is strong and convincing enough to render reasonable the drawing of the suggested inference is a matter to be appreciated by the presiding judge. If the findings of the Trial Judge about the apparent integrity of the hull, here, are to be construed as positive findings relating to seaworthiness, the evidence resulting therefrom is certainly not "overwhelming" like it was in the *Skandia Insurance* case. There is no reason to believe that the learned Trial Judge may have simply forgotten or disregarded his findings in that respect when he stated in the last paragraph of his reasons [at page 9]:

No explanation of the proximate cause of the *Kenney* sinking at her berth on a calm night is to be found in the evidence. While it might be different in the case of a vessel at sea, there is no basis for inferring, without the weight of the evidence pointing in that direction, that the proximate cause of the sinking of a vessel in the *Kenney's* situation was more probably a peril insured against than one not covered by the policy.

This appeal, in my opinion, is ill founded and I would dismiss it.

instance, s'il était possible de qualifier les constatations de celui-ci sur l'état apparent de la coque du bâtiment de preuve positive de navigabilité. En fait, la preuve présentée devant une cour de justice en vue de convaincre le juge de la navigabilité d'un bâtiment à un moment précis du passé sera toujours plus ou moins complète et convaincante, puisqu'elle découlera principalement, voire même exclusivement, de la preuve de l'absence d'un certain nombre de défauts précis; et, la question de savoir si, dans un cas particulier, cette preuve est assez forte et convaincante pour permettre l'induction suggérée sera laissée à l'appréciation du juge qui préside l'instruction. Les constatations du juge de première instance sur l'étanchéité apparente de la coque ici constitueraient-elles des conclusions positives de la navigabilité, la preuve qui en résulterait ne serait certainement pas aussi «irrésistible» que dans l'affaire *Skandia Insurance*. Il n'y a aucune raison de croire que c'est simplement parce qu'il avait oublié ses constatations antérieures ou qu'il refusait d'en tenir compte, que le juge de première instance put déclarer dans le dernier paragraphe de ses motifs [à la page 11]:

Aucune explication de la cause immédiate du naufrage du *Kenney*, amarré à son poste à quai, par une nuit calme, n'est apportée par la preuve administrée. Certes, cela pourrait être différent dans le cas d'un navire en mer, mais ici rien ne permet de déduire, lorsque la preuve offerte n'est pas dans ce sens, que la cause immédiate du naufrage d'un bâtiment comme le *Kenney* fut plus probablement un péril assuré qu'un péril non couvert par la police.

À mon avis, le présent appel est mal fondé et je le rejetterais.