

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *Appellant*

v.

Can-Dive Services Ltd. *Respondent***INDEXED AS: FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. v. CAN-DIVE SERVICES LTD.**

File No.: 26415.

1999: February 25; 1999: September 10.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Contracts — Privity of Contract — Insurance policy — Doctrine of principled exception to privity of contract — Insurance policy including waiver of subrogation — Coverage extending to charterers — Charterer negligent in sinking of barge — Barge owner recovering for loss and agreeing to sue charterer — Whether charterer can rely on waiver of subrogation clause to defend against subrogated action initiated by barge owner's insurers on basis of principled exception to the privity of contract doctrine.

A barge owned by the appellant sank while chartered to the respondent. The appellant's insurance policy included clauses waiving subrogation and extending coverage to affiliated companies and charterers. The insurers paid the appellant the fixed amount stipulated in the policy for the loss of the barge. The appellant made a further agreement with the insurers to pursue a negligence action against the respondent and to waive any right to the waiver of subrogation clause. The negligence action against the respondent was allowed at trial, and dismissed on appeal. At issue here is whether a third-party beneficiary can rely on a waiver of subrogation clause to defend against a subrogated action on the basis of a principled exception to the privity of contract doctrine.

Fraser River Pile & Dredge Ltd. *Appelante*

c.

Can-Dive Services Ltd. *Intimée***RÉPERTORIÉ: FRASER RIVER PILE & DREDGE LTD. c. CAN-DIVE SERVICES LTD.**

N° du greffe: 26415.

1999: 25 février; 1999: 10 septembre.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Contrats — Lien contractuel — Police d'assurance — Théorie de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel — Police d'assurance comportant une clause de renonciation à la subrogation — Assurance protégeant les affrêteurs — Négligence de la part de l'affrèteur dans le naufrage d'une barge — Propriétaire de la barge indemnisé de la perte subie et acceptant de poursuivre l'affrèteur — L'affrèteur peut-il invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par les assureurs du propriétaire de la barge en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel?

Une barge appartenant à l'appelante a coulé alors qu'elle était affrétée à l'intimée. La police d'assurance de l'appelante comportait des clauses de renonciation à la subrogation et protégeait les sociétés affiliées et les affrêteurs. Les assureurs ont versé à l'appelante le montant forfaitaire prévu par la police pour la perte de la barge. L'appelante a conclu une autre entente avec les assureurs en vue d'intenter une action fondée sur la négligence contre l'intimée et de renoncer à tout droit susceptible de découler de la clause de renonciation à la subrogation. L'action pour négligence contre l'intimée a été accueillie en première instance, mais rejetée en appel. Il s'agit en l'espèce de savoir si un tiers bénéficiaire peut invoquer une clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre une action subrogatoire intentée en vertu d'une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel.

Held: The appeal should be dismissed.

As a general rule the doctrine of privity provides that a contract can neither confer rights nor impose obligations on third parties. Consequently, a third-party beneficiary would normally be precluded from relying on the terms of the insurance policy between the barge owner and its insurers. Given the circumstances of this appeal, however, a principled exception to the privity doctrine applies. A new exception is dependent upon the intention of the contracting parties. This intention is determined on the basis of two critical and cumulative factors: (a) the parties to the contract must intend to extend the benefit to the third party seeking to rely on the contractual provision; and (b) the activities performed by the third party seeking to rely on the contractual provision must be the very activities contemplated as coming within the scope of the contract in general, or the provision in particular, as determined by reference to the intentions of the parties.

The first condition for the requisite intention was met, given that the waiver of subrogation clause expressly referred to a class of intended beneficiaries whose membership included the respondent. That clause was not conditional on the appellant's initiative in favour of any particular third-party beneficiary and can be enforced by the respondent acting independently. The appellant's agreement with the insurers to pursue legal action against the respondent did not effectively delete the third-party benefit from the contract. The parties' freedom of contract was not restricted because the agreement between the appellant and the insurers was concluded after the respondent's inchoate right crystallized into an actual benefit. At that point, the respondent became a party to the initial contract for the limited purpose of relying on the waiver of subrogation clause, and the appellant and the insurers cannot unilaterally revoke the respondent's crystallized rights. The second requirement for relaxing the doctrine of privity was also met. The relevant activities arose in the context of the very activity anticipated in the policy pursuant to the waiver of subrogation clause. That clause was not contained in an unrelated contract that did not pertain to the charter contract.

Sound policy reasons exist for relaxing the doctrine of privity in these circumstances. Such an exception establishes a default rule that closely corresponds to commercial reality. When sophisticated commercial parties enter into a contract of insurance which expressly

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En règle générale, la règle du lien contractuel prévoit qu'un contrat ne peut ni conférer des droits ni imposer des obligations à des tiers. Par conséquent, un tiers bénéficiaire serait normalement dans l'impossibilité d'invoquer les stipulations de la police d'assurance en vigueur entre le propriétaire de la barge et ses assureurs. Toutefois, une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel s'applique dans les circonstances du présent pourvoi. Une nouvelle exception est subordonnée à l'intention des parties contractantes. Cette intention peut être établie en fonction de deux facteurs cruciaux et cumulatifs: a) les parties au contrat doivent avoir l'intention d'accorder le bénéfice au tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle, et b) les activités exercées par le tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle doivent être les activités mêmes qu'est censé viser le contrat en général, ou la disposition en particulier, compte tenu des intentions des parties.

La première condition relative à l'intention requise a été remplie, puisque la clause de renonciation à la subrogation mentionnait expressément une catégorie de bénéficiaires visés qui comprenait l'intimée. L'application de cette clause ne dépendait pas de l'adoption par l'appelante d'une mesure en faveur d'un tiers bénéficiaire en particulier, de sorte que l'intimée peut la faire exécuter de façon indépendante. L'entente dans laquelle l'appelante a convenu avec les assureurs d'intenter une action contre l'intimée n'a pas eu pour effet de supprimer du contrat l'avantage conféré à des tiers. La liberté contractuelle des parties n'a fait l'objet d'aucune restriction puisque l'entente entre l'appelante et les assureurs est survenue après que le droit virtuel de l'intimée se fut cristallisé en un avantage réel. À ce moment, l'intimée est devenue une partie au contrat initial dans le but limité d'invoquer la clause de renonciation à la subrogation, et l'appelante et les assureurs ne peuvent pas supprimer unilatéralement les droits cristallisés de l'intimée. La deuxième condition applicable à l'assouplissement de la règle du lien contractuel a également été remplie. Les activités pertinentes s'inscrivaient dans le contexte de l'activité même prévue par la police selon la clause de renonciation à la subrogation. Cette clause ne figurait pas dans un contrat n'ayant rien à voir avec le contrat d'affrètement.

Il existe des raisons de principe valables en faveur de l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les présentes circonstances. Une telle exception crée une règle par défaut qui correspond étroitement à la réalité commerciale. Lorsque des parties commerciales averties

extends the benefit of a waiver of subrogation clause to an ascertainable class of third-party beneficiaries, any conditions purporting to limit the extent of the benefit must be clearly expressed. Relaxing the doctrine of privity here would not introduce significant change to the law which would be better left to the legislature. The factors supporting the incremental nature of the exception were present. The appellant's concerns regarding the potential for double recovery were unfounded as the respondent cannot rely on any provision in the policy to establish a separate claim.

Cases Cited

Applied: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; **disapproved:** *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70; **considered:** *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; **referred to:** *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Thomas & Co. v. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187, 98 B.C.A.C. 138, 161 W.A.C. 138, 47 C.C.L.I. (2d) 111, [1998] 3 W.W.R. 177, [1997] B.C.J. No. 2355 (QL), allowing an appeal from a judgment of Warren J. (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260, 33 C.C.L.I. (2d) 9, [1995] 9 W.W.R. 376, [1995] B.C.J. No. 1611 (QL). Appeal dismissed.

David F. McEwen, for the appellant.

D. Barry Kirkham, Q.C., and *Gregory J. Tucker*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ IACOBUCCI J. — This appeal concerns the application of the doctrine of privity of contract to a waiver of subrogation clause in a contract of insurance.

concluent un contrat d'assurance qui étend expressément l'application d'une clause de renonciation à la subrogation à une catégorie vérifiable de tiers bénéficiaires, toute condition censée limiter l'étendue de cette application doit être clairement exprimée. L'assouplissement de la règle du lien contractuel en l'espèce n'entraînerait pas une modification importante du droit, qu'il vaudrait mieux laisser au législateur le soin d'apporter. Les facteurs étayant la nature progressive de l'exception étaient présents. Les préoccupations de l'appelante concernant le risque de double indemnisation étaient dénuées de fondement puisque l'intimée ne peut invoquer aucune disposition de la police pour établir la validité d'une réclamation distincte.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; **arrêt critiqué:** *Vandepitte c. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70; **arrêt examiné:** *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; **arrêts mentionnés:** *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Thomas & Co. c. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187, 98 B.C.A.C. 138, 161 W.A.C. 138, 47 C.C.L.I. (2d) 111, [1998] 3 W.W.R. 177, [1997] B.C.J. No. 2355 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Warren (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260, 33 C.C.L.I. (2d) 9, [1995] 9 W.W.R. 376, [1995] B.C.J. No. 1611 (QL). Pourvoi rejeté.

David F. McEwen, pour l'appelante.

D. Barry Kirkham, c.r., et *Gregory J. Tucker*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne l'application du principe ou de la règle du lien contractuel à une clause de renonciation à la subrogation contenue dans un contrat d'assurance.

I. Facts

This action arose subsequent to the sinking of the derrick barge “Sceptre Squamish”, owned by the appellant, Fraser River Pile & Dredge Ltd. (“Fraser River”) and, at the time of loss, under charter to the respondent, Can-Dive Services Ltd. (“Can-Dive”). Can-Dive was held liable at trial for damages in the amount of \$949,503. In appealing the trial decision, Can-Dive does not dispute that the loss resulted from its negligence, but contends that it cannot be held liable in what is in effect a subrogated action by the underwriters of Fraser River’s insurance policy.

Fraser River carries on business as a provider of dredging, pile-driving and related services. It owns approximately 50 vessels which it uses for these purposes. Occasionally, Fraser River charters vessels for which it has no immediate use to others. In 1990, Can-Dive undertook work as a sub-contractor on a natural gas pipeline under construction between Vancouver Island and the mainland of British Columbia. In order to carry out the work required, Can-Dive contracted with Fraser River to charter the “Sceptre Squamish”, and arranged for Fraser River’s personnel to operate the crane and winches on board. The charter contract also included a flat scow. Can-Dive assumed full responsibility for towing the barge to and from the work site, and for maintaining the safety and condition of the barge. The “Sceptre Squamish” was towed to the work site on October 30, 1990, where it remained until sinking in stormy weather on the night of November 16, 1990.

At all material times during the charter of the “Sceptre Squamish” and its subsequent loss, Fraser River was insured under a Hull Subscription Policy (the “policy”), dated June 28, 1990. Following the loss of the vessel and its equipment, Fraser River recovered from the insurers the sum of \$1,128,365.57, being the fixed amount stipulated in the policy to cover such loss. On June 4, 1991, Fraser River and the insurers entered into a further

I. Les faits

La présente action fait suite au naufrage de la barge-grue «Sceptre Squamish» dont l’appelante, Fraser River Pile & Dredge Ltd. («Fraser River»), était propriétaire et dont l’intimée, Can-Dive Services Ltd. («Can-Dive»), était l’affrèteur au moment du sinistre. En première instance, Can-Dive a été condamnée à verser la somme de 949 503 \$ à titre de dommages-intérêts. En interjetant appel contre la décision de première instance, Can-Dive ne conteste pas que le sinistre a résulté de sa négligence, mais elle fait valoir qu’elle ne saurait être tenue responsable dans ce qui est, en réalité, une action subrogatoire intentée par les assureurs de Fraser River.

Fraser River est un fournisseur de services de dragage et de battage de pieux, et de services connexes. Elle possède une cinquantaine de navires qu’elle utilise à ces fins. Elle frète parfois des navires dont elle n’a pas besoin dans l’immédiat. En 1990, Can-Dive a entrepris des travaux de sous-traitance sur un gazoduc en construction entre l’île de Vancouver et la partie continentale de la Colombie-Britannique. Pour exécuter les travaux requis, Can-Dive a passé avec Fraser River un contrat d’affrètement du «Sceptre Squamish» et s’est arrangée pour que le personnel de Fraser River fasse fonctionner la grue et les treuils qui se trouvaient sur le navire. Le contrat d’affrètement visait également une péniche à fond plat. Can-Dive assumait l’entière responsabilité du remorquage de la barge pour l’amener au chantier et pour l’en ramener, ainsi que de la sécurité et du maintien en bon état de celle-ci. Le «Sceptre Squamish» a été remorqué jusqu’au chantier le 30 octobre 1990 et il y est demeuré jusqu’à son naufrage lors d’une tempête pendant la nuit du 16 novembre 1990.

Au cours de l’affrètement du «Sceptre Squamish» et au moment du sinistre qui est survenu, Fraser River était, en tout temps pertinent, titulaire d’une police de coassurance sur corps de navire (la «police») datée du 28 juin 1990. À la suite de la perte du navire et de son équipement, les assureurs ont versé à Fraser River la somme de 1 128 365,57 \$, qui représentait le montant forfaitaire prévu par la police en cas de sinistre

agreement, setting out their joint intention to pursue a legal action against Can-Dive in negligence for the sinking of the “Sceptre Squamish”. The preamble of the agreement included the following terms:

C) The Underwriters have agreed to pay the claims (the claims) of F.R.P.D. for the loss of the barge and crane and the Underwriters wish to proceed with legal action against Can-Dive Services Ltd. and possibly others to recover part or all of their payments;

D) F.R.P.D. has agreed to waive any right it may have pursuant to the waiver of subrogation clause in the aforesaid policy with respect to Can-Dive Services Ltd. . . .

5

Fraser River subsequently commenced this action in June 1991 to recover damages for its losses arising from the sinking of the derrick barge. Can-Dive not only denied that it was negligent, but argued as well that the action was a subrogated action conducted by and for the sole benefit of the insurers, i.e., that as Fraser River had received payment from the insurers in the amount specified in the policy (which exceeded the actual value of the loss by a little over \$300,000), the claim was wholly subrogated, notwithstanding that it was initiated by Fraser River. Accordingly, the insurers were precluded from proceeding against Can-Dive on the basis that the company was included within the category of “Additional Insureds” as defined in the terms of the policy as follows:

GENERAL CONDITIONS

1. ADDITIONAL INSURED'S CLAUSE

It is agreed that this policy also covers the Insured, associated and affiliated companies of the Insured, be they owners, subsidiaries or interrelated companies and as bareboat charterers and/or charterers and/or sub-charterers and/or operators and/or in whatever capacity and shall so continue to cover notwithstanding any provisions of this Policy with respect to change of ownership or management. Provided, however, that in the event of any claim being made by

semblable. Le 4 juin 1991, Fraser River et les assureurs ont conclu une autre entente dans laquelle ils exprimaient leur intention commune d'intenter une action fondée sur la négligence contre Can-Dive pour le naufrage du «Sceptre Squamish». Le préambule de cette entente se lisait notamment ainsi:

[TRADUCTION]

C) Les assureurs ont accepté de payer les réclamations (les réclamations) de F.R.P.D. pour la perte de la barge et de la grue, et ils souhaitent intenter une action contre Can-Dive Services Ltd. et possiblement contre d'autres personnes ou entités dans le but de recouvrer la totalité ou une partie des sommes qu'ils ont versées;

D) F.R.P.D. a accepté de renoncer à tout droit que peut lui conférer, relativement à Can-Dive Services Ltd., la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police susmentionnée . . .

Fraser River a par la suite intenté, en juin 1991, la présente action en dommages-intérêts pour ses pertes résultant du naufrage de la barge-grue. Non seulement Can-Dive a-t-elle nié avoir fait preuve de négligence, mais encore elle a fait valoir que l'action en cause était une action subrogatoire intentée par les assureurs exclusivement à leur profit, en ce sens que, puisque les assureurs avaient versé à Fraser River le montant prévu par la police (qui excédait d'un peu plus de 300 000 \$ le montant réel de la perte subie), l'action était entièrement subrogatoire malgré le fait qu'elle avait été intentée par Fraser River. Par conséquent, les assureurs étaient dans l'impossibilité de poursuivre Can-Dive pour le motif que cette compagnie était incluse dans la catégorie des [TRADUCTION] «autres assurés», qui est ainsi définie dans la police:

[TRADUCTION]

CONDITIONS GÉNÉRALES

1. CLAUSE DES AUTRES ASSURÉS

Il est entendu que la présente police protège également l'assuré et ses sociétés apparentées, peu importe qu'il s'agisse de propriétaires, de filiales ou de sociétés étroitement liées, en tant qu'affrêteurs en coque nue, affrêteurs, sous-affrêteurs, exploitants ou à quelque titre que ce soit, et continue de les protéger malgré toute disposition de la présente police concernant un transfert de propriétaire ou un changement au sein de la direction. Toutefois, si une réclamation est

associated, affiliated, subsidiary or interrelated companies under this clause, it shall not be entitled to recover in respect of any liability to which it would be subject if it were the owner, nor to a greater extent than an owner would be entitled in such event to recover.

. . .

Notwithstanding anything contained in the Additional Insureds Clause above, it is hereby understood and agreed that permission is hereby granted for these vessels to be chartered and the charterer to be considered an Additional Insured hereunder.

. . .

Trustee Clause

It is understood and agreed that the Named Insured who obtained this Policy did so on his own behalf and as agent for the others insured hereby including those referred to by general description.

In the alternative, Can-Dive claimed that, assuming it was not included in the policy under the category of “Additional Insureds”, the insurers had nonetheless expressly waived any right of subrogation it may have held against the defendant, pursuant to the waiver of subrogation clause which read as follows:

17. SUBROGATION AND WAIVER OF SUBROGATION CLAUSE

In the event of any payment under this Policy, the Insurers shall be subrogated to all the Insured’s rights of recovery therefor, and the Insured shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights, but it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against:

. . .

- (b) any charterer(s) and/or operator(s) and/or lessee(s) and/or mortgagee(s). . .

présentée par des sociétés apparentées, des filiales ou des sociétés étroitement liées au sens de la présente clause, l’auteur de la réclamation n’a ni le droit d’être indemnisé à l’égard d’une responsabilité à laquelle il serait exposé s’il était le propriétaire, ni le droit de toucher une indemnité supérieure à celle à laquelle un propriétaire aurait droit dans un tel cas.

. . .

Nonobstant le contenu de la clause des autres assurés ci-dessus, il est par les présentes entendu et convenu qu’il est permis d’affréter ces navires et que l’affrètement est considéré comme un autre assuré au sens des présentes.

. . .

Clause de fiducie

Il est entendu et convenu que la présente police est contractée par l’assuré en son nom personnel et en sa qualité de mandataire des autres assurés qui, en vertu des présentes, comprennent ceux visés par la description générale.

À titre subsidiaire, Can-Dive a prétendu qu’à supposer qu’elle ne soit pas incluse dans la catégorie des «autres assurés» de la police, il n’en demeure pas moins que les assureurs ont expressément renoncé à tout droit de subrogation qu’ils auraient pu opposer à la défenderesse, selon la clause de renonciation à la subrogation qui était ainsi libellée:

[TRADUCTION]

17. CLAUSE DE SUBROGATION ET DE RENONCIATION À LA SUBROGATION

En cas de paiement effectué en vertu de la présente police, les assureurs seront subrogés dans tous les droits de recouvrement de l’assuré à cet égard, et l’assuré signera tous les documents requis et fera toute chose qui pourra être nécessaire pour garantir ces droits, mais il est convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre:

. . .

- b) un ou des affréteurs, exploitants, preneurs à bail ou créanciers hypothécaires. . .

II. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (1995),
9 B.C.L.R. (3d) 260

Warren J.

7

Having found that Fraser River's loss was owing to Can-Dive's negligence, Warren J. nonetheless agreed with Can-Dive that the action amounted to a subrogated claim, and went on to consider Can-Dive's defences based on the provisions of the policy. Can-Dive raised three defences: (a) that in agreeing to charter the "Sceptre Squamish" to Can-Dive, Fraser River agreed as well to extend its own insurance coverage under the policy to cover Can-Dive for the duration of the charter agreement; (b) that it came within the class of "Additional Insureds" as specified in the terms of the policy, thereby precluding the insurers from proceeding in a subrogated action against their own insured; and (c) that the insurers expressly waived a right of subrogation against Can-Dive as a "charterer" pursuant to a waiver of subrogation clause contained in the policy.

8

As to Can-Dive's claim that insurance coverage under Fraser River's policy was a term of the charter agreement, Warren J. held that there was insufficient clear and cogent evidence to enable him to conclude on a balance of probabilities that Fraser River agreed to extend its own insurance to cover any risk of loss by Can-Dive during the charter period. Warren J. also rejected Can-Dive's claim that the insurers were precluded from bringing a subrogated action against the company on the basis that Can-Dive, as a "charterer", came within the contractual definition of "Additional Insureds". Warren J. noted that, for this argument to succeed, Can-Dive would have to rely on a contractual term in the policy, and therefore must first overcome the doctrine of privity of contract which generally

II. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 260

Le juge Warren

Après avoir conclu que la perte subie par Fraser River était imputable à la négligence de Can-Dive, le juge Warren a néanmoins convenu avec Can-Dive que l'action équivalait à une action subrogatoire et il a ensuite examiné les moyens de défense, fondés sur les dispositions de la police, qui étaient invoqués par Can-Dive. Cette dernière invoquait trois moyens de défense: a) en acceptant de fréter le «Sceptre Squamish» à Can-Dive, Fraser River avait également accepté d'accorder à Can-Dive, pendant la durée du contrat d'affrètement, la protection dont elle bénéficiait en vertu de sa propre police d'assurance, b) Can-Dive relevait de la catégorie des «autres assurés» mentionnée dans la police, ce qui empêchait les assureurs d'intenter une action subrogatoire contre leur propre assuré, et c) les assureurs avaient expressément renoncé à tout droit de subrogation contre Can-Dive en sa qualité d'«affréteur», conformément à la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

En ce qui concerne l'argument de Can-Dive selon lequel la protection conférée par la police d'assurance de Fraser River était une condition du contrat d'affrètement, le juge Warren a décidé qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve clairs et convaincants pour qu'il puisse conclure, selon la prépondérance des probabilités, que Fraser River avait accepté d'étendre sa propre assurance à tout risque de perte par Can-Dive durant la période d'affrètement. Le juge Warren a également rejeté l'argument de Can-Dive selon lequel les assureurs étaient dans l'impossibilité d'intenter une action subrogatoire contre elle pour le motif que Can-Dive, en tant qu'«affréteur», relevait de la définition contractuelle des «autres assurés». Le juge Warren a fait remarquer que, pour que cet argument soit retenu, Can-Dive devrait invoquer une stipulation de la police et donc commencer par surmonter la règle du lien contractuel qui prévoit

provides that a stranger to a contract may neither enforce nor rely on its terms.

Warren J. next considered Can-Dive's submission that, notwithstanding its status as a third party to the contract, the insurers were bound by the waiver of subrogation clause contained therein as the doctrine of privity of contract does not apply in circumstances where a third-party beneficiary relies on the waiver to defend against an action initiated by the insurers. Having reviewed the existing jurisprudence purporting to deal with privity of contract in this context, and relying in particular on the decision of the Privy Council in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70, Warren J. concluded that the doctrine was still applicable except to the extent it was incrementally abrogated through the creation of specific judicial exceptions, or more substantively, through legislative reform, as has generally been the case with automobile insurance legislation. He held that the Court's decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, was controlling on this issue; a waiver of subrogation clause, as with any other contractual provision, is subject to the doctrine of privity unless a traditional exception applies, or sufficient reason exists to relax the doctrine in the given circumstances. Warren J. held that relaxing the doctrine of privity of contract in the present circumstances would alter the doctrine in excess of the incremental changes contemplated by the reasoning in *London Drugs*.

Finally, Warren J. considered whether Can-Dive could avail itself of the principles of either trust or agency established in the case law as potential exceptions to the doctrine of privity of contract. He quickly dismissed the application of trust principles, concluding that the policy did not reveal any intention that Fraser River was acting as trustee on Can-Dive's behalf in contracting for insurance coverage. As to the agency exception, Warren J. first noted that Fraser River, as the purported agent for Can-Dive, must have intended to act on behalf of Can-Dive as the principal or as a member of an

généralement qu'un étranger à un contrat ne peut ni faire exécuter ce contrat ni en invoquer les clauses.

Le juge Warren a ensuite examiné l'argument de Can-Dive voulant que, malgré qu'elle fût un tiers au contrat, les assureurs étaient liés par la clause de renonciation à la subrogation contenue dans le contrat puisque la règle du lien contractuel ne s'applique pas lorsqu'un tiers bénéficiaire invoque la renonciation pour se défendre contre une action intentée par les assureurs. Après avoir examiné la jurisprudence censée porter sur la règle du lien contractuel dans ce contexte et après avoir invoqué notamment l'arrêt du Conseil privé *Vandepitte c. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*, [1933] A.C. 70, le juge Warren a conclu que cette règle était toujours applicable, sauf dans la mesure où elle avait été progressivement abrogée par la création d'exceptions judiciaires précises ou, plus fondamentalement, par voie de réforme législative, comme c'est généralement le cas dans le domaine de l'assurance automobile. Il a jugé que l'arrêt de notre Cour *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, était déterminant à cet égard; la clause de renonciation à la subrogation, à l'instar de toute autre disposition contractuelle, est assujettie à la règle du lien contractuel, sauf si une exception traditionnelle s'applique ou s'il existe un motif suffisant de l'assouplir dans certaines circonstances. Le juge Warren a décidé que, dans les présentes circonstances, assouplir la règle du lien contractuel excéderait les modifications progressives envisagées par le raisonnement de l'arrêt *London Drugs*.

Enfin, le juge Warren a examiné la question de savoir si Can-Dive pouvait invoquer les principes de la fiducie ou du mandat, que la jurisprudence reconnaît comme des exceptions possibles à la règle du lien contractuel. Il a vite rejeté l'application des principes de la fiducie en concluant que la police ne révélait l'existence d'aucune intention que Fraser River agisse comme fiduciaire de Can-Dive en souscrivant l'assurance en question. Quant à l'exception du mandat, le juge Warren a d'abord mentionné que, à titre de mandataire apparent de Can-Dive, Fraser River devait avoir eu l'intention

9

10

ascertainable class of principals. As he was of the opinion that the case could be decided on other grounds, Warren J. was prepared to assume for the purposes of argument that the requisite intention was present.

d'agir au nom de Can-Dive, en sa qualité de mandant ou de membre d'une catégorie vérifiable de mandants. Comme il était d'avis que l'affaire pouvait être tranchée en fonction d'autres moyens, le juge Warren était disposé à présumer, pour les fins du débat, l'existence de l'intention requise.

11 The more significant obstacle in applying principles of agency, however, was the requirement of ratification. Warren J. held that to gain the benefit of the policy, Can-Dive as principal would have to ratify the actions taken by Fraser River in acting on its behalf to arrange for the policy to cover Can-Dive as within the class of "Additional Insureds". Subsequent ratification involves three initial requirements: (a) the purported agent must have represented to the third party that he or she was acting on behalf of the purported principal; (b) the purported principal must have been competent at the time the act was done; and (c) the purported principal must be legally capable of completing the act at the time of ratification. Warren J. concluded that the three initial requirements were met in these circumstances. The first criterion was satisfied by the inclusion of the "Trustee Clause", indicating to the insurers that Fraser River may be acting as agent on behalf of certain unnamed parties who might later ratify the act and become "Additional Insureds" under the policy. Both the second and third criteria were satisfied by the status of Fraser River and Can-Dive as capable, juridical persons at all material times.

Toutefois, l'obstacle plus important à l'application des principes du mandat était l'exigence de ratification. Le juge Warren a conclu que pour bénéficier de la police, Can-Dive, en sa qualité de mandant, devrait ratifier les mesures prises en son nom par Fraser River pour que la police protège Can-Dive en tant que membre de la catégorie des «autres assurés». Pour qu'il y ait ratification subséquente, trois conditions initiales doivent être remplies: a) le mandataire apparent doit avoir déclaré au tiers qu'il agissait au nom du mandant apparent, b) le mandant apparent devait avoir la capacité d'agir au moment où l'acte a été accompli, et c) le mandant apparent doit avoir la capacité juridique d'accomplir l'acte au moment de la ratification. Le juge Warren a conclu que ces trois conditions initiales étaient remplies dans les circonstances. La première condition était remplie par l'inclusion de la «Clause de fiducie», qui indiquait aux assureurs que Fraser River pourrait agir comme mandataire de certaines parties non désignées nommément qui pourraient ultérieurement ratifier l'acte et devenir d'«autres assurés» au sens de la police. Les deuxième et troisième conditions étaient remplies du fait que Fraser River et Can-Dive étaient des personnes morales dotées de la capacité d'agir pendant toute la période pertinente.

12 Assuming that these initial hurdles were overcome, there still remained, however, as a final requirement an actual act of ratification, whether express or by implication. Warren J. concluded that Can-Dive's only act of ratification was amending its Statement of Defence upon learning of the existence of the policy and its potential scope of coverage. While Warren J. did not find that Can-Dive was precluded from ratifying its inclusion as an "Additional Insureds" under the terms of the policy subsequent to the time at which the loss occurred, he held that the opportunity for ratification was extinguished when Fraser River

Cependant, à supposer que tous ces obstacles initiaux aient été surmontés, il restait à accomplir comme dernière condition un acte véritable de ratification expresse ou implicite. Le juge Warren a décidé que le seul acte de ratification de Can-Dive avait consisté à modifier sa défense en apprenant l'existence de la police et l'étendue possible de la protection qu'elle offrait. Sans avoir conclu que Can-Dive ne pouvait pas, après le sinistre, ratifier son inclusion dans la catégorie des «autres assurés» au sens de la police, le juge Warren a décidé que la possibilité d'une ratification s'était dissipée lorsque Fraser River et les assureurs

and the insurers entered into an agreement in June 1991 to pursue a claim against Can-Dive for damages. The effect of this agreement was to change the terms of the policy, given that an action against Can-Dive would have been fundamentally incompatible with the existing scope of the “Additional Insureds” clause. Accordingly, no effective ratification of the policy could have occurred subsequent to this date.

Also fatal to Can-Dive’s claim was Warren J.’s finding that, even assuming that the requirements of ratification had been met, no consideration flowed from Can-Dive to the insurers; the mere act of chartering Fraser River’s vessel was insufficient to amount to consideration for the purposes of concluding that agency principles applied to deem Can-Dive a legal party to the contract between Fraser River and the insurers. In the result, Fraser River’s action in negligence was allowed.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187

Esson, Huddart and Proudfoot JJ.A.

Esson J.A., writing for the court, agreed that the claim was wholly subrogated, noting that Fraser River had already received from the insurers the amount fixed in the policy, a sum which exceeded Fraser River’s actual losses by over \$300,000. He rejected Can-Dive’s submission, however, that the trial judge was in error in finding that Fraser River did not covenant to insure Can-Dive as a term of the charter agreement. Instead, Esson J.A. chose to decide the appeal on the basis of the waiver of subrogation clause contained in the policy and the principles of the doctrine of privity of contract.

Esson J.A. first considered whether Can-Dive, as a stranger to the contract of insurance between Fraser River and the insurers, could rely on the waiver of subrogation clause to defend against the subrogated action. He disagreed with the trial

avaient convenu, dans l’entente de juin 1991, d’intenter une action en dommages-intérêts contre Can-Dive. Cette entente avait eu pour effet de modifier les stipulations de la police, étant donné qu’une action contre Can-Dive aurait été fondamentalement incompatible avec la portée existante de la clause des «autres assurés». Par conséquent, aucune ratification valide de la police n’aurait été possible après cette date.

L’argument de Can-Dive a également reçu un coup fatal en raison de la conclusion du juge Warren que, même à supposer que les conditions d’une ratification aient été remplies, Can-Dive n’avait fourni aucune contrepartie aux assureurs; le simple affrètement du navire de Fraser River était insuffisant pour constituer une contrepartie qui permettrait de considérer que Can-Dive était, en application des principes du mandat, légalement partie au contrat intervenu entre Fraser River et les assureurs. En définitive, le juge Warren a fait droit à l’action pour négligence intentée par Fraser River.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 187

Les juges Esson, Huddart et Proudfoot

Le juge Esson, qui a rédigé les motifs de la cour, a convenu que l’action était entièrement subrogatoire puisque Fraser River avait déjà reçu des assureurs le montant fixé dans la police, lequel excédait de plus de 300 000 \$ la perte réelle de Fraser River. Il a toutefois rejeté l’argument de Can-Dive selon lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que Fraser River n’avait pas convenu, comme condition du contrat d’affrètement, d’assurer Can-Dive. Le juge Esson a plutôt décidé de trancher l’appel en fonction de la règle du lien contractuel et de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

Le juge Esson s’est d’abord demandé si Can-Dive, en tant qu’étranger au contrat d’assurance intervenu entre Fraser River et les assureurs, pouvait invoquer la clause de renonciation à la subrogation pour se défendre contre l’action

13

14

15

judge's conclusion on this point, holding instead that *Vandepitte*, *supra*, had been impliedly overruled by the Supreme Court of Canada on the basis that the precedent had been ignored in cases where it might well have applied: see, for example, *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, where the Court held, without any reference to the doctrine of privity of contract, that the named insured's son came within the class of "Insured" as defined in the homeowner's policy. Esson J.A. also noted that soon after *Vandepitte* had been decided, its potential impact on contracts for automobile insurance was abrogated in every relevant jurisdiction. In his opinion, the decision was not good law, as it had either been overtaken by legislation, as in the case of automobile insurance, or largely ignored in favour of reasoning which better reflected commercial reality.

subrogatoire. Il a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance sur ce point, préférant statuer que l'arrêt *Vandepitte*, précité, avait été implicitement renversé par la Cour suprême du Canada qui ne l'avait pas pris en considération dans des affaires où il aurait bien pu s'appliquer: voir, par exemple, l'arrêt *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, où la Cour a statué, sans mentionner la règle du lien contractuel, que le fils de l'assuré désigné nommément relevait de la catégorie des [TRADUCTION] «Assurés» définie dans la police du propriétaire occupant. Le juge Esson a également fait remarquer que peu après le prononcé de l'arrêt *Vandepitte*, son incidence possible sur les contrats d'assurance automobile avait été supprimée dans chaque ressort pertinent. Selon lui, cet arrêt n'était pas valable en droit soit parce qu'il avait été supplanté par une mesure législative, comme dans le cas de l'assurance automobile, soit parce qu'il avait été largement laissé de côté au profit d'un raisonnement qui reflétait mieux la réalité commerciale.

16

Apart from referring to the implicit overruling of *Vandepitte*, Esson J.A. also concluded that judicial authority supported Can-Dive's submission that "waiver of subrogation" clauses in contracts of insurance constituted an exception to the doctrine of privity of contract in circumstances where the third-party beneficiary is not a party to the policy, but nonetheless falls within the contractual definition of those to whom coverage is extended. In *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, for example, subcontractors who were not parties to a builder's risk policy, but who met the definition of a "Contractor" for the purposes of coverage, were able to overcome the doctrine of privity of contract. In holding that subrogation was not available against the subcontractor, de Grandpré J. relied upon the nature of the relationship amongst the various contractors on a construction site, i.e., that the parties were involved in a joint effort towards a common goal. To give effect to the doctrine of privity of contract would be commercially unreasonable in these circumstances, in that any loss on the construction site caused by one of the parties would

En plus de mentionner le renversement implicite de l'arrêt *Vandepitte*, le juge Esson a également conclu que la jurisprudence étayait l'argument de Can-Dive selon lequel les clauses de «renonciation à la subrogation» contenues dans des contrats d'assurance constituent une exception à la règle du lien contractuel dans le cas où le tiers bénéficiaire n'est pas partie à la police, mais est néanmoins visé par la définition contractuelle des personnes auxquelles la protection est accordée. Par exemple, dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, des sous-traitants qui n'étaient pas parties à une assurance des risques de l'entrepreneur de construction, mais qui répondaient à la définition d'«entrepreneur» pour les fins d'application de la protection, ont été en mesure de surmonter la règle du lien contractuel. Pour statuer que la subrogation n'était pas opposable au sous-traitant, le juge de Grandpré s'est fondé sur la nature de la relation entre les divers entrepreneurs sur un chantier de construction: par leurs efforts conjoints, les parties contribuaient à la réalisation d'un objectif commun. Il aurait été commercialement déraisonnable d'appliquer la

necessarily lead to litigation between the parties, contrary to the interest of the common enterprise. In addition to the builder's risk cases, Esson J.A. also identified an existing exception to the doctrine of privity of contract in insurance law more generally, originating in a line of authority dating back to a decision of Mathew J. in *Thomas & Co. v. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186.

Esson J.A. next considered whether this established exception, available in circumstances where a purported third-party beneficiary comes within the class of those to whom insurance coverage is extended, has nonetheless been overtaken by the Court's decision in *London Drugs*, *supra*. In other words, the exception in favour of waiver of subrogation clauses remains good law only to the extent that it does not contradict the legal principles or analytical framework set out in *London Drugs*. Esson J.A. held that an exception of this nature was entirely consistent on the basis that, if an insurer were to seek to avoid liability on the same grounds as were relied upon in *Vandepitte*, *supra*, under the more recent *London Drugs* analysis, it would fail. Many of the same considerations relevant to the disposition of *London Drugs* were applicable in the instant case, e.g., the third party or stranger to the contract was seeking to rely on a contractual provision to defend against an action, rather than seeking to enforce the terms of the contract on its own initiative against one of the original parties. Furthermore, it was expressly stated in *London Drugs* that nothing in the reasons should be taken as affecting in any way existing exceptions to the doctrine of privity of contract such as principles of trust or agency. Accordingly, as the jurisprudence in support of an exception to privity in favour of third-party beneficiaries falling within the contractual definition of the insured class for the purposes of the insurance policy had not been overtaken by the Court's decision in *London Drugs*, Esson J.A. concluded that Can-Dive could

règle du lien contractuel dans ces circonstances puisque toute perte qui aurait pu être causée par l'une des parties sur le chantier de construction aurait forcément donné naissance à un litige entre les parties, contrairement aux intérêts de l'entreprise commune. En plus de la jurisprudence relative aux risques de l'entrepreneur, le juge Esson a également relevé de façon plus générale une exception à la règle du lien contractuel dans le domaine du droit des assurances, laquelle exception avait son origine dans un courant jurisprudentiel remontant à la décision du juge Mathew dans l'affaire *Thomas & Co. c. Brown* (1899), 4 Com. Cas. 186.

Le juge Esson a ensuite examiné la question de savoir si cette exception reconnue, qui peut être invoquée dans le cas où un tiers bénéficiaire apparent relève de la catégorie des personnes auxquelles la protection est accordée, a néanmoins été supplantée par l'arrêt *London Drugs*, précité, de notre Cour. En d'autres termes, l'exception en faveur des clauses de renonciation à la subrogation ne demeure valable en droit que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les principes juridiques ou le cadre analytique exposés dans l'arrêt *London Drugs*. Le juge Esson a décidé qu'une exception de cette nature était tout à fait compatible du fait que, si un assuré cherchait à échapper à la responsabilité pour des motifs identiques à ceux invoqués dans l'arrêt *Vandepitte*, précité, il n'y parviendrait pas en vertu de l'analyse plus récente faite dans l'arrêt *London Drugs*. Bien des facteurs utiles pour trancher l'affaire *London Drugs* s'appliquaient à la présente affaire: par exemple, le tiers ou l'étranger au contrat cherchait à invoquer une disposition contractuelle pour se défendre contre une action au lieu de chercher de sa propre initiative à opposer les clauses contractuelles à l'une des parties initiales au contrat. En outre, il était expressément mentionné dans *London Drugs* que les motifs prononcés dans cette affaire ne devraient pas être interprétés comme touchant de quelque manière les exceptions existantes à la règle du lien contractuel, comme les principes de la fiducie ou du mandat. Par conséquent, étant donné que l'arrêt *London Drugs* de notre Cour n'avait pas supplanté la jurisprudence étayant l'existence d'une

rely on the waiver of subrogation clause in the policy.

exception à la règle du lien contractuel en faveur de tiers bénéficiaires visés par la définition contractuelle de la catégorie des assurés pour les fins de la police d'assurance, le juge Esson a conclu que Can-Dive pouvait invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police.

18 Esson J.A. was also of the view that Can-Dive could succeed on the basis of the agency exception. He found that the trial judge erred in failing to find a clear act of ratification by Can-Dive. Specifically, he did not agree with the trial judge's conclusion that Can-Dive's amendment to the pleadings in February 1994 could not amount to ratification on the basis that Fraser River and its insurers, by virtue of their agreement in June 1991 to proceed against Can-Dive, had effectively revised the terms of the policy so as to delete the provision granting third-party rights to Can-Dive. Esson J.A. held that while parties to a contract may subsequently delete provisions in favour of third-party beneficiaries, contractual terms providing protection against loss to third parties cannot be varied to the detriment of the third party after the occurrence of the very loss contemplated in the policy.

Le juge Esson était également d'avis que Can-Dive pourrait avoir gain de cause en invoquant l'exception du mandat. Il a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en ne concluant pas à l'existence d'un acte clair de ratification de la part de Can-Dive. Plus particulièrement, il ne partageait pas la conclusion du juge de première instance que la modification des actes de procédure de Can-Dive en février 1994 ne pouvait constituer une ratification parce que, en raison de l'entente dans laquelle ils avaient convenu, en juin 1991, de poursuivre Can-Dive, Fraser River et ses assureurs avaient en réalité modifié les stipulations de la police de manière à supprimer la disposition accordant les droits d'un tiers à Can-Dive. Le juge Esson a conclu que, bien que les parties à un contrat puissent subséquemment supprimer des dispositions en faveur de tiers bénéficiaires, les clauses contractuelles qui protègent les tiers en cas de sinistre ne peuvent pas être modifiées au détriment de ces tiers une fois survenu le sinistre même prévu par la police.

19 Accordingly, Esson J.A. allowed the appeal and dismissed the action against Can-Dive.

Par conséquent, le juge Esson a accueilli l'appel et rejeté l'action intentée contre Can-Dive.

III. Issues

III. Les questions en litige

20 As noted above, this appeal concerns the question of whether a third-party beneficiary can rely on a waiver of subrogation clause contained in a contract of insurance to defend against a subrogated action initiated by the insurer. In the context of this appeal, this question raises the following issues:

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi concerne la question de savoir si un tiers bénéficiaire peut invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans un contrat d'assurance pour se défendre contre une action subrogatoire intentée par l'assureur. Dans le contexte du présent pourvoi, cette question soulève les questions suivantes:

a. Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subro-

a. En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception

gated action on the basis of the agency exception to the doctrine of privity of contract?

- b. Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the principled exception to the privity of contract doctrine established by the Court's decision in *London Drugs*?

IV. Analysis

- A. *Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the agency exception to the doctrine of privity of contract?*

The entirety of the dispute between the parties concerns the legal effect to be given to the waiver of subrogation contained in Clause 17 of the appellant Fraser River's contract of insurance, which reads as follows:

17. SUBROGATION AND WAIVER OF SUBROGATION CLAUSE

In the event of any payment under this Policy, the Insurers shall be subrogated to all the Insured's rights of recovery therefor, and the Insured shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights, but it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against:

. . . .

- (b) any charterer(s) and/or operator(s) and/or lessee(s) and/or mortgagee(s). . . .

The respondent Can-Dive is seeking to rely on the waiver of subrogation clause contained in the policy to defend against this subrogated action in negligence. As a general rule, however, the doctrine of privity provides that a contract can neither

fondée sur le mandat à la règle du lien contractuel?

- b. En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, que notre Cour a établie dans l'arrêt *London Drugs*?

IV. Analyse

- A. *En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur le mandat à la règle du lien contractuel?*

Le différend qui oppose les parties porte entièrement sur l'effet juridique qui doit être donné à la renonciation à la subrogation contenue dans la clause 17 du contrat d'assurance de l'appelante Fraser River, dont voici le libellé:

[TRANSLATION]

17. CLAUDE DE SUBROGATION ET DE RENONCIATION À LA SUBROGATION

En cas de paiement effectué en vertu de la présente police, les assureurs seront subrogés dans tous les droits de recouvrement de l'assuré à cet égard, et l'assuré signera tous les documents requis et fera toute chose qui pourra être nécessaire pour garantir ces droits, mais il est convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre:

. . . .

- b) un ou des affrèteurs, exploitants, preneurs à bail ou créanciers hypothécaires. . . .

L'intimée Can-Dive cherche à invoquer la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police pour se défendre contre la présente action subrogatoire fondée sur la négligence. En règle générale, toutefois, la règle du lien contrac-

21

22

confer rights nor impose obligations on third parties. This appeal is concerned only with the former situation, namely, circumstances in which a third party is seeking to obtain a benefit or right established in its favour pursuant to the terms of the contract. The Court is not called on to address the situation in which a contract imposes obligations on a third party, and I stress that nothing in these reasons should be taken as applicable to the law in this area.

23

Although the doctrine of privity would normally be fatal to its case, Can-Dive submits that the principle of agency applies to deem Can-Dive a party to the contract in law, if not in fact, such that privity is no longer a concern. Because of the approach I intend to take to this case, I do not find it necessary to deal with the argument that Can-Dive may rely on the waiver of subrogation clause on this basis. In so stating, I do not wish to be taken as either agreeing or disagreeing with Esson J.A.'s conclusions on this issue. Instead, I prefer to adopt the approach set out in *London Drugs*, *supra*, and consider whether the doctrine of privity should be relaxed in these circumstances.

B. *Is Can-Dive, as a third-party beneficiary under the insurance policy pursuant to the waiver of subrogation clause, entitled to rely on that clause to defend against the insurer's subrogated action on the basis of the principled exception to the privity of contract doctrine established by the Court's decision in London Drugs?*

1. London Drugs and a Principled Exception to the Doctrine of Privity of Contract

24

As stated above, Can-Dive's position is that of a third-party beneficiary who normally would be precluded from enforcing or relying on the terms of the policy in effect between Fraser River and its insurers. Accordingly, it is necessary to consider the legal status of the waiver of subrogation clause in light of the Court's decision in *London Drugs*.

tuel prévoit qu'un contrat ne peut ni conférer des droits ni imposer des obligations à des tiers. Le présent pourvoi vise uniquement la première situation, c'est-à-dire celle où un tiers cherche à obtenir un avantage ou un droit établi en sa faveur conformément au contrat. La Cour n'est pas invitée à examiner le cas du contrat qui impose des obligations à un tiers, et je souligne que rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme s'appliquant au droit dans ce domaine.

Quoique la règle du lien contractuel lui serait normalement fatale, Can-Dive soutient que le principe du mandat permet de la considérer comme étant une partie au contrat en droit, voire dans les faits, de sorte que le lien contractuel n'est plus un problème. En raison de la façon dont j'entends aborder la présente affaire, je juge inutile d'examiner l'argument selon lequel Can-Dive peut invoquer la clause de renonciation à la subrogation pour ce motif. En affirmant cela, je ne veux pas que l'on croie que j'approuve ou que je rejette les conclusions du juge Esson sur ce point. Je préfère plutôt adopter la méthode énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, précité, et examiner s'il y a lieu d'assouplir la règle du lien contractuel dans les circonstances.

B. *En tant que tiers bénéficiaire au sens de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police d'assurance, Can-Dive a-t-elle le droit d'invoquer cette clause pour se défendre contre l'action subrogatoire intentée par l'assureur, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, que notre Cour a établie dans l'arrêt London Drugs?*

1. L'arrêt London Drugs et l'exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel

Comme nous l'avons vu, la position de Can-Dive est celle d'un tiers bénéficiaire qui serait normalement dans l'impossibilité de faire exécuter ou d'invoquer les stipulations de la police en vigueur entre Fraser River et ses assureurs. Il est donc nécessaire d'examiner le statut juridique de la clause de renonciation à la subrogation compte

In that case, the Court introduced what was intended as a principled exception to the common law doctrine of privity of contract.

At issue was the status of a limitation of liability clause in the standard form contract between the appellant and the respondent for storage of the appellant's transformer. The clause limited a "warehouseman's" liability on any one package to \$40. While in storage, a transformer was damaged owing to negligence on the part of the respondent's employees. The appellant sued both the warehouse company and its employees, and the trial judge found the employees personally liable for the full amount of the damages. On appeal, the majority allowed the employees to rely on the limitation of liability clause in the employer's contract with the appellant, notwithstanding that the employees were not parties to this contract. The majority of the Court upheld the result on appeal, concluding that in circumstances where the traditional exceptions to privity of contract such as agency or trust do not apply, courts may nonetheless undertake the appropriate analysis, bounded by both common sense and commercial reality, in order to determine whether the doctrine of privity with respect to third-party beneficiaries should be relaxed in the given circumstances.

The Court devoted a great deal of attention to the judicial history and application of the doctrine of privity of contract as it relates to third-party beneficiaries, noting the extent of judicial discontent, legislative override, and a significant body of academic criticism. While acknowledging that privity of contract is an established doctrine of contract law, the Court concluded, at p. 423, that the concerns expressed regarding the application of the doctrine to third-party beneficiaries indicated that the time for judicial consideration in this particular context had arrived:

These comments and others reveal many concerns about the doctrine of privity as it relates to third party

tenu de l'arrêt *London Drugs* de notre Cour. Dans cette affaire, la Cour a énoncé ce qui se voulait une exception fondée sur des principes à la règle de common law du lien contractuel.

Le débat portait sur le statut d'une clause de limitation de responsabilité contenue dans le contrat type que l'appelante et l'intimée avaient conclu relativement à l'entreposage du transformateur de l'appelante. La clause limitait la responsabilité de [TRADUCTION] «l'entrepôseur» à 40 \$ par colis. Pendant l'entreposage, le transformateur a été endommagé à cause de la négligence des employés de l'intimée. L'appelante a poursuivi à la fois la compagnie d'entreposage et ses employés, et le juge de première instance a tenu les employés personnellement responsables du montant intégral des dommages. En appel, les juges majoritaires ont permis aux employés d'invoquer la clause de limitation de responsabilité contenue dans le contrat liant leur employeur à l'appelante, même si ceux-ci n'étaient pas parties au contrat. Les juges majoritaires de notre Cour ont confirmé la décision de la Cour d'appel en concluant que, lorsque les exceptions traditionnelles à la règle du lien contractuel comme le mandat ou la fiducie ne s'appliquent pas, les tribunaux peuvent néanmoins procéder à l'analyse voulue, en s'appuyant sur le bon sens et la réalité commerciale, pour décider si, dans les circonstances, il y a lieu d'assouplir la règle du lien contractuel en ce qui concerne les tiers bénéficiaires.

La Cour s'est longuement attardée à l'histoire des procédures judiciaires et à l'application de la règle du lien contractuel en ce qui concerne les tiers bénéficiaires, soulignant l'ampleur du mécontentement de la magistrature, les dérogations législatives et les nombreuses critiques formulées par des auteurs de doctrine. Tout en reconnaissant que la règle du lien contractuel est un principe reconnu du droit des contrats, la Cour a conclu, à la p. 423, que les craintes exprimées au sujet de l'application de ce principe à des tiers bénéficiaires indiquaient que le temps était venu de procéder à un examen judiciaire dans ce contexte particulier:

Il ressort de ces commentaires, notamment, que le principe du lien contractuel soulève de nombreuses

25

26

beneficiaries. For our purposes, I think it sufficient to make the following observations. Many have noted that an application of the doctrine so as to prevent a third party from relying on a limitation of liability clause which was intended to benefit him or her frustrates sound commercial practice and justice. It does not respect allocations and assumptions of risk made by the parties to the contract and it ignores the practical realities of insurance coverage. In essence, it permits one party to make a unilateral modification to the contract by circumventing its provisions and the express or implied intention of the parties. In addition, it is inconsistent with the reasonable expectations of all the parties to the transaction, including the third party beneficiary who is made to support the entire burden of liability. The doctrine has also been criticized for creating uncertainty in the law. While most commentators welcome, at least in principle, the various judicial exceptions to privity of contract, concerns about the predictability of their use have been raised. Moreover, it is said, in cases where the recognized exceptions do not appear to apply, the underlying concerns of commercial reality and justice still militate for the recognition of a third party beneficiary right.

préoccupations dans la mesure où il concerne des tiers bénéficiaires. Aux fins du présent pourvoi, je crois qu'il suffit de formuler les observations suivantes. Bien des personnes ont souligné que l'application du principe aux fins d'empêcher un tiers d'invoquer une clause de limitation de la responsabilité qui était destinée à lui profiter est contraire à la pratique commerciale et à la justice. Elle ne respecte pas la répartition et l'acceptation des risques par les parties au contrat et elle fait fi des réalités pratiques de la garantie d'assurance. Elle permet essentiellement à une partie de modifier unilatéralement le contrat en contournant ses dispositions et l'intention expresse ou implicite des parties. En outre, elle est incompatible avec les attentes raisonnables de chacune des parties à l'opération, y compris le tiers bénéficiaire qui doit alors assumer l'entière responsabilité. On a également reproché au principe de rendre le droit incertain. Bien que la plupart des commentateurs soient favorables, du moins en principe, aux diverses exceptions reconnues par les tribunaux à l'égard du principe du lien contractuel, on s'est interrogé sur la prévisibilité de leur utilisation. De plus, on affirme que, dans les cas où les exceptions reconnues ne semblent pas s'appliquer, les intérêts sous-jacents de la réalité commerciale et de la justice militent encore en faveur de la reconnaissance d'un droit aux tiers bénéficiaires.

27 The respondent employees in *London Drugs* were unable to rely on existing principles of trust or agency. Rather than adapting these established principles to accommodate yet another *ad hoc* exception to the doctrine of privity, it was decided to adopt a more direct approach as a matter of principle. The Court held that, in circumstances where the traditional exceptions do not apply, the relevant functional inquiry is whether the doctrine should be relaxed in the given circumstances.

Les employés intimés dans *London Drugs* n'étaient pas en mesure d'invoquer les principes existants de la fiducie ou du mandat. Au lieu d'adapter ces principes reconnus de manière à tenir compte d'une autre exception particulière à la règle du lien contractuel, il a été décidé d'adopter une méthode plus directe pour des raisons de principe. La Cour a statué que, lorsque les exceptions traditionnelles ne s'appliquent pas, la question pratique pertinente est de savoir s'il y a lieu d'assouplir la règle dans les circonstances en cause.

28 In order to distinguish mere strangers to a contract from those in the position of third-party beneficiaries, the Court first established a threshold requirement whereby the parties to the contract must have intended the relevant provision to confer a benefit on the third party. In other words, an employer and its customer may agree to extend, either expressly or by implication, the benefit of any limitation of liability clause to the employees. In the circumstances of *London Drugs*, the customer had full knowledge that the storage services contemplated by the contract would be provided

Pour établir une distinction entre de simples étrangers à un contrat et des tiers bénéficiaires, la Cour a d'abord fixé la condition préliminaire selon laquelle les parties au contrat doivent avoir voulu que la disposition pertinente confère un avantage au tiers. En d'autres termes, un employeur et son client peuvent convenir d'étendre expressément ou implicitement aux employés l'application d'une clause de limitation de responsabilité. Dans l'affaire *London Drugs*, le client savait parfaitement que les services d'entreposage prévus au contrat seraient fournis non seulement par l'employeur,

not only by the employer, but by the employees as well. In the absence of any clear indication to the contrary, the Court held that the necessary intention to include coverage for the employees was implied in the terms of the agreement. The employees, therefore, as third-party beneficiaries, could seek to rely on the limitation clause to avoid liability for the loss to the customer's property.

The Court further held, however, that the intention to extend the benefit of a contractual provision to the actions of a third-party beneficiary was irrelevant unless the actions in question came within the scope of agreement between the initial parties. Accordingly, the second aspect of the functional inquiry was whether the employees were acting in the course of their employment when the loss occurred, and whether in so acting they were performing the very services specified in the contract between their employer and its customer. Based on uncontested findings of fact, it was clear that the damage to the customer's transformer occurred when the employees were acting in the course of their employment to provide the very storage services specified in the contract.

Taking all of these circumstances into account, the Court interpreted the term "warehouseman" in the limitation of liability clause to include coverage for the employees, thereby absolving them of any liability in excess of \$40 for the loss that occurred. The Court concluded that the departure from the traditional doctrine of privity was well within its jurisdiction representing, as it did, an incremental change to the common law rather than a wholesale abdication of existing principles. Given that the exception was dependent on the intention stipulated in the contract, relaxing the doctrine of privity in the given circumstances did not frustrate the expectations of the parties.

2. Application of the Principled Exception to the Circumstances of this Appeal

As a preliminary matter, I note that it was not our intention in *London Drugs*, *supra*, to limit

mais aussi par les employés. En l'absence d'indications contraires manifestes, la Cour a conclu que l'intention nécessaire d'inclure la protection des employés ressortait implicitement du texte de l'entente. Les employés pouvaient donc, en tant que tiers bénéficiaires, chercher à invoquer la clause de limitation de responsabilité en vue d'échapper à toute responsabilité pour la perte du bien du client.

La Cour a toutefois ajouté que l'intention d'étendre l'application d'une disposition contractuelle aux actes d'un tiers bénéficiaire n'était pertinente que si les actes en question étaient visés par l'entente intervenue entre les parties initiales. Par conséquent, le deuxième aspect de la question pratique était de savoir si les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions au moment où la perte est survenue et si, ce faisant, ils fournissaient les services mêmes qui étaient mentionnés dans le contrat intervenu entre leur employeur et son client. Selon des conclusions de fait non contestées, il était clair que, au moment où le transformateur du client a été endommagé, les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions consistant à fournir les services mêmes d'entreposage prévus au contrat.

Compte tenu de toutes ces circonstances, la Cour a considéré que le terme «entreposeur» utilisé dans la clause de limitation de responsabilité incluait les employés aux fins de l'application de cette clause, ce qui avait pour effet de limiter à 40 \$ leur responsabilité pour la perte survenue. La Cour a conclu que cette dérogation à la règle traditionnelle du lien contractuel relevait bel et bien de sa compétence, puisqu'elle représentait une modification progressive de la common law et non pas un rejet systématique de principes existants. Comme cette exception était subordonnée à l'intention stipulée au contrat, l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances en cause ne déjouait pas les attentes des parties.

2. Application de l'exception fondée sur des principes aux circonstances du présent pourvoi

Tout d'abord, je souligne que, dans l'arrêt *London Drugs*, précité, la Cour n'avait pas l'inten-

29

30

31

application of the principled approach to situations involving only an employer-employee relationship. That the discussion focussed on the nature of this relationship simply reflects the prudent jurisprudential principle that a case should not be decided beyond the scope of its immediate facts.

tion de limiter l'application de la méthode fondée sur des principes aux cas où il n'est question que d'une relation employeur-employé. Le fait que l'analyse a porté sur la nature de cette relation traduit simplement le principe jurisprudentiel prudent qui veut qu'une affaire soit décidée strictement en fonction de son contexte factuel immédiat.

32 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*

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*

33 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. Indeed, there is no dispute between the parties as to the meaning of the term within the waiver of subrogation clause; disagreement exists only as to whether the clause has legal effect. Accordingly, there can be no question that the parties intended to extend the benefit in question to a class of third-party beneficiaries whose membership includes Can-Dive. Given the lack of ambiguity on the face of the provision, there is no need to resort to extrinsic evidence for the purposes of determining otherwise. If the parties did not intend the waiver of subrogation clause to be extended to third-party

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. En fait, les parties ne contestent pas le sens de ce terme dans la clause de renonciation à la subrogation; il y a désaccord uniquement sur la question de savoir si cette clause a un effet juridique. Il est donc indubitable que les parties avaient l'intention d'accorder le bénéfice en question à une catégorie de tiers bénéficiaires comprenant Can-Dive. Comme cette disposition est sans équivoque à première vue, il n'est pas nécessaire de recourir à une preuve extrinsèque pour statuer autrement. Si les parties n'avaient pas

beneficiaries, they need not have included such language in their agreement.

In essence, Fraser River's argument in terms of the intention of the parties is not that the scope of the waiver of subrogation clause does not extend to third parties such as Can-Dive, but that the provision can only be enforced by Fraser River on Can-Dive's behalf, and not by Can-Dive acting independently. A plain reading of the provision, however, does not support this conclusion. There is no language in the clause indicating that the waiver of subrogation is intended to be conditional upon Fraser River's initiative in favour of any particular third-party beneficiary. It appears to me that Fraser River has conflated arguments concerning the intentions of the parties in drafting the provision and the legal effect to be given to the provision. In no uncertain terms, the waiver of subrogation clause indicates that the insurers are precluded from proceeding with an action against third-party beneficiaries coming within the class of "charterer(s)", and the relevant inquiry is whether to give effect to these intentions by enforcing the contractual term, notwithstanding the doctrine of privity of contract.

In my opinion, the case in favour of relaxing the doctrine of privity is even stronger in the circumstances of this appeal than was the case in *London Drugs, supra*, wherein the parties did not expressly extend the benefit of a limitation of liability clause covering a "warehouseman" to employees. Instead, it was necessary to support an implicit extension of the benefit on the basis of the relationship between the employers and its employees, that is to say, the identity of interest between the employer and its employees in terms of performing the contractual obligations. In contrast, given the express reference to "charterer(s)" in the waiver of subrogation clause in the policy, there is no need to look for any additional factors to justify characterizing

eu l'intention d'étendre à des tiers bénéficiaires l'application de la clause de renonciation à la subrogation, elles n'auraient pas eu à inclure ces mots dans leur entente.

En ce qui concerne l'intention des parties, Fraser River fait valoir essentiellement non pas que la clause de renonciation à la subrogation est inapplicable à des tiers comme Can-Dive, mais plutôt que c'est Fraser River au nom de Can-Dive, et non pas Can-Dive de façon indépendante, qui peut la faire exécuter. Toutefois, le sens clair de la disposition n'étaye pas cette conclusion. Le libellé de cette clause n'indique pas que la renonciation à la subrogation est censée dépendre de l'adoption par Fraser River d'une mesure en faveur d'un tiers bénéficiaire en particulier. Il me semble que Fraser River a confondu les arguments touchant les intentions des parties lorsqu'elles ont rédigé la disposition en cause et l'effet juridique qu'il faut lui donner. La clause de renonciation à la subrogation précise en termes non équivoques que les assureurs sont dans l'impossibilité d'intenter une action contre des tiers bénéficiaires qui relèvent de la catégorie des «affréteurs», et la question pertinente est de savoir s'il faut réaliser ces intentions en faisant exécuter la disposition contractuelle, en dépit de la règle du lien contractuel.

À mon avis, les arguments en faveur de l'assouplissement de la règle du lien contractuel sont, dans les circonstances du présent pourvoi, encore plus solides qu'ils ne l'étaient dans l'affaire *London Drugs*, précitée, où les parties n'avaient pas expressément étendu aux employés l'application d'une clause de limitation de la responsabilité visant un «entreposeur». Dans cette affaire, il a plutôt fallu, pour justifier l'application implicite de cette clause, s'appuyer sur la relation entre l'employeur et ses employés, c'est-à-dire la communauté d'intérêts de l'employeur et de ses employés sur le plan de l'exécution des obligations contractuelles. Par contre, vu la mention expresse du terme «affréteurs» dans la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police, il n'est pas nécessaire en l'espèce de chercher d'autres facteurs pour justifier la qualification de Can-Dive de

34

35

Can-Dive as a third-party beneficiary rather than a mere stranger to the contract.

tiers bénéficiaire au lieu de simple étranger au contrat.

36

Having concluded that the parties intended to extend the benefit of the waiver of subrogation clause to third parties such as Can-Dive, it is necessary to address Fraser River's argument that its agreement with the insurers to pursue legal action against Can-Dive nonetheless effectively deleted the third-party benefit from the contract. A significant concern with relaxing the doctrine of privity is the potential restrictions on freedom of contract which could result if the interests of a third-party beneficiary must be taken into account by the parties to the initial agreement before any adjustment to the contract could occur. It is important to note, however, that the agreement in question was concluded subsequent to the point at which what might be termed Can-Dive's inchoate right under the contract crystallized into an actual benefit in the form of a defence against an action in negligence by Fraser River's insurers. Having contracted in favour of Can-Dive as within the class of potential third-party beneficiaries, Fraser River and the insurers cannot revoke unilaterally Can-Dive's rights once they have developed into an actual benefit. At the point at which Can-Dive's rights crystallized, it became for all intents and purposes a party to the initial contract for the limited purposes of relying on the waiver of subrogation clause. Any subsequent alteration of the waiver provision is subject to further negotiation and agreement among all of the parties involved, including Can-Dive.

Ayant conclu que les parties avaient l'intention d'étendre à des tiers comme Can-Dive l'application de la clause de renonciation à la subrogation, il faut examiner l'argument de Fraser River voulant que l'entente dans laquelle elle a convenu avec les assureurs d'intenter une action contre Can-Dive ait néanmoins effectivement supprimé du contrat l'avantage conféré à des tiers. Une crainte importante que suscite l'assouplissement de la règle du lien contractuel est qu'il pourrait éventuellement résulter des restrictions à la liberté contractuelle si les parties à l'entente initiale devaient tenir compte des intérêts d'un tiers bénéficiaire avant de remanier le contrat. Toutefois, il importe de souligner que l'entente en question a été conclue après le moment auquel ce qu'on pourrait appeler le droit virtuel conféré à Can-Dive par le contrat s'est cristallisé en un avantage réel sous la forme d'un moyen de défense opposable dans une action pour négligence intentée par les assureurs de Fraser River. Puisqu'ils ont contracté en faveur de Can-Dive en tant que membre de la catégorie des tiers bénéficiaires éventuels, Fraser River et les assureurs ne peuvent pas supprimer unilatéralement les droits de Can-Dive une fois qu'ils se sont cristallisés sous la forme d'un avantage réel. Au moment où les droits de Can-Dive se sont cristallisés, celle-ci est devenue à tous égards une partie au contrat initial dans le but limité d'invoquer la clause de renonciation à la subrogation. Toute modification subséquente de la clause de renonciation doit faire l'objet de nouvelles négociations et d'un accord entre toutes les parties intéressées, y compris Can-Dive.

37

I am mindful, however, that the principle of freedom of contract must not be dismissed lightly. Accordingly, nothing in these reasons concerning the ability of the initial parties to amend contractual provisions subsequently should be taken as applying other than to the limited situation of a third-party's seeking to rely on a benefit conferred by the contract to defend against an action initiated by one of the parties, and only then in circumstances where the inchoate contractual right has

Toutefois, je suis conscient que le principe de la liberté contractuelle ne doit pas être écarté à la légère. Par conséquent, en ce qui concerne la capacité des parties initiales de modifier ultérieurement les dispositions contractuelles, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme s'appliquant à d'autres situations que celle du tiers qui cherche à invoquer un avantage conféré par le contrat pour se défendre contre une action intentée par l'une des parties, et ce, uniquement lorsque le droit

crystallized prior to any purported amendment. Within this narrow exception, however, the doctrine of privity presents no obstacle to contractual rights conferred on third-party beneficiaries.

(b) *Third-Party Beneficiary is Performing the Activities Contemplated in the Contract*

As to the second requirement that the intended third-party beneficiary must rely on a contractual provision in connection with the very activities contemplated by the contract in general, or by the relevant clause in particular, Fraser River has argued that a significant distinction exists between the situation in *London Drugs*, *supra*, and the circumstances of the present appeal. In *London Drugs*, the relationship between the contracting parties and the third-party beneficiary involved a single contract for the provision of services, whereas in the present circumstances, such a “contractual nexus”, to use Fraser River’s phrase, does not exist. In other words, the waiver of subrogation clause upon which Can-Dive seeks to rely is contained in an unrelated contract that does not pertain to the charter contract in effect between Fraser River and Can-Dive.

With respect, I do not find this argument compelling, given that a similar contractual relationship could be said to exist in *London Drugs*, in terms of the service contract between the parties and a contract of employment which presumably existed between the employer and employees. At issue is whether the purported third-party beneficiary is involved in the very activity contemplated by the contract containing the provision upon which he or she seeks to rely. In this case, the relevant activities arose in the context of the relationship of Can-Dive to Fraser River as a charterer, the very activity anticipated in the policy pursuant to the waiver of subrogation clause. Accordingly, I conclude that the second requirement for relaxing the doctrine of privity has been met.

contractuel virtuel s’est cristallisé avant toute prétendue modification. Dans le cadre de cette exception restreinte, la règle du lien contractuel ne fait toutefois pas obstacle à l’exercice de droits contractuels conférés à des tiers bénéficiaires.

b) *Le tiers bénéficiaire exerce les activités prévues au contrat*

En ce qui concerne la deuxième condition, à savoir que le tiers bénéficiaire visé doit invoquer une disposition contractuelle relativement aux activités mêmes prévues au contrat en général, ou dans la clause pertinente en particulier, Fraser River a fait valoir qu’il y a une distinction importante entre la situation qui existait dans l’affaire *London Drugs*, précitée, et les circonstances du présent pourvoi. Dans *London Drugs*, la relation entre les parties contractantes et le tiers bénéficiaire était régie par un seul contrat de louage de services, tandis que, dans le présent pourvoi, il n’existe pas de tel [TRADUCTION] «lien contractuel», pour reprendre l’expression utilisée par Fraser River. En d’autres termes, la clause de renonciation à la subrogation que Can-Dive cherche à invoquer figure dans un contrat qui n’a rien à voir avec le contrat d’affrètement intervenu entre Fraser River et Can-Dive.

38

En toute déférence, je ne juge pas cet argument convaincant puisqu’on pourrait affirmer qu’il existait une relation contractuelle similaire dans l’affaire *London Drugs*, vu le contrat de louage de services conclu par les parties et le contrat de travail qui liait vraisemblablement l’employeur et les employés. Il s’agit de savoir si le prétendu tiers bénéficiaire participe à l’activité même que prévoit le contrat contenant la disposition qu’il cherche à invoquer. Dans la présente affaire, les activités pertinentes s’inscrivaient dans le contexte de la relation entre Fraser River et Can-Dive en sa qualité d’affréteur, soit l’activité même prévue par la police selon la clause de renonciation à la subrogation. Je conclus donc que la deuxième condition applicable à l’assouplissement de la règle du lien contractuel est remplie.

39

(c) *Policy Reasons in Favour of an Exception in These Circumstances*(c) *Raisons de principe en faveur d'une exception dans les circonstances de la présente affaire*

40

Having found that Can-Dive has satisfied both of the cumulative threshold requirements for the purposes of introducing a new, principled exception to the doctrine of privity of contract as it applies to third-party beneficiaries, I nonetheless wish to add that there are also sound policy reasons for relaxing the doctrine in these circumstances. In this respect, it is time to put to rest the unreasonable application of the doctrine of privity to contracts of insurance established by the Privy Council in *Vandepitte*, *supra*, a decision characterized since its inception by both legislatures and the judiciary as out of touch with commercial reality. As Esson J.A. noted, the decision in *Vandepitte* received little attention outside the field of automobile insurance, where it had been promptly overruled by legislative amendment in British Columbia and other provinces. In addition, Esson J.A. was correct in holding that *Vandepitte* has been impliedly overruled in the course of decisions by the Court, given that in cases where the rule of privity might have been applied, the decision was ignored: *Scott*, *supra*. Of particular interest is the Court's decision in *Commonwealth Construction Co.*, *supra*. The case concerned a general contractor's "builder's risk" policy that purported to extend coverage to subcontractors who were not parties to the original contract. In holding that subrogation was not available against the subcontractors, de Grandpré J., writing for the Court, made the following comments regarding the "Additional Insureds" and "Trustee" clauses, at p. 324:

While these conditions may have been inserted to avoid the pitfalls that were the lot of the unnamed insured in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York* [citations omitted], a precaution that in my view was not needed, they without doubt cover additional ground.

Bien que j'aie conclu que Can-Dive a rempli les deux conditions préliminaires cumulatives aux fins de l'adoption d'une nouvelle exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel applicable aux tiers bénéficiaires, je tiens néanmoins à ajouter qu'il existe également des raisons de principe valables en faveur de l'assouplissement de cette règle dans les présentes circonstances. À cet égard, il est temps de mettre fin à l'application déraisonnable de la règle du lien contractuel aux contrats d'assurance que le Conseil privé a établie dans l'arrêt *Vandepitte*, précité, que les législatures et les juges considèrent, depuis le début, comme coupé de la réalité commerciale. Comme le juge Esson l'a souligné, on s'est peu attardé à l'arrêt *Vandepitte* en dehors du domaine de l'assurance automobile, où il a vite été renversé par voie de modification législative en Colombie-Britannique et dans d'autres provinces. De plus, le juge Esson a statué à bon droit que l'arrêt *Vandepitte* a été renversé implicitement dans des arrêts de la Cour, étant donné qu'elle n'en a pas tenu compte dans des affaires où la règle du lien contractuel aurait peut-être pu s'appliquer: *Scott*, précité. L'arrêt *Commonwealth Construction Co.*, précité, de notre Cour est particulièrement intéressant. Il y était question d'une assurance des «risques de l'entrepreneur de construction» qui avait été souscrite par un entrepreneur général et qui était censée s'appliquer à des sous-traitants qui n'étaient pas des parties au contrat initial. En statuant que la subrogation n'était pas opposable aux sous-traitants, le juge de Grandpré, qui a rédigé les motifs de la Cour, a fait les remarques suivantes concernant les clauses intitulées [TRADUCTION] «Autres assurés» et «fiducie», à la p. 324:

Ces conditions peuvent avoir été introduites pour éviter les pièges dont ont été victimes les assurés non nommés dans *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York* [renvois omis], précaution superflue à mon avis, mais elles ont indubitablement une portée additionnelle.

When considered in light of the Court's discussion of the necessary interdependence of various contractors involved in a common construction enterprise, the comment reflects the Court's acknowledgment that the rule of privity set out in *Vandepitte* was inconsistent with commercial reality. In a similar fashion, Fraser River in the course of this appeal has been unable to provide any commercial reason for failing to enforce a bargain entered into by sophisticated commercial actors. In the absence of any indication to the contrary, I must conclude that relaxing the doctrine of privity in these circumstances establishes a default rule that most closely corresponds to commercial reality as is evidenced by the inclusion of the waiver of subrogation clause within the contract itself.

A plain reading of the waiver of subrogation clause indicates that the benefit accruing in favour of third parties is not subject to any qualifying language or limiting conditions. When sophisticated commercial parties enter into a contract of insurance which expressly extends the benefit of a waiver of subrogation clause to an ascertainable class of third-party beneficiary, any conditions purporting to limit the extent of the benefit or the terms under which the benefit is to be available must be clearly expressed. The rationale for this requirement is that the obligation to contract for exceptional terms most logically rests with those parties whose intentions do not accord with what I assume to be standard commercial practice. Otherwise, notwithstanding the doctrine of privity of contract, courts will enforce the bargain agreed to by the parties and will not undertake to rewrite the terms of the agreement.

Fraser River has also argued that to relax the doctrine of privity of contract in the circumstances of this appeal would be to introduce a significant change to the law that is better left to the legislature. As was noted in *London Drugs*, *supra*, privity of contract is an established doctrine of contract law, and should not be lightly discarded through the process of judicial decree. Wholesale abolition of the doctrine would result in complex repercus-

À la lumière de l'analyse par la Cour de l'interdépendance nécessaire des divers entrepreneurs qui participent à une entreprise de construction commune, ces remarques reflètent la reconnaissance par la Cour du fait que la règle du lien contractuel énoncée dans l'arrêt *Vandepitte* était incompatible avec la réalité commerciale. D'une façon similaire, Fraser River a été incapable, dans le cadre du présent pourvoi, de fournir quelque raison commerciale que ce soit de ne pas faire exécuter un marché conclu par des acteurs commerciaux avertis. En l'absence d'indication contraire, force m'est de conclure que l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans ces circonstances crée une règle par défaut qui correspond très étroitement à la réalité commerciale, comme l'atteste l'inclusion de la clause de renonciation à la subrogation dans le contrat même.

D'après le sens clair de la clause de renonciation à la subrogation, l'avantage conféré à des tiers bénéficiaires n'est assujéti à aucune restriction ni à aucune condition limitative. Lorsque des parties commerciales averties concluent un contrat d'assurance qui étend expressément l'application d'une clause de renonciation à la subrogation à une catégorie vérifiable de tiers bénéficiaires, toute condition censée limiter l'étendue de cette application ou ses modalités doit être clairement exprimée. La raison d'être de cette exigence est que l'obligation d'inclure des clauses exceptionnelles dans un contrat incombe très logiquement aux parties dont les intentions sont incompatibles avec ce que je présume être la pratique commerciale normale. Sinon, malgré la règle du lien contractuel, les tribunaux feront exécuter le marché conclu par les parties et n'entreprendront pas de récrire les modalités de l'entente.

Fraser River a également soutenu que l'assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances du présent pourvoi entraînerait une modification importante du droit, qu'il vaut mieux laisser au législateur le soin d'apporter. Tel que souligné dans l'arrêt *London Drugs*, précité, la règle du lien contractuel est un principe reconnu du droit des contrats, et ne devrait pas être écartée à la légère par voie de décision judiciaire. L'abolition

41

42

43

sions that exceed the ability of the courts to anticipate and address. It is by now a well-established principle that courts will not undertake judicial reform of this magnitude, recognizing instead that the legislature is better placed to appreciate and accommodate the economic and policy issues involved in introducing sweeping legal reforms.

pure et simple de cette règle aurait des répercussions complexes que les tribunaux sont incapables de prévoir et d'examiner. Il existe un principe maintenant bien établi selon lequel les tribunaux n'entreprendront pas une réforme judiciaire de cette envergure, préférant reconnaître que le législateur est mieux placé pour évaluer et prendre en considération les questions économiques et de principe que soulève l'adoption de changements juridiques profonds.

44

That being said, the corollary principle is equally compelling, which is that in appropriate circumstances, courts must not abdicate their judicial duty to decide on incremental changes to the common law necessary to address emerging needs and values in society: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-70. In this case, I do not accept Fraser River's submission that permitting third-party beneficiaries to rely on a waiver of subrogation clause represents other than an incremental development. To the contrary, the factors present in *London Drugs*, in support of the incremental nature of the exception, are present as well in the circumstances of this appeal. As in *London Drugs*, a third-party beneficiary is seeking to rely on a contractual provision in order to defend against an action initiated by one of the contracting parties. Fraser River's concerns regarding the potential for double recovery are unfounded, as relaxing the doctrine to the extent contemplated by these reasons does not permit Can-Dive to rely on any provision in the policy to establish a separate claim. In addition, the exception is dependent upon the express intentions of the parties, evident in the language of the waiver of subrogation clause, to extend the benefit of the provision to certain named classes of third-party beneficiaries.

V. Conclusion and Disposition

45

I conclude that the circumstances of this appeal nonetheless meet the requirements established in *London Drugs* for a third-party beneficiary to rely on the terms of a contract to defend against a claim

Cela dit, le principe corollaire est tout aussi convaincant: dans les circonstances appropriées, les tribunaux ne doivent pas renoncer à leur devoir de décider d'apporter à la common law les modifications progressives nécessaires pour qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs dans la société: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 à 670. En l'espèce, je n'accepte pas l'argument de Fraser River que permettre à des tiers bénéficiaires d'invoquer une clause de renonciation à la subrogation représente autre chose qu'un changement progressif. Au contraire, les facteurs qui, dans l'arrêt *London Drugs* étayaient la nature progressive de l'exception sont également présents dans le présent pourvoi. Comme c'était le cas dans *London Drugs*, un tiers bénéficiaire cherche à invoquer une disposition contractuelle pour se défendre contre une action intentée par l'une des parties contractantes. Les préoccupations de Fraser River concernant le risque de double indemnisation sont dénuées de fondement car l'assouplissement de la règle dans la mesure envisagée par les présents motifs ne permet pas à Can-Dive d'invoquer une disposition de la police pour établir la validité d'une réclamation distincte. De plus, cette exception est subordonnée à l'intention expresse des parties, qui ressort du libellé de la clause de renonciation à la subrogation, d'étendre l'application de la disposition à certaines catégories désignées de tiers bénéficiaires.

V. Conclusion et dispositif

Je conclus que les circonstances du présent pourvoi satisfont néanmoins aux conditions prescrites dans l'arrêt *London Drugs* pour qu'un tiers bénéficiaire puisse invoquer les clauses d'un con-

initiated by one of the parties to the contract. As a third-party beneficiary to the policy, Can-Dive is entitled to rely on the waiver of subrogation clause whereby the insurers expressly waived any right of subrogation against Can-Dive as a “charterer” of a vessel included within the policy’s coverage.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen, Bird, Vancouver.

trat dans le but de se défendre contre une action intentée par l’une des parties contractantes. En tant que tiers bénéficiaire de la police, Can-Dive a le droit d’invoquer la clause de renonciation à la subrogation dans laquelle les assureurs ont expressément renoncé à tout droit de subrogation contre Can-Dive en tant qu’«affréteur» d’un navire visé par la police.

Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

Procureurs de l’intimée: Owen, Bird, Vancouver.