

A-919-91  
**Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited**  
*(Plaintiff) (Appellant)*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada**  
*(Defendant) (Respondent)*

*INDEXED AS: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958)*  
*LTD. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau J.A.—Ottawa, October 6,  
 1992.

*Contracts — Contractor suing Crown for damages caused by delays of two construction projects — Agreements purporting to authorize contractor to sue on behalf of subcontractors — Appeal from Trial Division order finding litigation agreements invalid as offending laws of champerty and maintenance — Trial Judge not properly seized of matter as Crown's motions not supported by Court Rules — Order purposeless in that, even if agreements declared null and void, contractor could still contend that liable under own contract with subcontractors — Leave to amend also useless as no amendment now required — Appeal allowed.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
 CONSIDERED

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 341(b), 419(1),* g  
 474(1)(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder*  
*Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154; 123 N.R. 235  
 (F.C.A.); *Berneche v. Canada*, [1991] 3 F.C. 383; (1991),  
 133 N.R. 232 (C.A.).

APPEAL from Trial Division order ([1992] 1 F.C.  
 512) declaring litigation agreements between contrac-  
 tor and subcontractors invalid as offending laws of  
 champerty and maintenance. Appeal allowed.

A-919-91  
**Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited**  
*(demanderesse) (appelante)*

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada**  
*(défenderesse) (intimée)*

*RÉPERTORIÉ: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958)*  
*LTD. c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Marceau, J.C.A.—Ottawa, le 6  
 octobre 1992.

*Contrats — Un entrepreneur a intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne par suite des retards dans la réalisation de deux projets de construction — Ententes devant autoriser l'entrepreneur à intenter des actions au nom des sous-traitants — Appel interjeté de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance a déclaré inopérantes les ententes en cas de litige parce qu'elles allaient à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de quota litis — Le juge de première instance n'était pas dûment saisi de la question, puisque les requêtes de la Couronne ne reposaient sur aucune règle de la Cour — L'ordonnance était inutile en ce sens que, même si les ententes étaient déclarées nulles et de nul effet, l'entrepreneur pourrait toujours prétendre qu'il était responsable en vertu de son propre contrat avec les sous-traitants — L'autorisation de modifier est également inutile puisqu'aucune modification ne s'impose à ce stade — Appel* d  
*accueilli.* e f

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles*  
 341(b), 419(1) et 474(1)a.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

*Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder*  
*Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154; 123 N.R. 235  
 (C.A.F.); *Berneche c. Canada*, [1991] 3 C.F. 383; (1991),  
 133 N.R. 232 (C.A.).

APPEL de l'ordonnance ([1992] 1 C.F. 512) par  
 laquelle la Section de première instance a déclaré  
 inopérantes les ententes en cas de litige conclues  
 entre un entrepreneur et des sous-traitants puis-  
 qu'elles allaient à l'encontre des règles du soutien  
 d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Appel  
 accueilli. j

## COUNSEL:

*P. Donald Rasmussen and Ernest S. J. Schmidt*  
for plaintiff (appellant).

*J. Grant Sinclair, Q.C. and Robert P. Hynes* for  
defendant (respondent). a

## SOLICITORS:

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, for plaintiff  
(appellant). b

*J. Grant Sinclair, Q.C.*, Toronto, and *Deputy  
Attorney General of Canada* for defendant  
(respondent).

*The following are the reasons for judgment of the  
Court delivered orally in English by* c

MARCEAU J.A.: We are all of the view that the order  
of the Trial Division [[1992] 1 F.C. 512] under attack  
in this appeal cannot be allowed to stand. d

Two different motions are disposed of by the order,  
each one relating to a separate action. These two  
actions brought by Thomas Fuller Construction  
against the Crown are in respect of two distinct con-  
struction contracts. Fuller claims compensation under  
each contract for damages suffered by it as a result of  
delays caused by the Crown. In the course of the  
examination for discovery, it was revealed that a por-  
tion of the damages claimed in each action related to  
losses sustained by Fuller's subcontractors resulting  
from the same delays. It came to light that, prior to  
launching its actions, Fuller signed agreements with a  
number of its subcontractors. Under the agreements,  
Fuller acknowledged the validity of the subcontractors'  
claims and agreed to pursue an action against the Crown  
in excess of, but including, the amount of the subcontractors'  
claims set out in the agreements. The subcontractors  
agreed to provide evidence and assistance to Fuller in its  
prosecution and to pay a proportionate share of the costs  
of the action. In addition, the subcontractors agreed to  
accept, in full satisfaction of any claim which they might  
have against Fuller, the amount recovered by Fuller in  
respect of these damages in Fuller's action against the  
Crown. The agreements also provide for division of a  
successful judgment if the allocation is not clear from  
the judgment, and for dealing with a contingency e  
f  
g  
h  
i  
j

## AVOCATS:

*P. Donald Rasmussen et Ernest S. J. Schmidt*  
pour la demanderesse (appelante).

*J. Grant Sinclair, c.r. et Robert P. Hynes* pour la  
défenderesse (intimée).

## PROCUREURS:

*Rasmussen, Starr & Ruddy*, Ottawa, pour la  
demanderesse (appelante).

*J. Grant Sinclair, c.r.*, Toronto, et *le sous-procu-  
reur général du Canada* pour la défenderesse  
(intimée).

*Ce qui suit est la version française des motifs du  
jugement de la cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Nous sommes tous  
d'avis que l'ordonnance de la Section de première  
instance [[1992] 1 C.F. 512] attaquée dans le présent  
appel ne saurait être confirmée.

L'ordonnance a tranché deux requêtes différentes,  
chacune se rapportant à une action distincte. Ces  
deux actions intentées par Thomas Fuller Construc-  
tion contre la Couronne portent sur deux contrats de  
construction distincts. Fuller réclame une indemnité  
en vertu de chaque contrat pour le préjudice qu'elle a  
subi par suite des retards causés par la Couronne. Il  
ressort de l'interrogatoire préalable qu'une partie des  
dommages-intérêts réclamés dans chaque action se  
rapportait à des pertes subies par les sous-traitants de  
Fuller en raison des mêmes retards. Il appert que,  
avant d'intenter ses actions, Fuller avait conclu des  
ententes avec certains de ses sous-traitants. En vertu  
de ces ententes, Fuller reconnaissait la validité des  
prétentions des sous-traitants, et elle a convenu d'in-  
tenter une action contre la Couronne pour un montant  
supérieur à celui de leurs réclamations mentionné  
dans les ententes mais qui le comprendrait. Les sous-  
traitants se sont engagés à aider Fuller, à lui fournir  
des éléments de preuve dans sa poursuite et à payer  
leur part des frais et dépens de l'action. En outre, les  
sous-traitants ont convenu d'accepter, en règlement  
intégral de toute réclamation qu'ils pourraient avoir  
contre Fuller, le montant recouvré par cette dernière  
relativement à ces dommages-intérêts réclamés dans  
l'action intentée par Fuller contre la Couronne. Les  
ententes prévoient également le partage des dom- e  
f  
g  
h  
i  
j

offer for settlement which is accepted by some but not all of the claimants.

The Crown brought a motion in action T-1416-87 for an order that the so-called litigation agreements that Fuller had entered into with its subcontractors be declared void and struck down as offending the laws of maintenance and champerty. The Crown brought a motion in action T-1036-87 for an order for judgment dismissing the part of Fuller's claim against the Crown relating to the losses sustained by the subcontractors. In both motions, there was also a request for leave to amend the statement of defence so as to plead nullity of the agreements if the main relief sought were refused.

By order of the Associate Chief Justice, the two motions were consolidated and submitted together for adjudication. They were then disposed of by a single order. This is, of course, the order under appeal. By this order, the learned Trial Judge determined first that Fuller could not assert as its own claims of its subcontractors against the Crown, in the absence of privity or liability between the subcontractors and the Crown; he then addressed the litigation agreements and found that they were tantamount to assignments of a bare right to sue which offend the laws of champerty and maintenance. The conclusion was that these agreements were invalid.

We are of the view that the Trial Judge could not make the order that he made first because he was not properly seized of the question of law that he purported to determine and second because his determination was purposeless.

The Judge was not properly seized of the matter because the two motions were not supported by any rule of the Court. Rule 474(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] which permits the Court to determine a preliminary question of law relevant to the decision of the matter was not applicable since

mages-intérêts advenant que le jugement leur soit favorable, si celui-ci ne prévoit pas une claire répartition, et un arrangement au cas où une offre de règlement serait acceptable selon certains réclamants et  
a rejetée par d'autres.

Dans son action portant le numéro du greffe T-1416-87, la Couronne a introduit une requête visant à obtenir une ordonnance qui déclarerait nulles les prétendues ententes en cas de litige que Fuller avait conclues avec ses sous-traitants et qui les radierait parce qu'elles contrevenaient aux règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Dans son action portant le numéro du greffe T-1036-87, la Couronne a introduit une requête visant à obtenir un jugement qui rejeterait la partie de la réclamation présentée par Fuller contre la Couronne relativement aux pertes subies par les sous-traitants. Dans les deux requêtes, elle a également demandé l'autorisation de modifier la défense de manière à plaider la nullité des ententes au cas où la principale réparation sollicitée serait refusée.

Par ordonnance du juge en chef adjoint, les deux requêtes ont été réunies pour faire l'objet d'une même décision. Une seule ordonnance les a donc tranchées. C'est là, bien entendu, l'ordonnance dont appel. Par cette ordonnance, le juge de première instance a tout d'abord statué que Fuller ne pouvait faire siennes les demandes présentées par ses sous-traitants contre la Couronne, en l'absence d'un lien ou d'une obligation entre lesdits sous-traitants et cette dernière; il a alors abordé les ententes en cas de litige et conclu qu'elles équivalaient à des cessions d'un simple droit de poursuivre qui allaient à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. Il a donc conclu à l'invalidité de ces ententes.

Nous estimons que le juge de première instance ne pouvait rendre l'ordonnance qu'il a rendue, tout d'abord parce qu'il n'était pas dûment saisi de la question de droit qu'il voulait trancher et, en deuxième lieu, parce que sa décision était inutile.

Le juge n'était pas dûment saisi de la question parce que les deux requêtes ne reposaient sur aucune règle de la Cour. La Règle 474(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] qui permet à la Cour de statuer sur un point de droit préliminaire qui peut être pertinent pour trancher la question ne s'appli-

the validity of the "litigation agreements", the question of law seen by the Judge, was, in no way, raised by the pleadings and, in any event, could not be seen as a pure question of law based on undisputed facts the resolution of which would eliminate the need for a trial or a substantial part of it (see the judgment of this Court in *Berneche v. Canada*, [1991] 3 F.C. 383). Rule 419(1) which permits the Court to strike out all or part of a pleading obviously did not apply either since there was no allegation in the statement of claim to strike. And Rule 341(b) which allows for judgment of any matter in respect of which the only evidence consists of documents, was no more applicable, the Court having held over and over again that it is necessary for a determination under that Rule that no relevant facts be in controversy and the law be so clear that there would be no need for a trial (see *Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154 (F.C.A.)).

As for the lack of purpose in the order, suffice it to say that even if the "litigation agreements" are declared null and void, this will not prevent Fuller from contending that it is liable under its own contract with the subcontractors and that liability entails a certain amount of loss to Fuller. Whether or not such contention will be successful or even receivable in the factual circumstances of the case is not a matter before this Court at this time.

We have no difficulty agreeing with counsel for the Crown that the case is a very complex one but that is no reason to try to deal with it piece by piece and at a moment in the proceedings when the pieces are not even identified and put together.

There is finally the alternative relief sought by both motions of an order granting leave to amend. We consider, and counsel agree, that this is also useless, no amendment being required at this time.

The appeal will therefore be granted and the order of the Trial Division will be set aside. The judgment

quait pas, puisque la validité des «ententes en cas de litige», la question de droit vue par le juge, n'a nullement été soulevée dans les actes de procédure et, en tout état de cause, ne pouvait être considérée comme une pure question de droit reposant sur des faits incontestés et dont le règlement éliminerait la nécessité d'un procès ou d'une partie importante de celui-ci (voir l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Berneche c. Canada*, [1991] 3 C.F. 383). À l'évidence, la Règle 419(1) qui autorise la Cour à ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie ne s'appliquait pas non plus puisqu'aucune allégation de radiation ne figurait dans la déclaration. Et la Règle 341(b) qui permet un jugement sur toute question au sujet de laquelle la seule preuve est constituée par des documents ne s'appliquait plus, puisque la Cour a statué à maintes reprises qu'il importe, en vue d'un jugement sous le régime de cette Règle, qu'aucun fait pertinent ne soit contesté et que la loi soit si claire qu'il n'y ait pas lieu à procès (voir *Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 154 (C.A.F.)).

Pour ce qui est de l'inutilité de l'ordonnance, il suffit de dire que même si les «ententes en cas de litige» sont déclarées nulles et de nul effet, cela n'empêchera pas Fuller de prétendre qu'elle est responsable, en vertu de son propre contrat, envers les sous-traitants et que la responsabilité lui cause une certaine perte. Qu'une telle prétention soit accueillie ou même recevable dans la situation factuelle de l'espèce n'est pas une question dont est saisie cette Cour à ce stade.

Nous sommes volontiers d'accord avec l'avocat de la Couronne pour dire que l'espèce est très complexe, mais ce n'est pas là une raison pour la trancher point par point et à un moment des procédures où les points ne sont même pas relevés et rassemblés.

Il reste à trancher en dernier lieu la question de la réparation subsidiaire sollicitée dans les deux requêtes, c'est-à-dire une ordonnance portant autorisation de modifier. Nous considérons, et les avocats en conviennent, que cela est également inutile, puisqu'aucune modification ne s'impose à ce stade.

L'appel sera donc accueilli et l'ordonnance de la Section de première instance sera infirmée. Puisque

being based on a point not raised in the factums,  
there shall be no order as to costs.

le jugement repose sur un point qui n'a pas été sou-  
levé dans les mémoires, il n'y aura pas lieu à adjudi-  
cation des dépens.