

T-1711-03  
2005 FC 1565

T-1711-03  
2005 CF 1565

**Secunda Marine Services Limited (Plaintiff)**

**Secunda Marine Services Limited (demanderesse)**

v.

c.

**Fabco Industries Limited (Defendant)**

**Fabco Industries Limited (défenderesse)**

**INDEXED AS : SECUNDA MARINE SERVICES LTD. v. FABCO INDUSTRIES LTD. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : SECUNDA MARINE SERVICES LTD. c. FABCO INDUSTRIES LTD. (C.F.)**

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, October 28 and November 18, 2005.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 28 octobre et 18 novembre 2005.

*Maritime Law — Insurance — Motion by defendant for summary judgment following damage caused by fire to plaintiff's ship — Plaintiff insured under builder's risk policy, recovering damages from underwriters — Action taken in plaintiff's name by underwriters in exercise of subrogation rights — Whether underwriters barred from taking subrogated action — Case law on subrogation reviewed — Cases relied upon by defendant not establishing rule of law underwriters on builder's risk policy prohibited from seeking subrogated recovery from contractor on insured project — Defendant asking Court to ignore precise wording of Marine Insurance Act, s. 81 — Motion dismissed.*

*Droit maritime — Assurance — Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie — La demanderesse était assurée en vertu d'une police d'assurance des chantiers et son assureur l'a indemnisée — Action introduite au nom de la demanderesse par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation — Il s'agissait de savoir si il était interdit pour les assureurs d'intenter une action subrogatoire — Examen de la jurisprudence sur les droits de subrogation — La jurisprudence invoquée par la défenderesse ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle de droit voulant que, dans le cas d'une police d'assurance des chantiers, il est interdit à l'assureur d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur — La défenderesse demandait à la Cour d'ignorer le libellé précis de l'art. 81 de la Loi sur l'assurance maritime — Requête rejetée.*

*Practice — Parties — Subrogation — Plaintiff's underwriters suing defendant in exercise of subrogation rights under builder's risk policy — Whether underwriters prohibited from seeking subrogated recovery — Plaintiff not releasing defendant from liability — Subrogation cannot be obtained against insured itself — As matter of construction, defendant not insured under policy, underwriters not waiving subrogation rights — Underwriters on builder's risk insurance policy written on marine form, covering ship not prohibited from seeking subrogated recovery against contractor who damaged ship.*

*Pratique — Parties — Subrogation — Les assureurs de la demanderesse ont poursuivi la défenderesse en se prévalant des droits de subrogation de leur police d'assurance des chantiers — Leur était-il interdit d'exercer un recours subrogatoire? — La demanderesse n'a pas dégagé la défenderesse de sa responsabilité — L'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même — Sur le plan de l'interprétation, la défenderesse n'était pas un assuré au sens de la police et les assureurs n'ont pas renoncé à leurs droits de subrogation — L'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire.*

*Practice — Summary Judgment — Motion for summary judgment by defendant in relation to damage caused by fire to plaintiff's ship — Court shall grant summary judgment if satisfied no genuine issue for trial — If satisfied only genuine issue question of law, Court may determine question — Sufficient evidence to determine whether as matter of law plaintiff's underwriters prohibited from seeking subrogated*

*Pratique — Jugement sommaire — Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie — La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès — Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci — La Cour disposait de*

*recovery from defendant — Motion dismissed.*

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Under Constitution Act, 1867, s. 91(10), “Navigation and Shipping” within federal jurisdiction — Insurance not enumerated class of subject — S.C.C. holding marine insurance, although matter falling within property and civil rights, assigned under Constitution to Parliament as part of navigation, shipping — Canadian maritime law uniform throughout country, not including provincial law except as might be incidental to resolution of dispute — Courts may make incremental changes to maritime, common law to further requirements of justice, fairness — Defendant asking Court to read down explicit language of Marine Insurance Act — Fire during building, conversion of ship not only maritime peril at large, but peril covered by policy.*

This was a motion for summary judgment brought by the defendant in relation to damage caused by fire to the plaintiff’s ship while being restored. There was disagreement about the origin of the fire, but it was admitted that the plaintiff was insured under a builder’s risk policy and has been fully paid by its underwriters. In fact, the underwriters commenced the action in the plaintiff’s name in exercise of their subrogation rights. The defendant moved for dismissal of the action by way of summary judgment on the basis that “as a matter of law, underwriters of a Builder’s Risk Insurance Policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy.” It primarily relied on a rule of law, rather than upon the construction of its contract with the plaintiff and the wording of the plaintiff’s insurance policy. There were no exonerations from or limitations of liability clauses in the contract between the plaintiff and the defendant. There was not even a single word about insurance, or an indication that the plaintiff would insure the project, which could lead to an argument that the plaintiff had relieved the defendant from liability for losses caused by its negligence. The Insurance Policy, commonly referred to as a builder’s risk policy, covered the ship in question while undergoing refurbishment, overhaul and conversion. The plaintiff was not obliged under its contract with the defendant to name it as an insured. The subrogation clause provided that: “The Insured may, without prejudice, release prior to the happening of a loss, any persons or corporations from liability for loss from whatever cause arising to the within described property”. It

*suffisamment d’éléments de preuve pour être en mesure de décider si, en droit, il était interdit aux assureurs de la demanderesse d’exercer un recours subrogatoire contre la défenderesse — Requête rejetée.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — En vertu de l’art. 91(10) de la Loi constitutionnelle de 1867, le Parlement fédéral peut légiférer sur « la navigation et les bâtiments ou navires » — L’assurance n’entre dans aucune des catégories de sujets énumérés — Suivant la C.S.C., même si, à proprement parler, elle est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils, l’assurance maritime a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et les bâtiments ou navires — Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien et il n’incorpore aucune règle de droit provincial à l’exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige — La défenderesse demandait à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la Loi sur l’assurance maritime — L’incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d’un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police.*

Il s’agit d’une requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse en raison des avaries causées au navire de la demanderesse par un incendie survenu à l’occasion de travaux de radoub effectués sur le navire en question. Les parties ne s’entendaient pas sur l’origine de l’incendie, mais ont convenu que la demanderesse était assurée en vertu d’une police d’assurance des chantiers et que son assureur l’a indemnisée. En réalité, la présente action a été introduite au nom de la demanderesse par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation. La défenderesse a saisi la Cour d’une requête en rejet de l’action par voie de jugement sommaire parce que « en droit, il est interdit à l’assureur désigné dans une police d’assurance des chantiers d’exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l’objet de la police en question ». Elle a surtout invoqué une règle de droit au lieu de se fonder sur l’interprétation du contrat qu’elle a signé avec la demanderesse ou sur le libellé de la police d’assurance souscrite par celle-ci. Le contrat ne renferme pas de clause d’exonération ou de limitation de responsabilité. Il est entièrement muet sur la question de l’assurance et ne renferme aucune stipulation permettant de penser que la demanderesse assurerait les travaux, ce qui aurait permis de prétendre qu’elle avait dégagé la défenderesse de toute responsabilité pour les pertes causées par sa négligence. Le contrat d’assurance, communément appelé « police d’assurance des chantiers », couvrait le navire pendant qu’il faisait l’objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte. La demanderesse n’était pas obligée, aux termes du

was assumed that the plaintiff had not released the defendant from liability. The main issue was whether, as a matter of law, the underwriters were barred from taking a subrogated action, even if there were contra-indications in the construction contract and in the insurance policy.

*Held*, the motion should be dismissed.

In considering whether it was appropriate to grant summary judgment at this stage, the Court had to take into account the actual language of the construction contract and the insurance policy, the cases cited by both parties, the basic principles of insurance such as the identity of the insured, insurable interests and subrogation, the constitutional treatment of marine insurance in comparison with other forms of insurance and the doctrine of privity of contract, the general principle being that no one can enforce a promise unless he has given consideration for it. If the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial, it shall grant summary judgment. If the Court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, it may determine that question. There was sufficient evidence to determine whether the plaintiff's underwriters were prohibited from seeking subrogated recovery from the defendant, who admittedly was a contractor on the very project which was the subject of that policy.

In *Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, the Supreme Court of Canada began with the basic principle that subrogation cannot be obtained against the insured itself. That case, which dealt exclusively with the language of the policy, stood for the proposition that if a builder's risk policy specifically insures subcontractors as a class, the insurable interest of such subcontractors extends beyond its own property to the project as a whole, so as to deprive underwriters of subrogated rights. An underwriter who pays one co-insured cannot seek recovery from another co-insured. As a matter of construction, the defendant was not insured under the policy and the underwriters did not waive subrogation rights. There was no evidence that the plaintiff released the defendant. Indeed, it put it on notice immediately following the loss. The cases relied upon by the defendant did not establish a rule of law that underwriters on a builders' risk policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor on the insured project. The answer is to be found in the language used in the construction contract and in the

contrat qu'elle avait conclu avec la défenderesse, de désigner celle-ci comme assuré. La clause de subrogation stipulait : « L'assuré peut, sous réserve de ses droits et avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Il faut tenir pour acquis que la demanderesse n'avait pas dégagé la défenderesse de sa responsabilité. La principale question qui se posait était de savoir si, en droit, les assureurs étaient irrecevables à intenter une action subrogatoire et ce, même si le contrat de construction et la police d'assurance renfermaient des stipulations contraires.

*Jugement* : la requête est rejetée.

Pour décider s'il y avait lieu de rendre un jugement sommaire à ce stade, la Cour devait tenir compte du libellé même du contrat de construction et de la police d'assurance, de la jurisprudence citée par les deux parties, des principes fondamentaux de l'assurance tels que l'identité de l'assuré, l'intérêt assurable et la subrogation, ainsi que du traitement que la Constitution réserve à l'assurance maritime par rapport aux autres formes d'assurance, de même que de la règle du lien contractuel, le principe général étant que nul ne peut exiger l'exécution d'une prestation pour laquelle il n'a pas fourni de contrepartie. La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès. Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci. La Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de décider s'il était interdit aux assureurs de la demanderesse d'exercer un recours subrogatoire contre la défenderesse qui, ainsi qu'il a été admis, agissait à titre d'entrepreneur dans le cadre des travaux qui faisaient l'objet de la police en question.

Dans l'arrêt *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil et autre*, la Cour suprême du Canada a d'abord rappelé le principe fondamental suivant lequel l'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même. Cet arrêt, qui portait exclusivement sur le libellé d'une police d'assurance, consacrait le principe suivant lequel si une police d'assurance des chantiers assure explicitement les sous-traitants en tant que groupe, l'intérêt assurable de ces sous-traitants ne s'applique pas uniquement à leurs propres biens mais aussi à l'ensemble de l'ouvrage, privant ainsi l'assureur du droit d'être subrogé dans les droits de l'assuré. L'assureur qui indemnise un coassuré ne peut tenter de récupérer cette somme auprès d'un autre coassuré. La défenderesse n'était pas un assuré au sens de la police et les assureurs n'ont pas renoncé à leurs droits de subrogation (il s'agit là d'une question d'interprétation). Rien ne permettait de penser que la demanderesse ait dégagé la défenderesse de toute responsabilité. Au contraire, elle lui a envoyé une mise en demeure immédiatement après la survenance du sinistre. La

policy. Marine insurance is treated quite differently constitutionally from other forms of insurance.

Under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may make laws in relation to “Navigation and Shipping”. Insurance is not an enumerated class of subject. However, the Supreme Court of Canada held that, although marine insurance is strictly speaking a matter falling within property and civil rights and as such a matter within provincial jurisdiction under subsection 92(13) of that Act, it was nevertheless assigned under the Constitution to Parliament as part of navigation and shipping. Marine insurance is not an application of insurance to the maritime area but a contract of maritime law. Canadian maritime law is uniform throughout the country, does not include provincial law except such law as might be necessarily incidental to the resolution of the dispute, and is based on English admiralty law as it was in 1934, subject to overriding Canadian statute and case law. The courts may make incremental changes to both maritime and common law to further the requirements of justice and fairness. The defendant was asking the Court to read down the explicit language of the *Marine Insurance Act*. As a matter of justice and fairness or policy, there was no need for such a change. A fire during building or conversion of a ship is not only a maritime peril at large, but a peril covered by the policy as it insured “against all risks of loss or damage to the subject-matter insured.”

As a matter of law, underwriters on a builder’s risk insurance policy written on a marine form and covering a ship are not prohibited from seeking subrogated recovery against a contractor who damaged that ship. Section 81 of the *Marine Insurance Act* specifically provides that on payment “the insurer becomes entitled to assume the interest of the insured in the whole or part of the subject-matter and is subrogated to all the rights and remedies of the insured in respect of the [insured].” If Parliament intended that there be a rule of law against subrogation on a builders’ risk policy, it would have specifically said so. The defendant was not seeking an incremental change to judge-made law but was asking the Court to ignore the precise wording of a statute. Its motion for summary judgment was dismissed. There is no rule of law

jurisprudence invoquée par la défenderesse ne permettait pas de conclure à l’existence d’une règle de droit voulant que, dans le cas d’une police d’assurance des chantiers, il est interdit à l’assureur d’exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur. La réponse se trouve dans le libellé du contrat de construction et dans la police. Sur le plan constitutionnel, l’assurance maritime est traitée différemment des autres formes d’assurance.

En vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut légiférer sur « La navigation et les bâtiments ou navires ». L’assurance n’entre dans aucune des catégories de sujets énumérés. La Cour suprême a toutefois statué que même si, à proprement parler, l’assurance maritime est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils et qu’elle relève par conséquent de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de cette Loi, elle a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et des expéditions par eau. L’assurance maritime est un contrat de droit maritime et non une application de l’assurance au domaine maritime. Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien, il n’incorpore aucune règle de droit provincial à l’exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige et il se fonde sur le droit maritime privé anglais tel qu’il existait en 1934, sous réserve de la priorité d’une loi ou de la jurisprudence canadienne. Les tribunaux peuvent apporter des changements progressifs au droit maritime et à la common law pour répondre aux exigences de la justice et de l’équité. La défenderesse demandait à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la *Loi sur l’assurance maritime*. Pour des raisons de justice, d’équité ou de principe, ce changement n’était pas nécessaire. L’incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d’un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police, car celle-ci protège l’assuré « contre tous les risques d’avaries à la chose assurée ».

En droit, l’assureur qui a consenti une police d’assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire peut exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur qui a causé des avaries au navire. L’article 81 de la *Loi sur l’assurance maritime* prévoit expressément que l’assureur qui règle la perte de la chose assurée « acquiert l’intérêt de l’assuré dans tout ou partie de la chose et est subrogé dans tous les droits et recours de l’assuré relatifs à tout ou partie de celle-ci ». Si l’intention du législateur fédéral avait été d’interdire la subrogation dans le cas des polices d’assurance couvrant les chantiers, il l’aurait dit expressément. La défenderesse ne cherchait pas à obtenir un changement graduel à une règle de droit d’origine jurisprudentielle, mais demandait plutôt à la Cour d’ignorer le libellé précis d’un

which deprives underwriters on a builder's risk policy written on a marine form, the subject-matter of which is maritime property, of subrogation rights against non-insureds.

texte de loi. Sa requête en jugement sommaire a été rejetée. Il n'y a aucune règle de droit qui prive les assureurs dans le cadre d'une police d'assurance des chantiers rédigée sur un formulaire maritime et portant sur des biens maritimes de leurs droits de subrogation contre des tiers non assurés.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(10), 92(13), 101.  
*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* (U.K.), 1999, c. 31.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 213, 216(3).  
*Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22, ss. 2(1) "marine adventure", "maritime perils", 6(1), 81.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317; (1976), 1 A.R. 161; 69 D.L.R. (3d) 558; [1976] 6 W.W.R. 219; [1976] I.L.R. 331; 12 N.R. 113; *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283; [1983] I.L.R. 6243; (1983), 54 N.R. 321; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; (1997), 153 D.L.R. (4th) 385; 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 37 B.L.R. (2d) 1; 48 C.C.L.I. (2d) 1; 40 C.C.L.T. (2d) 235; 221 N.R. 1; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; [1999] I.L.R. 3717; 245 N.R. 88.

##### CONSIDERED:

*Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493; [1994] 5 W.W.R. 449; 42 B.C.A.C. 147; 89 B.C.L.R. 2d 18; 22 C.C.L.I. (2d) 175; 14 C.L.R. (2d) 22; [1994] I.L.R. 2961 (B.C.C.A.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329; 27 C.C.L.I. (2d) 201 (P.E.I.S.C. (T.D.)); *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143; [2002] 11 W.W.R. 330; 6 Alta. L.R. (4th) 323; 4 C.C.L.I. (4th) 37; 19 C.L.R. (3d) 63; 2001 ABQB

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* (R.-U.), 1999, ch. 31.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10), 92(13), 101.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 22.  
*Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, art. 2(1) « opérations maritimes », « périls de mer », 6(1), 81.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 213, 216(3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autres*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493; [1994] 5 W.W.R. 449; 42 B.C.A.C. 147; 89 B.C.L.R. 2d 18; 22 C.C.L.I. (2d) 175; 14 C.L.R. (2d) 22; [1994] I.L.R. 2961 (C.A.C.-B.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329; 27 C.C.L.I. (2d) 201 (C.S. Î.-P.É. (1<sup>re</sup> inst.)); *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143; [2002] 11 W.W.R. 330; 6 Alta. L.R. (4th) 323; 4 C.C.L.I. (4th) 37; 19 C.L.R. (3d) 63;

1108; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.).

REFERRED TO:

*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 152 D.L.R. (4th) 643; 35 C.L.R. (2d) 147; 104 O.A.C. 194 (C.A.); *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (Q.B.); *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 110 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1; *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.); *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)); *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 91 (Q.B. (Com. Ct.)).

MOTION for summary judgment brought by the defendant on the basis that underwriters of a builder's risk insurance policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy. Motion dismissed.

APPEARANCES:

*Christopher J. Giaschi* for plaintiff.  
*A. William Moreira, Q.C.* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, for plaintiff.  
*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, for defendant.

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

2001 ABQB 1108; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.).

DÉCISIONS CITÉES :

*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 152 D.L.R. (4th) 643; 35 C.L.R. (2d) 147; 104 O.A.C. 194 (C.A.); *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (B.R.); *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 110 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.); *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B.(Com. Ct.)); *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 91 (Q.B. (Com. Ct.)).

REQUÊTE en jugement sommaire présentée par la défenderesse au motif qu'il est interdit à l'assureur désigné dans une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l'objet de la police en question. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

*Christopher J. Giaschi* pour la demanderesse.  
*A. William Moreira, c.r.* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, pour la défenderesse.

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

[1] HARRINGTON J.: The plaintiff, Secunda Marine Services Limited, hired the defendant, Fabco Industries Limited, to work on a major refit of their ship, the *Burin Sea*. Instead, they burned her down, or so the story goes I'm told.

[2] Fabco tells quite a different story. Although it admits that a fire broke out while its employees were welding, it denies that the fire, and subsequent damage, arose from a breach of contract or breach of any other legal duty. It alleges that at the time of the fire, it was Secunda who was supervising the work. In the alternative, it further alleges that Secunda itself caused, or contributed to the fire in a number of ways such as by its failure to maintain a fire watch and by placing combustible materials in a space which had been certified for hot work. These are all triable issues.

[3] More to the point, Fabco alleges that Secunda was insured under a builder's risk policy and has recovered from its underwriters. Secunda admits that allegation. In reality, this action has been taken in Secunda's name by underwriters in exercise of their subrogation rights.

[4] Fabco says that the underwriters are barred from suing it because it is an unnamed insured under the policy, or at least benefits from a waiver of subrogation. In either case, it does not matter if it would otherwise be liable for the damage caused by the fire; this action is doomed to fail.

[5] Fabco moves for dismissal of the action by way of summary judgment, because, to use its words: "as a matter of law, underwriters of a Builder's Risk Insurance Policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy." It is significant that Fabco primarily relies on a rule of law, rather than upon the construction of its contract with

[1] LE JUGE HARRINGTON : La demanderesse, Secunda Marine Services Limited, a engagé la défenderesse, Fabco Industries Limited, pour procéder à d'importants travaux de radoub sur son navire, le *Burin Sea*, qui, au lieu de cela, a été réduit en cendres. C'est du moins ce qui a été rapporté à la Cour.

[2] Fabco donne une version des faits tout à fait différente. Bien qu'elle admette qu'un incendie ait éclaté à bord du navire alors que ses employés étaient en train d'effectuer des travaux de soudure, Fabco nie que l'incendie et les avaries qu'il a causées découlent d'une rupture de contrat ou d'un manquement à une autre obligation légale. Elle soutient qu'au moment où l'incendie a éclaté, c'était Secunda qui surveillait les travaux. À titre subsidiaire, elle ajoute que Secunda a elle-même causé l'incendie ou y a contribué de plusieurs façons, notamment en ne prévoyant pas de piquet d'incendie et en plaçant des matières combustibles à un endroit faisant l'objet d'un permis de travaux à haute température. Toutes ces questions sont susceptibles d'être tranchées par la justice.

[3] Plus précisément, Fabco allègue que Secunda était assurée en vertu d'une police d'assurance des chantiers et que son assureur l'a indemnisée. Secunda admet ces faits. En réalité, la présente action a été introduite au nom de Secunda par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation.

[4] Suivant Fabco, les assureurs sont irrecevables à la poursuivre parce qu'elle est un assuré non nommé dans la police ou qu'à tout le moins elle bénéficie d'une renonciation à la subrogation. Dans un cas comme dans l'autre, il importe peu qu'elle soit par ailleurs responsable des avaries causées par l'incendie, puisque de toute façon la présente action est vouée à l'échec.

[5] Fabco a saisi la Cour d'une requête en rejet de l'action par voie de jugement sommaire parce que, pour reprendre ses propres paroles, [TRADUCTION] « en droit, il est interdit à l'assureur désigné dans une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l'objet de la police en question ». Il est intéressant de

Secunda and the wording of Secunda's insurance policy.

[6] Secunda does not oppose the motion. Rather, it welcomes it and actually treats it as an opportunity to have this insurance point decided at an early stage of the proceedings. Indeed, in the spirit of co-operation which one has come to expect from the admiralty bar, the parties set aside two potentially thorny issues in the hope that the Court would deal with Fabco's motion on the merits. The first point is the deductible under Secunda's policy. The parties have reached a side agreement which allows the Court to proceed on the basis that Secunda was fully paid. The second point is whether, as a matter of construction of the policy, Secunda had to release Fabco from liability prior to the loss in order that the underwriters be deprived of their subrogation rights. Fabco says it does not matter whether or not Secunda had released it from liability because, in any event, the underwriters are barred from pursuing it as a rule of law. However, if it is wrong and the action proceeds further, it reserves the right to introduce evidence that Secunda had released it from liability.

[7] Secunda takes the position that the cases relied upon by Fabco, which deal with land-based construction projects, and thus governed by provincial law, do not establish any such rule of law. Rather they were grounded in the specific language of the construction contracts and the insurance policies in question. Alternatively, if they do stand for such a rule it should not be extended to marine insurance which, unlike other forms of insurance, is a federal matter under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].

[8] The case raises a number of interesting points. The Court must consider whether it is appropriate to grant

constater que Fabco invoque surtout une règle de droit au lieu de se fonder sur l'interprétation du contrat qu'elle a signé avec Secunda ou sur le libellé de la police d'assurance souscrite par Secunda.

[6] Secunda ne conteste pas la requête. Au contraire, elle s'en réjouit et elle y voit plutôt une occasion de faire trancher cette question d'assurance *in limine litis*. D'ailleurs, dans l'esprit de collaboration auquel on s'attend habituellement de la part d'avocats exerçant en droit maritime, les parties ont écarté deux questions potentiellement épineuses dans l'espoir que la Cour statue sur le fond de la requête de Fabco. La première de ces questions est la franchise prévue au contrat de Secunda. Les parties ont conclu une entente parallèle qui permet à la Cour de tenir pour acquis que Secunda a été indemnisée intégralement. La seconde question porte sur l'interprétation de la police; elle consiste à savoir si, pour que les assureurs puissent être privés de leurs droits de subrogation, Secunda devait dégager Fabco de toute responsabilité avant le sinistre. Fabco soutient qu'il importe peu que Secunda ait dégagé sa responsabilité parce qu'en tout état de cause, les assureurs sont irrecevables, en droit, à la poursuivre. Si toutefois elle a tort et que l'instruction de l'action doit se poursuivre, Fabco se réserve le droit de présenter des éléments de preuve démontrant que Secunda l'avait effectivement dégagée de toute responsabilité.

[7] Secunda adopte le point de vue selon lequel les décisions citées par Fabco, qui portent sur des projets de construction terrestres et qui sont donc régis par les lois provinciales, ne créent pas une telle règle de droit. Il s'agissait plutôt de cas d'espèce reposant sur le libellé précis des contrats de construction et des polices d'assurance en cause. À titre subsidiaire, si l'on peut effectivement conclure à l'existence d'une telle norme de droit à partir de cette jurisprudence, cette norme ne s'applique pas en matière d'assurance maritime qui, à la différence des autres types d'assurance, relève de la compétence fédérale en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].

[8] La présente affaire soulève plusieurs points intéressants. La Cour doit décider s'il y a lieu de rendre

summary judgment at this stage. In reaching a decision, the Court must take into account the actual language of the construction contract and of the insurance policy, the cases cited by both parties, basic principles of insurance such as the identity of the insured, insurable interests and subrogation, the constitutional treatment of marine insurance in comparison with other forms of insurance and the doctrine of privity of contract, the general principle being that no one can enforce a promise unless he has given consideration for it.

#### PRINCIPLES OF SUMMARY JUDGMENT

[9] Motions for summary judgment are governed by *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], rule 213 and following. If the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial, it shall grant summary judgment. If the Court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, it may determine that question. It may also grant part of the application so that the action would then continue on a restricted basis. Subsection 216(3) of the Rules contemplates that the Court may not only dismiss the application but in so doing may actually grant summary judgment in favour of the respondent.

[10] I am satisfied that there is sufficient evidence before me to determine whether as a matter of law Secunda's underwriters are prohibited from seeking subrogated recovery from Fabco, who admittedly was a contractor on the very project which was the subject of that policy.

#### ISSUES

[11] The first issue is whether, as a matter of construction, the underwriters are prohibited from seeking subrogated recovery. In exercising their subrogated rights, they are in no better position than Secunda itself. If Fabco is not liable to Secunda, then the action must fail. The underwriters would also be barred if Fabco is an insured under the policy, or at least

un jugement sommaire à cette hauteur-ci de la procédure. Pour ce faire, la Cour doit tenir compte du libellé même du contrat de construction et de la police d'assurance, de la jurisprudence citée par les deux parties, des principes fondamentaux de l'assurance tels que ceux de l'identité de l'assuré, de l'intérêt assurable et de la subrogation, ainsi que du traitement que la Constitution réserve à l'assurance maritime par rapport aux autres formes d'assurance, de même que de la règle du lien contractuel, le principe général étant que nul ne peut exiger l'exécution d'une prestation pour laquelle il n'a pas fourni de contrepartie.

#### PRINCIPES RÉGISSANT LES JUGEMENTS SOMMAIRES

[9] Les requêtes en jugement sommaire sont régies par les règles 213 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès. Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci. Elle peut également faire droit à la requête en partie, de sorte que l'instruction de l'action peut se poursuivre sur les autres questions en litige. Le paragraphe 216(3) des règles permet à la Cour de ne pas se contenter de rejeter la requête, mais de prononcer aussi un jugement sommaire en faveur du défendeur.

[10] Je suis convaincu que je dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de décider si, en droit, il est interdit aux assureurs de Secunda d'exercer un recours subrogatoire contre Fabco qui, ainsi qu'il a été admis, agissait à titre d'entrepreneur dans le cadre des travaux qui faisaient l'objet de la police en question.

#### QUESTIONS EN LITIGE

[11] La première question à trancher, qui en est une d'interprétation, consiste à se demander s'il est interdit aux assureurs d'exercer un recours subrogatoire. En exerçant leurs droits de subrogés, les assureurs ne se retrouvent pas dans une meilleure position que Secunda elle-même. Si Fabco n'est pas responsable envers Secunda, l'action doit alors être rejetée. Les assureurs

a third party beneficiary of a waiver of subrogation clause.

[12] The second issue is whether as a matter of law the underwriters are barred from taking a subrogated action, even if there are contra-indications in the construction contract and in the insurance policy.

[13] Finally, if, as a matter of law, underwriters on a builder's risk insurance policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor, does that principle extend to marine insurance?

#### The Contract Between Secunda and Fabco

[14] Secunda acted as its own general contractor. Its contract with Fabco is to be found in letters and purchase orders. Daly Snow, Fabco's president at the time, describes it well. "In very general terms, the scope of work to be performed . . . was modification of the steel hull, superstructure and equipment of Burin Sea, including welding services." He went on to admit "a fire broke out in the Burin Sea's bridge following welding of a beam by one of Fabco's employees."

[15] There are no exoneration from or limitation of liability clauses in the contract. There is not even a single word about insurance, or an indication that Secunda would insure the project, which could lead to an argument that Secunda had relieved Fabco from liability for losses caused by its negligence (*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321 (C.A.)).

#### The Insurance Policy

[16] Turning now to the policy, which is in a manuscript form prepared by Secunda's broker, Sedgwick Limited; it is entitled a "Policy of Insurance". However, it is clear, and it is not disputed, that it is what

seraient également irrecevables à poursuivre Fabco si celle-ci est assurée en vertu de la police ou si elle est à tout le moins tiers bénéficiaire d'une renonciation à la clause de subrogation.

[12] La deuxième question qui se pose est celle de savoir si, en droit, les assureurs sont irrecevables à intenter une action subrogatoire et ce, même si le contrat de construction et la police d'assurance renferment des stipulations contraires.

[13] Enfin, si, en droit, il est interdit aux assureurs ayant consenti une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur, ce principe vaut-il aussi en matière d'assurance maritime?

#### Contrat conclu entre Secunda et Fabco

[14] Secunda agissait comme son propre entrepreneur général. Le contrat qu'elle a conclu avec Fabco se trouve dans des lettres et des bons de commande. M. Daly Snow, qui était président de Fabco à l'époque, explique bien la situation : [TRADUCTION] « De façon très générale, les travaux à effectuer, qui comprenaient de la soudure, consistaient à modifier la coque en acier, la superstructure et l'équipement du Burin Sea ». Il admet qu' [TRADUCTION] « un incendie s'est déclaré sur le pont du Burin Sea alors qu'un des employés de Fabco était en train de souder une poutre ».

[15] Le contrat ne renferme pas de clause d'exonération ou de limitation de responsabilité. Il est entièrement muet sur la question de l'assurance et ne renferme aucune stipulation permettant de penser que Secunda assurerait les travaux, ce qui aurait permis de prétendre que Secunda avait dégagé Fabco de toute responsabilité pour les pertes causées par sa négligence (*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321 (C.A.)).

#### La police d'assurance

[16] Je passe maintenant à l'examen du contrat d'assurance, un document manuscrit établi par le courtier de Secunda, Sedgwick Limited, et intitulé [TRADUCTION] « police d'assurance ». Il est toutefois

is commonly referred to as a builder's risk policy. It covered the *Burin Sea* and the *Trinity Sea* "whilst undergoing refurbishment, overhaul and conversion." It incorporates the "Institute Clauses for Builders' Risk" and had been characterized by all concerned as that type of policy. I am satisfied that the refit of the *Burin Sea* was a construction project of greater magnitude than the work carried out in some of the cases Fabco cites.

[17] The insured and loss payees are Secunda and Canadian Imperial Bank of Commerce. As is fairly common in marine matters, it is a valued policy: \$15,500,000 for each ship.

[18] The underwriters agreed "to insure against loss or damage liability or expense in the proportions and manner hereinafter provided." There is no specific provision extending the property aspects of the policy to property not owned by the insured.

[19] Two clauses require specific consideration. The "Additional assureds and waivers of subrogation" clause and the "Subrogation" clause.

[20] The policy covered the assureds' "subsidiary, affiliated or interrelated companies." Fabco is not such a company. However, the clause continues:

Privilege is hereby granted the Assured to name others as required by contract or for whom the Assured is performing work as additional assureds on this policy, provided the Assured shall have exercised this option prior to loss. Privilege is also granted the Assured to release from liability others as required by contract or for whom the Assured is performing operations or who are performing operations for the Assured, provided the Assured shall have exercised this option prior to loss; and these insurers waive all rights of subrogation against any parties so released.

manifeste et acquis aux débats qu'il s'agit de ce qu'on appelle communément une police d'assurance des chantiers. La police couvrait le *Burin Sea* et le *Trinity Sea* [TRADUCTION] « pendant qu'ils font l'objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte ». On y trouve les clauses types de polices d'assurance maritime des chantiers et c'est ainsi qu'elle était considérée par tous les intéressés. Je suis convaincu que le radoub du *Burin Sea* était un projet de construction d'une plus grande envergure que les travaux effectués dans certaines des affaires citées par Fabco.

[17] Les assurés et les bénéficiaires sont Secunda et la Banque Canadienne Impériale de Commerce. Comme il est assez courant en matière maritime, il s'agissait d'une police à valeur agréée de 15 500 000 \$ qui couvrait chacun des navires en question.

[18] Les assureurs acceptaient [TRADUCTION] « d'assurer contre tout sinistre ou toute responsabilité pour avaries ou dépenses dans les proportions et selon les modalités ci-après précisées ». Il n'y a pas de stipulation expresse prévoyant l'application des dispositions relatives aux biens assurés à des biens n'appartenant pas à l'assuré.

[19] Il y a deux clauses qui méritent un examen plus attentif : celle intitulée [TRADUCTION] « assurés supplémentaires et renonciation à la subrogation » et la clause de subrogation.

[20] La police couvrait les [TRADUCTION] « filiales et sociétés affiliées ou apparentées » de l'assuré. Fabco ne répond pas à cette définition. La clause se poursuit toutefois comme suit :

[TRADUCTION] L'assuré se voit conférer par la présente le privilège de désigner comme assurés supplémentaires d'autres personnes, selon que l'exige le contrat, ou d'autres personnes pour lesquelles l'assuré effectue des travaux, à la condition qu'il exerce ce choix avant la survenance du sinistre. L'assuré se voit également conférer le privilège de dégager de toute responsabilité d'autres personnes, selon que l'exige le contrat ou pour lesquelles l'assuré effectue des travaux ou qui effectuent des travaux pour lui, à la condition qu'il exerce ce choix avant la survenance du sinistre. Les assureurs renoncent à tous leurs droits de subrogation contre ces personnes.

Secunda was not obliged under its contract with Fabco to name Fabco as an insured. I am also to presume that it did not in fact name Fabco to the underwriters.

[21] The subrogation clause provides: “The Insured may, without prejudice, release prior to the happening of a loss, any persons or corporations (including transportation companies), from liability for loss from whatever cause arising to the within described property.” Again, I am to act on the assumption that Secunda had not released Fabco from liability.

#### The Cases: Insureds and Subrogation

[22] It is convenient to consider the cases relied upon by Fabco at this stage. Fabco recognizes that the earlier cases it cites were anchored in the specific language of the construction contract and the insurance policy before the Court, but submits the more recent cases have advanced to the stage that what had been a rule of construction has now become a rule of law.

[23] Fabco begins with the decision of Mr. Justice de Grandpré in *Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317. Imperial Oil had retained the services of a general contractor for the construction of a fertilizer plant. Commonwealth Construction was a subcontractor whose workmen negligently caused a fire, which resulted in slight damage to its own property and to the portion of the project on which it was engaged. However, extensive damage was caused to the remainder of the project. Imperial had taken out a multi-peril policy which described the insured as “Imperial Oil Ltd. . . . and any of their contractors and subcontractors.”

[24] The loss payable clause was in favour of “Insured or order.”

[25] It was agreed that Commonwealth Construction was insured with respect to damage to its own property,

Secunda n’était pas obligée, aux termes du contrat qu’elle avait conclu avec Fabco, de désigner Fabco comme assuré. Je dois également présumer qu’elle n’a effectivement pas signalé l’existence de Fabco aux assureurs.

[21] La clause de subrogation stipule : [TRADUCTION] « L’assuré peut, sous réserve de ses droits et avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale (y compris les sociétés de transport) de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Là encore, je dois tenir pour acquis que Secunda n’avait pas dégagé Fabco de sa responsabilité.

#### La jurisprudence : assurés et subrogation

[22] Il convient à ce moment-ci de se pencher sur la jurisprudence invoquée par Fabco. Fabco reconnaît que les premières décisions qu’elle cite reposaient sur le libellé propre au contrat de construction et à la police d’assurance soumis au tribunal dans ces affaires. Elle signale cependant que, dans les décisions plus récentes, ce qui était jusque-là une règle d’interprétation s’est graduellement transformé en règle de droit.

[23] Fabco cite d’abord la décision du juge de Grandpré dans l’affaire *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317. Imperial Oil avait retenu les services d’un entrepreneur général pour la construction d’une usine d’engrais. Commonwealth Construction était un sous-traitant. Ses ouvriers avaient causé par leur négligence un incendie qui s’était soldé par de légers dommages à ses propres biens et à la partie de l’ouvrage qui lui avait été confiée. Le reste de l’ouvrage avait toutefois subi des dommages importants. Imperial avait souscrit une police d’assurance multirisque qui désignait comme assuré [TRADUCTION] « Imperial Oil Ltd. [ . . . ] et tous leurs entrepreneurs et sous-traitants ».

[24] La police prévoyait que l’indemnité était payable [TRADUCTION] « à l’assuré ou à son ordre ».

[25] Il était acquis aux débats que Commonwealth Construction était assurée pour ses propres biens, et que

which was in the amount of \$305. The real issue was not whether Commonwealth Construction was an insured, but whether it was only insured to the extent of the portion of the work it performed under the subcontract.

[26] The Court began with the basic principle that subrogation cannot be obtained against the insured itself. The policy covered:

... all materials, machinery, equipment including labour charges, and all other property of any nature whatsoever owned by Insured or in which the Insured may have an interest or responsibility or for which the Insured may be liable or assume liability prior to loss or damage to be used or incidental to the fabrication, installation, completion, upkeep, expansion, modification, and all other changes or extensions (whether defined herein or not), all pertaining to the Fertilizer Plant situated at Redwater, Alberta.

[27] Mr. Justice de Grandpré said the issue was whether in the context of a construction contract, the various trades, prior to the loss, had such a relationship with the entire works that their potential liability for damage thereto constituted an insurable interest in the whole.

[28] Drawing on the principles of bailment, and the bailee's risk of liability, the Court held that Commonwealth Construction had an insurable interest in the project as a whole.

[29] Fabco seizes upon Mr. Justice de Grandpré's underlying philosophy. He said at pages 323-324:

On any construction site, and especially when the building being erected is a complex chemical plant, there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole. Should this possibility become reality, the question of negligence in the absence of complete property coverage would have to be debated in court. By recognizing in all tradesmen an insurable interest based on that very real possibility, which itself has its source in the contractual arrangements opening the doors of

la valeur des dommages qu'elle avait subis s'établissait à 305 \$. La véritable question en litige n'était pas de savoir si Commonwealth Construction était assurée, mais si elle n'était assurée que jusqu'à concurrence de la valeur de la partie des travaux qu'elle avait exécutée en vertu du contrat de sous-traitance.

[26] La Cour a d'abord rappelé le principe fondamental suivant lequel l'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même. La police couvrait les risques suivants :

[TRADUCTION] [...] tous matériaux, machinerie, équipement, y compris les frais de main-d'œuvre et tous autres biens, de quelque nature qu'ils soient, dont l'assuré est propriétaire ou à l'égard desquels l'assuré peut avoir un intérêt ou une responsabilité ou dont l'assuré peut être responsable ou assume la responsabilité antérieurement au sinistre, utilisables ou accessoires à la fabrication, l'installation, l'achèvement des travaux, l'entretien, l'agrandissement, la modification et tous autres changements ou prolongements (qu'ils soient définis aux présentes ou non) relatifs à l'usine d'engrais sise à Redwater, Alberta.

[27] Le juge de Grandpré a expliqué qu'il s'agissait de savoir si, dans le contexte des contrats de construction, les différents corps de métier avaient, avant la survenance du sinistre, une relation telle avec l'ensemble des travaux que leur responsabilité virtuelle constituait un intérêt assurable sur l'ensemble.

[28] S'inspirant des principes du dépôt et de la responsabilité du dépositaire, la Cour a jugé que Commonwealth Construction avait un intérêt assurable sur l'ensemble de l'ouvrage.

[29] Fabco s'appuie sur le raisonnement sous-jacent du juge de Grandpré, qui déclare ce qui suit, aux pages 323 et 324 :

Dans tout chantier, et plus particulièrement quand le bâtiment qui est érigé est une usine complexe de produits chimiques, la possibilité qu'un homme de métier cause un dommage, aux biens d'un autre et à la construction dans son ensemble est omniprésente. Si elle devient réalité, la question de la négligence, en l'absence d'une assurance générale contre les dommages matériels, devra être portée devant les tribunaux. En reconnaissant à tous les hommes de métier un intérêt assurable fondé sur cette possibilité très réelle, qui elle-même

the job site to the tradesmen, the courts would apply to the construction field the principle expressed so long ago in the area of bailment. Thus all the parties whose joint efforts have one common goal, e.g., the completion of the construction, would be spared the necessity of fighting between themselves should an accident occur involving the possible responsibility of one of them.

[30] However, it is clear that he was basing himself on the language of the contracts. He said at page 328:

It follows that the clause upon which the insurers rely to claim subrogation in the case at bar, does not support their contention. By that clause, the policy makes it clear that it is only to the rights of the group against outside parties that the insurers are entitled to proceed by way of subrogation.

The conclusion I have expressed is based on an ordinary reading of the subrogation clause as well as on the general text of the policy. In my eyes, it also conforms to the intent of the drafters of this type of insurance, as well as to the intent of the parties to the construction contract in the case at bar.

[31] *Commonwealth Construction* dealt exclusively with the language of the policy. The Court expressly refrained from considering the terms and conditions of Commonwealth Construction's contract with the general contractor. The case stands for the proposition that if a builder's risk policy specifically insures subcontractors as a class, the insurable interest of such subcontractors extends beyond its own property to the project as a whole, so as to deprive underwriters of subrogated rights. An underwriter who pays one co-insured cannot seek recovery from another co-insured.

[32] Fabco also relies on three subsequent cases decided on the same policy wording:

This policy, except as herein provided, insures

(a) property in the course of construction, installation, reconstruction or repair

(i) owned by the insured;

(ii) owned by others, provided that the value of such property is included in the amount insured;

trouve sa source dans les contrats leur donnant accès au chantier, les tribunaux appliqueraient au domaine de la construction le principe établi depuis si longtemps en matière de dépôt. Ainsi on éviterait à toutes les parties dont les efforts conjoints ont un but commun, à savoir l'achèvement des travaux, la nécessité de s'attaquer en cas d'accident impliquant la responsabilité éventuelle de l'un d'entre eux.

[30] Il est toutefois évident que le juge se fondait sur le libellé des contrats. Voici ce qu'il écrit à la page 328 :

Il s'ensuit que la clause sur laquelle se fondent les assureurs pour invoquer la subrogation en l'espèce, n'appuie pas leur prétention. Cette clause de la police indique clairement que c'est uniquement sur les droits du groupe à l'encontre de tiers que les assureurs peuvent agir par voie de subrogation.

Ma conclusion est fondée sur le libellé de la clause de subrogation, aussi bien que sur l'ensemble de la police. Selon moi, elle est également conforme à l'intention des rédacteurs de ce genre d'assurance, aussi bien qu'à celle des parties au contrat de construction en l'espèce.

[31] L'affaire *Commonwealth Construction* portait exclusivement sur le libellé d'une police d'assurance. La Cour s'est expressément abstenue d'examiner les modalités du contrat intervenu entre Commonwealth Construction et l'entrepreneur général. Cet arrêt consacre le principe suivant lequel si une police d'assurance des chantiers assure explicitement les sous-traitants en tant que groupe, l'intérêt assurable de ces sous-traitants ne s'applique pas uniquement à leurs propres biens mais aussi à l'ensemble de l'ouvrage, privant ainsi l'assureur du droit d'être subrogé dans les droits de l'assuré. L'assureur qui indemnise un coassuré ne peut tenter de récupérer cette somme auprès d'un autre coassuré.

[32] Fabco cite également trois autres décisions qui portaient sur la même clause d'une police d'assurance :

[TRADUCTION] Cette police couvre les risques suivants :

a) les biens qui, lors des travaux de construction, d'installation, de reconstruction ou de réparation :

(i) appartiennent à l'assuré;

(ii) appartiennent à autrui, à condition que la valeur des biens en question soit incluse dans le montant assuré;

all to enter into and form part of the completed project including expendable materials and supplies not otherwise excluded, necessary to complete the project.

The three cases are: *Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493 (B.C.C.A.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329 (P.E.I.S.C. (T.D.)) and *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 152 D.L.R. (4th) 643 (C.A.).

[33] Another case relied upon by Fabco, *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (Q.B.), had very similar wording.

[34] In each of these cases the contractor, or subcontractor, was a member of an insured class, i.e. those whose property was computed in the insured value. It follows, based on *Commonwealth Construction*, that their insurable interest extended to the entire project so that having paid a coinsured, underwriters were barred from seeking recovery from another coinsured. Indeed, all four cases make reference to the intention of the parties.

[35] However, Fabco submits that some of the policy considerations referred to were independent from the actual language of the contracts. In *Sylvan*, the British Columbia Court of Appeal said [at page 497] that “Canadian law treats the builders’ risk policy as a unique species of insurance contract.” Certainly, this type of all-risk or multi-risk policy is not identified by name in non-marine insurance statutes. Nominate provincial policies may include automobile, fire, life, accident and sickness, livestock and home warranties.

[36] *Redmond* may have gone a step further by referring to public policy. Nevertheless, DesRoches J., as he then was, concluded at paragraph 25: “My finding

et qui font tous partie de l’ouvrage une fois celui-ci achevé, y compris le matériel non réutilisable et les fournitures non autrement exclues, qui sont nécessaires pour réaliser l’ouvrage en question.

Ces trois décisions sont les suivantes : *Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493 (C.A.C.-B.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329 (C.S. Î-P-É. (1<sup>re</sup> inst.)) et *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 643 (C.A.).

[33] Une autre affaire citée par Fabco, *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (B.R.), portait sur un texte très semblable.

[34] Dans chacune de ces affaires, l’entrepreneur ou le sous-traitant faisait partie d’une catégorie d’assurés, c’est-à-dire d’une catégorie de personnes dont les biens entraient dans le calcul de la valeur assurée. Il s’ensuit, selon l’arrêt *Commonwealth Construction*, que leur intérêt assurable englobait tous les travaux, de sorte qu’après avoir indemnisé un des coassurés, les assureurs étaient irrecevables à réclamer un remboursement d’un autre coassuré. D’ailleurs, dans ces quatre décisions, le tribunal fait allusion à l’intention des parties.

[35] Fabco fait toutefois valoir que certaines des considérations de principe susmentionnées n’avaient rien à voir avec le libellé même des contrats. Ainsi, dans l’arrêt *Sylvan*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique [à la page 497] a expliqué que [TRADUCTION] « le droit canadien considère la police d’assurance des chantiers comme un type unique de contrat d’assurance ». Certes, ce type de police d’assurance tous risques ou multirisque n’est pas nommément désigné dans les lois d’assurance terrestre. Parmi les contrats nommés d’assurance provinciaux, il y a lieu de mentionner notamment l’assurance-automobile, l’assurance-incendie, l’assurance-vie, l’assurance-accident et maladie, l’assurance du bétail et les garanties résidentielles.

[36] Dans le jugement *Redmond*, le tribunal a peut-être franchi un pas de plus évoquant l’ordre public. Quoi qu’il en soit, le juge DesRoches, qui était alors

is based on the wording of the Builders' All Risk policy issued to the plaintiff and on article 12 of the contract between the plaintiff and the defendant, as well as on considerations of public policy and the jurisprudence on the issue."

[37] It is important not to take statements in isolation and build too much upon them. See *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep 110 (H.L.) a decision relied upon in *Commonwealth Construction*. As Lord Reid noted, the question of whether a bailee has taken out a goods policy or whether he is only insured against personal loss or liability must depend on the true construction of the policy.

[38] Another decision relied upon by Fabco is *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143, a decision of the Alberta Court of Queen's Bench. This case went further than other builders' risk policies in that the policy, unlike those referred to above, did not specifically cover property of subcontractors the value of which was included in the value of the work. Nevertheless, the Court held that the property coverage in question which was on "buildings while in the course of construction" would include the work of subcontractors as the value of a construction project necessarily includes the sum of materials, supplies and labour of the subcontractors. The Court concluded that the subcontractor Thibeault was an unnamed insured under the policy, especially in light of the commercial purposes of such policies.

[39] One could argue that since the scope of coverage in the case at bar was on "the vessels *Burin Sea* and *Trinity Sea* whilst undergoing refurbishment, overhaul and conversion", Fabco was a co-insured under the policy. Even if that proposition were true, which I doubt, in this case any such presumption is rebutted by the specific language of the insurance policy. In order to be insured, *Secunda* was required "to name others as additional assureds on this policy". That option had to

juge de première instance, dit ce qui suit au paragraphe 25 : [TRADUCTION] « Ma conclusion repose sur le libellé de la police d'assurance des chantiers qui a été établie en faveur de la demanderesse et sur l'article 12 du contrat intervenu entre la demanderesse et la défenderesse, ainsi que sur des considérations d'ordre public et sur la jurisprudence portant sur la question ».

[37] Il importe de ne pas prendre ces énoncés isolément et de ne pas trop tabler sur eux. Mentionnons, à ce propos, la décision *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep 110 (H.L.), citée dans l'arrêt *Commonwealth Construction*. Ainsi que lord Reid l'a signalé, la réponse à la question de savoir si un dépositaire a souscrit une police sur des biens ou s'il n'est assuré que contre ses pertes ou sa responsabilité personnelle dépend de l'interprétation de la police.

[38] Fabco invoque également la décision *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143, où la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta est allée plus loin que dans les affaires précédentes portant sur les polices d'assurance des chantiers. En effet, à la différence des polices déjà évoquées, la police en question ne couvrait pas explicitement les biens des sous-traitants dont la valeur était comprise dans la valeur des travaux. La Cour a néanmoins jugé que la couverture des biens en question qui protégeait [TRADUCTION] « les bâtiments en cours de construction » englobait le travail des sous-traitants, étant donné que la valeur d'un projet de construction comprend nécessairement la somme des matériaux, des fournitures et de la main-d'œuvre des sous-traitants. La Cour a estimé que le sous-traitant Thibeault était un assuré non nommé visé par la police, compte tenu surtout des fins commerciales de ce type de police.

[39] On pourrait soutenir que, comme en l'espèce la garantie couvrait [TRADUCTION] « le *Burin Sea* et le *Trinity Sea* pendant qu'ils font l'objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte », Fabco était coassurée en vertu de la police. Mais même si cette proposition était vraie, ce dont je doute, dans le cas qui nous occupe toute présomption en ce sens est réfutée par le libellé explicite de la police d'assurance. Pour être assurée, *Secunda* devait [TRADUCTION] « désigner

be exercised prior to the loss. I have been asked to proceed on the basis that Secunda did not name Fabco as an insured at any time.

[40] To conclude on this point, I hold, that as a matter of construction, Fabco is not insured under the policy. Quite apart from that, underwriters, as noted in such cases as *Commonwealth Construction*, may waive subrogation rights. However, and again as a matter of construction, the underwriters did not do so, as it was a policy requirement that Secunda “release prior to the happening of a loss, any persons or corporations . . . from liability from loss from whatever cause arising to the within described property.” There is no evidence that Secunda released Fabco. Indeed, it put it on notice immediately following the loss.

#### RULE OF LAW FAVOURS SUBROGATION

[41] It follows, in my view the cases relied upon by Fabco do not establish a rule of law that underwriters on a builder’s risk policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor on the insured project. The answer is to be found in the language used in the construction contract and in the policy. However, the inquiry does not end there. Marine insurance is treated quite differently constitutionally from other forms of insurance. Even though there is no such rule of law when it comes to land-based construction policies, there could be such a rule when it comes to the construction of a ship. We must look to the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993 c. 22, as well as the doctrine of privity of contract.

#### A WORD ABOUT THE CONSTITUTION

[42] Under the *British North America Act, 1867*, patriated to Canada as the *Constitution Act, 1867*,

d’autres personnes comme assurés supplémentaires » et elle devait exercer ce choix avant la survenance du sinistre. Or, on m’a demandé de tenir pour acquis que Secunda n’avait jamais désigné Fabco comme assurée.

[40] Pour conclure sur ce point, j’estime que Fabco n’est pas un assuré au sens de la police. Abstraction faite de cette question d’interprétation, les assureurs ont la faculté, ainsi qu’il a été signalé notamment dans l’arrêt *Commonwealth Construction*, de renoncer à leurs droits de subrogation. Toutefois—et il s’agit là encore d’une question d’interprétation—les assureurs ne se sont pas prévalus de cette possibilité, car, aux termes de la police, Secunda devait, [TRADUCTION] « avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale (y compris les sociétés de transport) de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Or, rien ne permet de penser que Secunda a dégagé Fabco de toute responsabilité. Au contraire, elle lui a envoyé une mise en demeure immédiatement après la survenance du sinistre.

#### RÈGLE DE DROIT FAVORISANT LA SUBROGATION

[41] Il s’ensuit selon moi que la jurisprudence invoquée par Fabco ne permet pas de conclure à l’existence d’une règle de droit voulant que, dans le cas d’une police d’assurance des chantiers, il est interdit à l’assureur d’exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur. La réponse se trouve dans le libellé du contrat de construction et dans la police. Mais l’analyse ne s’arrête pas là. Sur le plan constitutionnel, l’assurance maritime est traitée différemment des autres formes d’assurance. Bien qu’il n’existe pas de norme juridique semblable lorsqu’il s’agit de polices portant sur des projets de construction terrestres, il pourrait exister une telle norme lorsqu’il s’agit de la construction d’un navire. Il faut tenir compte de la *Loi sur l’assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, ainsi que de la règle du lien contractuel.

#### UN MOT AU SUJET DE LA CONSTITUTION

[42] En vertu de l’*Acte de l’Amérique du Nord Britannique, 1867*, qui a été rapatrié au Canada sous

Parliament may make laws in relation to “Navigation and Shipping” (subsection 91(10)). The provincial legislatures under subsection 92(13) may make laws in relation to “Property and Civil Rights in the Province”. Insurance is not an enumerated class of subject. Generally speaking, the administration of justice, including the organization of courts, is a provincial matter. However, the federal Parliament may organize a general court of appeal for Canada (which is the Supreme Court) and establish [at section 101] “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.”

[43] The Federal Court is such a Court, established by the *Federal Court Act* in 1971 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. Section 22 of that Act gives the Court concurrent jurisdiction in all cases under Canadian maritime law or any other law of Canada relating to navigation and shipping, unless that jurisdiction is otherwise specifically assigned. For greater certainty, any claim “arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship” [s. 22(2)(n)] and any claim “arising out of or in connection with a contract of marine insurance” [s. 22(2)(r)] fall within Canadian maritime law.

[44] There were many who thought that Parliament’s conferring of marine insurance jurisdiction on the Federal Court was unconstitutional because it had been held in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.) that insurance policies were a matter of property and civil rights and thus within provincial legislative jurisdiction.

[45] These concerns were laid to rest by the Supreme Court in *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et*

l’intitulé *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut légiférer sur « La navigation et les bâtiments ou navires » (paragraphe 91(10)). Aux termes du paragraphe 92(13), les législatures provinciales peuvent faire des lois relativement à « La propriété et les droits civils dans la province ». L’assurance n’entre dans aucune des catégories de sujets énumérés. En principe, l’administration de la justice, y compris l’organisation des tribunaux, est une question qui relève de la compétence des provinces. Toutefois, le Parlement fédéral peut organiser une cour générale d’appel pour le Canada (la Cour suprême) et établir [article 101] « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ».

[43] La Cour fédérale est un de ces tribunaux. Elle a été créée en 1971 en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10]. L’article 22 de cette Loi prévoit que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence. Il demeure entendu que la Cour fédérale a notamment compétence sur « toute demande née d’un contrat relatif à la construction, à la réparation ou à l’équipement d’un navire » [art. 22(2)n)] et « toute demande née d’un contrat d’assurance maritime ou y relative » [art. 22(2)r)], et que ces demandes relèvent du droit maritime canadien.

[44] De nombreuses personnes ont exprimé l’avis que l’attribution à la Cour fédérale de la compétence en matière d’assurance maritime par le Parlement fédéral est inconstitutionnelle parce qu’il a été jugé, dans l’arrêt *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), que les polices d’assurance sont une question de propriété et de droits civils qui relève par conséquent de la compétence législative provinciale.

[45] La Cour suprême a dissipé ces doutes dans l’arrêt *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983]

*al.*, [1983] 1 S.C.R. 283. The Court held that although marine insurance is strictly speaking a matter falling within property and civil rights, it nevertheless was assigned under the Constitution to Parliament as part of navigation and shipping.

[46] Marine insurance, and other allocations of risk, be they limited to those within the adventure or extended to those beyond, such as general average and bottomry and respondentia, preceded other forms of insurance, and have unique characteristics.

[47] Chouinard J., in speaking for the Court, said at page 298:

It is wrong in my opinion to treat marine insurance in the same way as the other forms of insurance which are derived from it, and from which it would be distinguishable only by its object, a maritime venture. It is also incorrect to say that marine insurance does not form part of the activities of navigation and shipping, and that, although applied to activities of this nature, it remains a part of insurance.

Marine insurance is first and foremost a contract of maritime law. It is not an application of insurance to the maritime area. Rather, it is the other forms of insurance which are applications to other areas of principles borrowed from marine insurance.

[48] Canadian maritime law is uniform throughout the country, does not include provincial law except such law as might be necessarily incidental to the resolution of the dispute, and is based on English admiralty law as it was in 1934, subject to being overridden by Canadian statute and Canadian jurisprudence (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*), [1986] 1 S.C.R. 752 (the *Buenos Aires Maru*)).

[49] Even if, as Fabco contends, there were a provincial rule of law against underwriters on builders' risk policies taking subrogation against contractors and subcontractors, such a rule would not be incidental to the resolution of a maritime dispute, and thus would not

1 R.C.S. 283. La Cour a expliqué que même si, à proprement parler, l'assurance maritime est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils, elle a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et des expéditions par eau.

[46] L'assurance maritime et les autres types d'assurance couvrant les risques de transport par mer, qu'ils se limitent aux opérations maritimes elles-mêmes ou qu'ils s'étendent aussi aux avaries communes ou au contrat à la grosse sur corps ou sur facultés, ont précédé toutes les autres formes d'assurance et ils possèdent des caractéristiques uniques.

[47] Sous la plume du juge Chouinard, voici ce que la Cour dit, à la page 298 :

Il est inexact, à mon avis, de qualifier l'assurance maritime au même titre que les autres formes d'assurance qui en sont dérivées et dont elle ne se distinguerait que par son objet, l'aventure maritime. Il est inexact aussi de dire que l'assurance maritime ne fait pas partie des activités de la navigation et des expéditions par eau et qu'elle demeure de l'assurance quoiqu'appliquée à des activités de cette nature.

L'assurance maritime est avant tout un contrat de droit maritime. Ce n'est pas une application de l'assurance au domaine maritime. Ce sont plutôt les autres formes d'assurance qui sont des applications à d'autres domaines de principes empruntés à l'assurance maritime.

[48] Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien, il n'incorpore aucune règle de droit provincial à l'exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige et il se fonde sur le droit maritime privé anglais tel qu'il existait en 1934, sous réserve de la priorité d'une loi ou de la jurisprudence canadienne (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*), [1986] 1 R.C.S. 752 (le *Buenos Aires Maru*)).

[49] Même si, comme Fabco l'affirme, il existait une règle de droit provinciale empêchant les assureurs aux termes de polices d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre les entrepreneurs et les sous-traitants, une telle règle ne serait pas accessoire au

fall automatically within maritime law. In *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, the Supreme Court held that Canadian maritime law did not include a provincial contributory negligence statute. The same reasoning applies here. However, *Bow Valley*, and other cases, state that the courts may make incremental changes to both maritime and common law to further the requirements of justice and fairness. Therefore, one must ask whether Fabco is seeking an incremental change to maritime law and, if so, whether it is appropriate in the interests of justice and fairness to implement such a change.

[50] My opinion runs against Fabco primarily because it is asking the Court to read down the explicit language of the *Marine Insurance Act*. Furthermore, as a matter of justice and fairness or policy, call it what you will, I see no need for such a change.

[51] In the *Marine Insurance Act* [s. 2(1)], “marine adventure” means any situation where insurable property is exposed to maritime perils. “Maritime perils” in turn include fire and “in respect of a marine policy, any peril designated by the policy.” It is clear that a fire during building or conversion of a ship is not only a maritime peril at large, but was a peril covered by the policy as it insured “against all risks of loss of or damage to the subject-matter insured.” The policy in the Sedgwick manuscript form is without question a marine policy.

[52] If there were any doubt, subsection 6(1) of the Act covers against:

6. (1) . . .

(a) losses that are incidental to a marine adventure . . . or

(b) losses that are incidental to the building, repair or launch of a ship.

règlement d’un litige maritime, et elle ne relèverait donc pas automatiquement du droit maritime. Dans l’arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, la Cour suprême a jugé qu’une loi provinciale portant sur la négligence contributive ne faisait pas partie du droit maritime canadien. Le même raisonnement s’applique en l’espèce. Il convient toutefois de signaler que, dans l’arrêt *Bow Valley*, ainsi que dans d’autres décisions, il a été précisé que les tribunaux peuvent apporter des changements progressifs au droit maritime et à la common law pour répondre aux exigences de la justice et de l’équité. Il y a donc lieu de se demander si Fabco cherche à apporter un changement progressif au droit maritime et, dans l’affirmative, s’il est dans l’intérêt de la justice et de l’équité de donner effet à ce changement.

[50] Je ne partage pas l’opinion de Fabco à cet égard, d’autant plus qu’elle demande à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la *Loi sur l’assurance maritime*. De plus, pour des raisons de justice, d’équité ou de principe—peu importe l’étiquette que l’on retient—, je ne vois pas la nécessité d’un tel changement.

[51] La *Loi sur l’assurance maritime* définit l’expression [art. 2(1)] « opérations maritimes » comme toute situation où des biens assurables sont exposés aux périls de mer. Sont assimilés aux « périls de mer » les incendies et « les périls visés par la police maritime ». Il est évident que l’incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d’un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police, car celle-ci protège l’assuré [TRADUCTION] « contre tous les risques d’avaries à la chose assurée ». La police contenue dans le formulaire manuscrit de Sedgwick est sans contredit une police d’assurance maritime.

[52] S’il subsistait des doutes, le paragraphe 6(1) de la Loi les dissipe en précisant que le contrat d’assurance maritime indemnise l’assuré :

6. (1) [. . .]

a) des pertes liées aux opérations maritimes [. . .]

b) des pertes liées à la construction, à la réparation ou au lancement des navires.

[53] Turning now to the proposition whether as a matter of law, underwriters on a builders' risk insurance policy written on a marine form and covering a ship are prohibited from seeking subrogated recovery against a contractor who damaged that ship, I must answer in the negative. I base myself on section 81 of the Act and on the decision of the Supreme Court in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108.

[54] Section 81 of the *Marine Insurance Act* specifically provides that on payment "the insurer becomes entitled to assume the interest of the insured in the whole or part of the subject-matter and is subrogated to all the rights and remedies of the insured in respect of [the insured]." Although it is said that a builders' risk policy is unique within the context of land-based construction projects, subject to provincial insurance acts, there is nothing unique about a builders' risk policy in the maritime context. Builders' risks with respect to a ship has been carved out of their natural home as a maritime peril to which a marine adventure may be subject and have been given separate standing, so much so that section 6 of the Act only recognizes two forms of marine insurance: losses incidental to a marine adventure or losses incidental to the building, repair or launching of a ship.

[55] Surely if Parliament intended that there be a rule of law against subrogation on a builders' risk policy, it would have specifically said so. Fabco is not seeking an incremental change to judge-made law. It is asking the Court to ignore the precise wording of a statute.

[56] Maritime law has constantly been wrestling with the concept of privity of contract. Following of the decision of Lord Denning in *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.) (the *Himalaya*), rather convoluted "Himalaya Clauses" found their way into bills of lading. Bills of lading armed with

[53] Je ne puis par ailleurs retenir la proposition suivant laquelle, en droit, l'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire ne peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire. Je me fonde à cet égard sur l'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime* et sur l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, de la Cour suprême du Canada.

[54] L'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime* prévoit expressément que l'assureur qui règle la perte de la chose assurée « acquiert l'intérêt de l'assuré dans tout ou partie de la chose et est subrogé dans tous les droits et recours de l'assuré relatifs à tout ou partie de celle-ci. » Bien que la police d'assurance des chantiers soit considérée comme un type de contrat unique dans le cas des projets de construction terrestre, force est de constater que, sous réserve des lois provinciales sur l'assurance, les polices d'assurance des chantiers sont monnaie courante dans le contexte maritime. En ce qui concerne les navires, les risques que courent les entrepreneurs en construction ont été examinés hors de leur contexte naturel, comme de simples risques de mer auxquels une opération maritime déterminée peut être exposée, et ils se voient conférer un statut distinct, à telle enseigne que l'article 6 de la Loi reconnaît seulement deux formes d'assurance maritime : celle couvrant les pertes liées aux opérations maritimes et celle visant les pertes liées à la construction, à la réparation ou au lancement des navires.

[55] Certes, si l'intention du législateur fédéral avait été d'interdire la subrogation dans le cas des polices d'assurance couvrant les chantiers, il l'aurait dit expressément. Fabco ne cherche pas à obtenir un changement graduel à une règle de droit d'origine jurisprudentielle. Elle demande à la Cour d'ignorer le libellé précis d'un texte de loi.

[56] Depuis toujours, le droit maritime se débat avec le concept du lien contractuel. À la suite de la décision de lord Denning dans l'affaire *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.) (l'*Himalaya*), des « clauses Himalaya » plutôt nébuleuses ne sont retrouvées dans les connaissements. Les

such a clause not only evidenced a contract between the shipper and the ocean carrier, but also evidenced an offer to the shipper from the carrier's subcontractors, through the agency of the carrier, to perform the services they had already promised the carrier they would perform, services such as stevedoring, in exchange for the shipper's promise to either not sue them at all or to extend to them the same limitations and exonerations of liability the carrier enjoyed. This promise from subcontractors to the shipper to do what they were already contractually bound to the carrier to do constituted consideration on a collateral contract. It was commercially convenient to give effect to such circuitous contracts. Their validity was recognized by the Supreme Court in the *Buenos Aires Maru* case.

[57] The Court then extended this concept to provincial warehousemen in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299. Finally, and in a marine insurance context at that, the Supreme Court recognized these clauses for what they are, namely stipulations for the benefit of a third party. The *Fraser River* case arose from the sinking of the barge *Sceptre Squamish* owned by Fraser River and, at the time of loss, under charter to Can-Dive. Can-Dive did not dispute that the loss resulted from its negligence, but contended that it could not be held liable in what was a subrogated action by Fraser River's underwriters. This case is distinguishable from the cases cited by Fabco in that, on the language of the policy, Can-Dive was not an additional insured. However, in the policy "it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against . . . any charterer."

[58] The charter party did not require Fraser River to take out insurance, and as Can-Dive was unaware prior to the loss that underwriters had purported to waive subrogation rights against it, it can hardly be said to have given consideration. Nevertheless, the Court held that *London Drugs* was a principled exception to the doctrine of privity of contract, which would have

connaissements assortis de telles clauses de limitation de responsabilité constatent non seulement le contrat conclu entre le chargeur et le transporteur maritime, mais aussi l'offre adressée au chargeur par les sous-traitants du transporteur par l'entremise du transporteur, d'exécuter des services—tels que la manutention—qu'ils se sont déjà engagés envers le transporteur à exécuter, en échange de la promesse du chargeur de ne pas les poursuivre ou de leur faire bénéficier des mêmes limitations ou exonérations de responsabilité que celles dont jouit le transporteur. Cet engagement des sous-traitants envers le chargeur de faire ce qu'ils s'étaient déjà contractuellement engagés à faire en faveur du chargeur constitue la contrepartie d'un contrat accessoire. Il était commode, sur le plan commercial, de donner effet à de tels contrats indirects. La Cour suprême en a reconnu la validité dans l'arrêt *Buenos Aires Maru*.

[57] La Cour a par la suite élargi la portée de ce concept en l'appliquant aux entreposeurs provinciaux dans l'affaire *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299. Enfin—et qui plus est dans un contexte d'assurance maritime—, la Cour suprême a reconnu la véritable nature de ces clauses en les qualifiant de stipulations pour autrui. L'affaire *Fraser River* faisait suite au naufrage de la barge *Sceptre Squamish* dont Fraser River était propriétaire et dont Can-Dive était l'affrèteur au moment du sinistre. Can-Dive ne contestait pas que le sinistre découlait de sa négligence mais elle affirmait que sa responsabilité ne pouvait être retenue dans le cadre d'une action subrogatoire intentée par les assureurs de Fraser River. Cette affaire se distingue des autres affaires citées par Fabco en ce que, suivant le libellé de la police, Can-Dive n'était pas un assuré supplémentaire. Aux termes de la police, il était toutefois [TRADUCTION] « convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre les affrèteurs ».

[58] Le contrat d'affrètement par charte-partie n'obligeait pas Fraser River à souscrire une assurance, et comme Can-Dive ignorait, avant la survenance du sinistre, que les assureurs étaient censés avoir renoncé à leurs droits de subrogation contre elle, on ne pouvait guère soutenir qu'elle avait fourni une contrepartie. La Cour a toutefois estimé que l'affaire *London Drugs*,

required Can-Dive to give contractual consideration.

[59] Iacobucci J., speaking for the Court, said, at paragraphs 32-33:

In terms of extending the principled approach to establishing a new exception to the doctrine of privity of contract relevant to the circumstances of the appeal, regard must be had to the emphasis in *London Drugs* that a new exception first and foremost must be dependent upon the intention of the contracting parties. Accordingly, extrapolating from the specific requirements as set out in *London Drugs*, the determination in general terms is made on the basis of two critical and cumulative factors: (a) Did the parties to the contract intend to extend the benefit in question to the third party seeking to rely on the contractual provision? and (b) Are the activities performed by the third party seeking to rely on the contractual provision the very activities contemplated as coming within the scope of the contract in general, or the provision in particular, again as determined by reference to the intentions of the parties?

(a) *Intentions of the Parties*

As to the first inquiry, Can-Dive has a very compelling case in favour of relaxing the doctrine of privity in these circumstances, given the express reference in the waiver of subrogation clause to “charterer(s)”, a class of intended third-party beneficiaries that, on a plain reading of the contract, includes Can-Dive within the scope of the term.

[60] In taking into account policy reasons in favour of the principled exception to the doctrine of privity, the Court specifically referred to *Commonwealth Construction*.

[61] *Fraser River* was a case governed by Canadian maritime law. The Court held that if, as a result of the language in the policy, the underwriter waived subrogation against a charterer it was barred from seeking recovery. There is no difference, in this context, between a charterer and a subcontractor constructing a ship, and so there is no rule of maritime law barring subrogation.

[62] Fabco had suggested that while the Canadian cases provide for a rule of law, the English cases may

constituait une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel qui aurait obligé Can-Dive à fournir une contrepartie contractuelle.

[59] Le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 32 et 33 :

Pour ce qui est d’élargir la méthode fondée sur des principes de manière à créer une nouvelle exception à la règle du lien contractuel qui s’applique aux circonstances du pourvoi, il faut tenir compte de l’accent mis, dans *London Drugs*, sur le fait qu’une nouvelle exception doit d’abord et avant tout être subordonnée à l’intention des parties contractantes. Par conséquent, si on extrapole à partir des exigences particulières énoncées dans l’arrêt *London Drugs*, la décision générale repose sur deux facteurs cruciaux et cumulatifs : a) les parties au contrat avaient-elles l’intention d’accorder le bénéfice en question au tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle? et b) les activités exercées par le tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle sont-elles les activités mêmes qu’est censé viser le contrat en général, ou la disposition en particulier, là encore compte tenu des intentions des parties?

a) *Les intentions des parties*

En ce qui concerne la première question, Can-Dive dispose d’un argument très convaincant en faveur de l’assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire, en raison de la mention expresse des « affréteurs » dans la clause de renonciation à la subrogation, lesquels représentent une catégorie de tiers bénéficiaires visés qui, selon le sens clair du contrat, comprend Can-Dive.

[60] Pour justifier les raisons de principe qui militaient en faveur de l’existence d’une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, la Cour a expressément cité l’arrêt *Commonwealth Construction*.

[61] L’affaire *Fraser River* était régie par le droit maritime canadien. Dans cette affaire, la Cour a statué que l’assureur qui renonçait, en raison du libellé de la police, à exercer ses droits de subrogation contre l’affréteur était irrecevable à se faire indemniser. Il n’y a pas de différence, dans ce contexte, entre l’affréteur et le sous-traitant qui construit un navire et il n’existe donc en droit maritime aucune règle interdisant la subrogation.

[62] Suivant Fabco, bien que la jurisprudence canadienne autorise à conclure à l’existence d’une règle

not. Mention was made of *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.) and *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)).

[63] Secunda countered that there was no difference between the Canadian and English cases; both relied upon the construction of the contracts. It referred to *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep 91 (Q.B. (Com. Ct.)), which applied *Commonwealth Construction*, the point being that a party engaged on a contract may insure the entire work as well as his own property.

[64] As interesting as a comparison may be, there is nothing to be gained by indulging in such an exercise in the present case. The old common-law doctrine of privity of contract was too inflexible and allowed parties to escape the consequences of serious promises. The common law was reformed in the United Kingdom by the passage of the *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* [(U.K.), 1999, c. 31]. However, under Canadian contract law, both marine and common, the reform has been led by the courts. A waiver of subrogation is a stipulation for the benefit of a third party, which in accordance with *Fraser River* is directly enforceable by that party. Contractors and subcontractors who wish to exonerate themselves or limit their liability should negotiate their contracts accordingly. Intention is paramount. Indeed, the underwriters implicitly recognized that a construction contract might require Secunda to take out insurance for the benefit of a subcontractor or to waive liability. It would be foolhardy for a contractor or subcontractor to fail to address this problem. By not doing so, it would not know what insurance the owner had, the terms thereof or even if it was insured. Canada is a great trading nation. Many of the ships plying our waters are foreign. A foreign ship may require extensive repair following a collision. Its underwriters will likely be foreign, and a contractor or subcontractor should not assume that it is a beneficiary, in one fashion or another, of that foreign insurance policy. Indeed, Fabco had taken out its own shipbuilders' liability cover.

de droit, la jurisprudence anglaise ne le permet pas. Les arrêts *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.), et *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)), ont été mentionnés.

[63] Secunda rétorque qu'il n'y a aucune différence entre la jurisprudence canadienne et la jurisprudence anglaise et que les deux reposent sur l'interprétation des contrats. Elle invoque l'arrêt *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep 91 (Q.B.) (Com. Ct.), dans lequel le tribunal a appliqué l'arrêt *Commonwealth Construction* en soulignant que le contractant peut assurer l'ensemble des travaux en plus de ses propres biens.

[64] Aussi intéressante que la comparaison puisse être, il n'y a aucun profit à tirer de pareil exercice en l'espèce. L'ancienne règle du lien contractuel de la common law était trop rigide et elle permettait aux parties contractantes de se soustraire aux conséquences d'engagements sérieux. La common law a été réformée au Royaume-Uni lors de l'adoption de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* [(R.-U.) 1999, ch. 31]. Toutefois, en droit canadien des contrats, ce sont les tribunaux qui ont pris l'initiative de cette réforme, notamment en matière maritime. La renonciation à la subrogation constitue une stipulation pour autrui qui, selon l'arrêt *Fraser River*, confère au tiers bénéficiaire le droit d'exiger directement du promettant l'exécution de l'obligation promise. Les entrepreneurs et les sous-traitants qui souhaitent s'exonérer de toute responsabilité ou limiter leur responsabilité devraient négocier leurs contrats en conséquence. Dans ce domaine, l'intention est primordiale. D'ailleurs, les assureurs ont implicitement reconnu qu'un contrat de construction pourrait obliger Secunda à souscrire une assurance au profit d'un sous-traitant ou à renoncer à sa responsabilité. Il serait téméraire de la part d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant d'ignorer ce problème. Sinon, il ne saurait pas quelle assurance le propriétaire a souscrite, les modalités de cette assurance ou même s'il en a contracté une. Le Canada est un grand pays commerçant. Bon nombre des navires qui sillonnent nos eaux proviennent de l'étranger. Un bâtiment étranger peut nécessiter d'importantes répara-

tions à la suite d'un abordage. Les assureurs de ce navire seront probablement des étrangers, et l'entrepreneur ou le sous-traitant ne devrait pas présumer qu'il est bénéficiaire, d'une manière ou d'une autre, de la police d'assurance étrangère. D'ailleurs, en l'espèce, Fabco avait souscrit sa propre assurance-responsabilité des constructeurs de navires.

#### CONCLUSION

[65] For these reasons, Fabco's motion for summary judgment shall be dismissed. There is no rule of law which deprives underwriters on a builder's risk policy written on a marine form, the subject-matter of which is maritime property, of subrogation rights against non-insureds. Secunda shall have its costs.

#### JUDGMENT

Defendant's motion for summary judgment is dismissed with costs.

#### CONCLUSION

[65] Pour ces motifs, la requête en jugement sommaire de Fabco est rejetée. Il n'y a aucune règle de droit qui prive les assureurs dans le cadre d'une police d'assurance des chantiers rédigée sur un formulaire maritime et portant sur des biens maritimes de leurs droits de subrogation contre des tiers non assurés. Secunda a droit à ses dépens.

#### JUGEMENT

La requête en jugement sommaire de la défenderesse est rejetée avec dépens.