

**Husky Oil Operations Ltd.** *Appellant*  
(*Plaintiff*)

v.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem  
Canada Limited and Raychem  
Corporation** *Respondents (Defendants)*

and

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. and Bow  
Valley Industries Ltd.** (*Plaintiffs*)

and between

**Bow Valley Industries Ltd.** *Appellant*  
(*Plaintiff*)

v.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem  
Canada Limited and Raychem  
Corporation** *Respondents (Defendants)*

and

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. and  
Husky Oil Operations Ltd.** (*Plaintiffs*)

and by way of cross-appeal between

**Saint John Shipbuilding Limited** *Appellant*  
*by Cross-Appeal (Defendant)*

v.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky  
Oil Operations Ltd. and Bow Valley  
Industries Ltd.** *Respondents by Cross-Appeal*  
(*Plaintiffs*)

and

**Raychem Canada Limited and Raychem  
Corporation** (*Defendants*)

**Husky Oil Operations Ltd.** *Appelante*  
(*Demanderesse*)

c.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem  
Canada Limited et Raychem  
Corporation** *Intimées (Défenderesses)*

et

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et Bow  
Valley Industries Ltd.** (*Demandereses*)

et entre

**Bow Valley Industries Ltd.** *Appelante*  
(*Demanderesse*)

c.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem  
Canada Limited et Raychem  
Corporation** *Intimées (Défenderesses)*

et

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et Husky  
Oil Operations Ltd.** (*Demandereses*)

et par voie de pourvoi incident entre

**Saint John Shipbuilding Limited** *Appelante*  
*dans le pourvoi incident (Défenderesse)*

c.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky  
Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries  
Ltd.** *Intimées dans le pourvoi incident*  
(*Demandereses*)

et

**Raychem Canada Limited et Raychem  
Corporation** (*Défenderesses*)

and by way of cross-appeal between

**Raychem Canada Limited and Raychem Corporation** *Appellants by Cross-Appeal (Defendants)*

v.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky Oil Operations Ltd. and Bow Valley Industries Ltd.** *Respondents by Cross-Appeal (Plaintiffs)*

and

**Saint John Shipbuilding Limited** *(Defendant)*

and by way of cross-appeal between

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.** *Appellant by Cross-Appeal (Plaintiff)*

v.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem Canada Limited and Raychem Corporation** *Respondents by Cross-Appeal (Defendants)*

and

**Husky Oil Operations Ltd. and Bow Valley Industries Ltd.** *(Plaintiffs)*

INDEXED AS: BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. v. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD.

File No.: 24855.

1997: June 19; 1997: December 18.

Present: La Forest, Sopinka,\* Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

\* Sopinka J. took no part in the judgment.

et par voie de pourvoi incident entre

**Raychem Canada Limited et Raychem Corporation** *Appelantes dans le pourvoi incident (Défenderesses)*

c.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries Ltd.** *Intimées dans le pourvoi incident (Demandereses)*

et

**Saint John Shipbuilding Limited** *(Défenderesse)*

et par voie de pourvoi incident entre

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.** *Appelante dans le pourvoi incident (Demanderesse)*

c.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem Canada Limited et Raychem Corporation** *Intimées dans le pourvoi incident (Défenderesses)*

et

**Husky Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries Ltd.** *(Demandereses)*

RÉPERTORIÉ: BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. c. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD.

N° du greffe: 24855.

1997: 19 juin; 1997: 18 décembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka\*, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

\* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Torts — Duty to warn — Manufacturer and supplier — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether shipbuilder and system manufacturer had duty to warn rig owner of inflammability of product used in system — Whether shipbuilder's duty to warn excluded by its contract with rig owner — Whether manufacturer entitled to rely on learned intermediary defence.*

*Torts — Causation — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether failure to warn rig owner of inflammability of product used in heat trace system caused loss.*

*Torts — Contractual relational economic loss — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Whether companies leasing rig can recover economic loss resulting from shutdown of rig for repairs.*

*Torts — Contributory negligence — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether rig owner's contributory negligence in operating heat trace system without ground fault circuit breaker system bars its claims — Whether maritime contributory negligence bar should be eliminated.*

Husky Oil Operations Ltd. (“HOOL”) and Bow Valley Industries Ltd. (“BVI”) made arrangements to have an oil drilling rig constructed by Saint John Shipbuilding Limited (“SJSL”). In order to take advantage of government financing, HOOL and BVI incorporated an

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde — Fabricant et fournisseur — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le constructeur naval et le fabricant du système étaient-ils tenus de prévenir le propriétaire de la plate-forme de l'inflammabilité du produit utilisé dans le système? — L'obligation de mise en garde du constructeur naval était-elle écartée en raison du contrat conclu avec le propriétaire de la plate-forme? — Le fabricant a-t-il le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent?*

*Responsabilité délictuelle — Lien de causalité — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le défaut de mettre en garde le propriétaire de la plate-forme contre l'inflammabilité du produit utilisé dans le système de réchauffage des conduites a-t-il causé la perte?*

*Responsabilité délictuelle — Perte économique relationnelle découlant d'un contrat — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — Les sociétés qui ont loué la plate-forme peuvent-elles être indemnisées de la perte économique subie à la suite de l'arrêt d'exploitation de la plate-forme pendant les réparations?*

*Responsabilité délictuelle — Négligence contributive — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — La négligence contributive du propriétaire de la plate-forme qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans disjoncteur de fuite à la terre constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations? — La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en droit maritime devrait-elle être supprimée?*

La société Husky Oil Operations Ltd. («HOOL») et la société Bow Valley Industries Ltd. («BVI») ont pris des dispositions pour faire construire une plate-forme pétrolière par la société Saint John Shipbuilding Limited («SJSL»). Dans le but de tirer avantage du financement

offshore company, Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. ("BVHB"). Before construction began, ownership of the rig and the construction contract with SJSJL were transferred to BVHB. HOOL and BVI entered into contracts with BVHB for the hire of the rig to conduct drilling operations at sites chosen by HOOL and BVI. These contracts provided that HOOL and BVI would continue to pay day rates to BVHB in the event that the rig was out of service. A heat trace system was required in order to prevent the rig's pipes from freezing during the winter. BVHB chose the Raychem system, which used Thermaclad wrap to keep moisture from the insulation and heat trace wire. The specifications for the Raychem heat trace system required the installation of a ground fault circuit breaker system to cut off the power in the event of an electrical fault, to prevent arcing of the heat trace wire. A functioning system was not installed until after a fire broke out on the rig, causing damage to a tray of electrical and communications cables. As a result of the damage, the rig had to be towed to port for repairs and was out of service for several months. BVHB, HOOL and BVI commenced an action against SJSJL alleging breach of contract and negligence, and an action against Raychem for negligence. BVHB claimed both for the cost of the repairs to the rig and for the revenue lost as a result of the rig being out of service for several months. HOOL and BVI sought to recover the day rates that they were contractually required to pay to BVHB during the period the rig was out of service, as well as expenses they incurred for supplies to the rig, including food, drilling mud and additional equipment.

The trial judge held that the defendant SJSJL was liable in contract and tort for failing to provide certificates of approval for the Thermaclad, and in tort for breach of duty to warn of the inflammability of Thermaclad. He also held that the defendant Raychem was liable in tort for breach of its duty to warn. The trial judge went on to hold that the major fault lay with BVHB for its operation of the heat trace system without a functioning ground fault circuit breaker system. Moreover, it kept the heat trace system on, even when it might not have been required, despite incidents of arcing on the heat trace wires. He apportioned the fault 60 percent to

d'un organisme gouvernemental, HOOL et BVI ont constitué, à l'étranger, une société appelée Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. («BVHB»). Avant le début des travaux de construction, la propriété de la plate-forme et le contrat de construction passé avec SJSJL ont été transférés à BVHB. HOOL et BVI ont conclu des contrats avec BVHB pour la location de la plate-forme en vue d'opérations de forage sur des sites choisis par les premières. Ces contrats stipulaient que HOOL et BVI continueraient de payer un taux journalier à BVHB dans le cas où la plate-forme serait hors-service. Il fallait installer un système de réchauffage des conduites pour empêcher les tuyaux de la plate-forme de geler durant l'hiver. BVHB a choisi le système de la société Raychem («Raychem») qui utilisait le revêtement Thermaclad pour protéger de l'humidité l'isolant et le câble de réchauffage des conduites. Les caractéristiques techniques du système de réchauffage des conduites de Raychem exigeaient l'installation d'un système de disjoncteur de fuite à la terre (DFT) pour couper le courant en cas de défectuosité du système électrique afin d'éviter que le câble de réchauffage des conduites ne provoque des arcs électriques. On a installé un système efficace seulement après qu'un incendie se fut déclaré à bord de la plate-forme et eut causé des dommages à un chemin de câbles électriques et de transmission. Par conséquent, la plate-forme a dû être remorquée jusqu'au port pour être réparée et elle a été hors-service durant plusieurs mois. BVHB, HOOL et BVI ont pris action contre SJSJL pour négligence et rupture de contrat et contre Raychem pour négligence. BVHB a réclamé à la fois le coût des réparations effectuées sur la plate-forme et la perte de revenus découlant de la mise hors-service de la plate-forme durant plusieurs mois. HOOL et BVI ont demandé d'être indemnisées du taux journalier qu'elles avaient été tenues, en vertu du contrat, de payer à BVHB pendant que la plate-forme était hors-service, ainsi que des dépenses qu'elles avaient faites pour approvisionner la plate-forme, notamment en nourriture, en boue de forage et en matériel supplémentaire.

Le juge de première instance a retenu la responsabilité contractuelle et délictuelle de la défenderesse SJSJL pour le motif qu'elle n'a pas fourni de certificats d'approbation concernant le Thermaclad, et il a reconnu sa responsabilité délictuelle parce qu'elle a manqué à l'obligation de prévenir les parties concernées de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a également conclu à la responsabilité délictuelle de la défenderesse Raychem parce qu'elle a manqué à son obligation de mise en garde. Il a ensuite décidé qu'il fallait imputer la faute principale à BVHB, qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans un système de disjonc-

BVHB and 40 percent to SJSL and Raychem. He did not award damages for breach of contract. The trial judge dismissed the plaintiffs' claim, however, on the ground that the case arose out of negligence at sea and was governed by Canadian maritime law, which precluded application of the Newfoundland *Contributory Negligence Act* and made contributory negligence a bar to recovery.

The Court of Appeal held that because the loss suffered by HOOL and BVI was economic in nature, it was not recoverable. It agreed with the trial judge that maritime law applied, but held that provincial negligence legislation applied to maritime cases in some situations, including this case. Alternatively, if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did not apply, the court held that maritime law no longer made contributory negligence a bar to recovery. In the result, BVHB was held entitled to recover 40 percent of its loss from SJSL and Raychem.

*Held* (La Forest and McLachlin JJ. dissenting on SJSL's cross-appeal): The appeal should be dismissed. The cross-appeal of SJSL with regard to the duty to warn should be allowed. The other cross-appeals should be dismissed.

*Per* Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: BVHB was not entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn. In clause 907 of the contract between them, which states that "Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof", the parties have chosen to specify the only ground of builder liability related to the use of Thermaclad, namely, negligence in the installation thereof. By expressly limiting liability to only these circumstances, the parties have by necessary implication excluded all other grounds of builder liability, including the duty to warn. This reading of clause 907 is reinforced by the fact that Thermaclad is "owner directed supply". Where, as here, the owner specifies a particular product to be used, it is generally the owner and not the builder who, unless otherwise specified in the contract, should bear the losses that flow from the risk associated

teur de fuite à la terre efficace. De plus, elle a laissé fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque cela n'était peut-être pas nécessaire, malgré le fait que des arcs électriques s'étaient produits sur les câbles de réchauffage des conduites. Il a réparti la faute dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et de 40 pour 100 à SJSL et à Raychem. Il n'a pas accordé de dommages-intérêts pour rupture de contrat. Toutefois, le juge de première instance a débouté les demanderesse pour le motif que l'affaire résultait d'une négligence commise en mer et était régie par le droit maritime canadien, ce qui excluait l'application de la *Contributory Negligence Act* et faisait de la négligence contributive une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation.

La Cour d'appel a jugé que, comme la perte subie par HOOL et BVI était de nature économique, elle ne pouvait donner lieu à indemnisation. Elle a convenu avec le juge de première instance que le droit maritime s'appliquait, mais elle a conclu que la législation provinciale relative à la négligence s'appliquait aux affaires maritimes dans certaines situations, dont le présent cas. Subsidairement, pour le cas où la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve ne s'appliquerait pas, la cour a statué que la négligence contributive ne constituait plus une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation en droit maritime. Par conséquent, elle a jugé que BVHB avait le droit d'être indemnisée par SJSL et Raychem de 40 pour 100 de sa perte.

*Arrêt* (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents quant au pourvoi incident de SJSL): Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident de SJSL au sujet de l'obligation de mise en garde est accueilli. Les autres pourvois incidents sont rejetés.

*Les* juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: BVHB n'avait pas le droit de poursuivre SJSL en invoquant l'obligation de mise en garde en matière délictuelle. À la clause 907 du contrat qu'elles ont conclu, lequel stipule que «[l]a responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation», les parties ont choisi de préciser le seul fondement permettant d'établir la responsabilité du constructeur relativement à l'utilisation du Thermaclad, à savoir la négligence commise dans son installation. En limitant expressément la responsabilité à ces seules circonstances, les parties ont écarté, par déduction nécessaire, tous les autres fondements de responsabilité en ce qui concerne le constructeur, dont l'obligation de mise en garde. Cette interprétation de la clause 907 est renforcée par le fait que le Thermaclad est du «matériel imposé par le propriétaire». Lorsque le propriétaire,

with that product's use. The placement of clauses within a contract, while a factor to be considered, is not determinative. Rather, the contract as a whole should be examined with a view to searching for the intention of the parties by recognizing the natural meaning that flows from the language chosen. By the wording of clause 905, SJSL is relieved of any liability arising from defects. Clause 907 states that SJSL's liability shall extend only to installation of owner-directed supply and that in all other instances, BVHB bears the risk and responsibility for these products. The natural meaning of these clauses thus indicates that the only head of liability upon which these clauses can bite is negligence in installation. Based on the authority of *Miida Electronics*, SJSL should thus be relieved of any liability for failing to warn BVHB of the dangers associated with the use of Thermaclad. It is not open to Raychem to seek contribution from SJSL, as a contractor which has protected itself against liability cannot be said to have contributed to any actionable loss suffered by the plaintiff. Consequently, Raychem is liable for the entire 40 per cent quantum found by the trial judge.

In all other respects, McLachlin J.'s analysis was agreed with.

*Per* La Forest and McLachlin JJ. (dissenting on SJSL's cross-appeal with regard to the duty to warn): Manufacturers and suppliers are required to warn all those who may reasonably be affected by potentially dangerous products. This duty extends even to those persons who are not party to the contract of sale. The potential user must be reasonably foreseeable to the manufacturer or supplier. BVHB was clearly within the class of persons that SJSL and Raychem ought to have known might reasonably be affected by the use of Thermaclad. SJSL was in a contractual relationship with BVHB, and Raychem had directly approached BVHB's predecessor (a subsidiary of BVI) to encourage the use of its products in the construction of the rig. The manufacturer or supplier remains liable unless the consumer's knowledge negates reasonable reliance. This occurs where the consumer has so much knowledge that a reasonable person would conclude that the consumer fully appreciated and willingly assumed the risk posed by use of the product. Here BVHB did not have the degree of knowledge necessary to negate reliance on SJSL and Raychem. SJSL and Raychem did not demonstrate that

comme en l'espèce, spécifie le produit qu'il faut utiliser, à moins de stipulations contraires du contrat, c'est habituellement lui et non le constructeur qui devrait supporter les pertes découlant du risque lié à l'utilisation de ce produit. L'endroit où figurent les clauses dans un contrat, tout en constituant un facteur à prendre en considération, n'est pas décisif. On devrait plutôt examiner le contrat dans son ensemble afin de découvrir l'intention des parties en donnant aux termes qu'elles ont employés le sens qui s'en dégage naturellement. En vertu du libellé de la clause 905, SJSL est déchargée de toute responsabilité à l'égard des vices. La clause 907 stipule que la responsabilité de SJSL s'étend seulement à l'installation du matériel imposé par le propriétaire et que, dans tous les autres cas, BVHB assume les risques et la responsabilité pour ces produits. Par conséquent, selon le sens naturel de ces clauses, elles ne peuvent viser que la responsabilité due à une négligence dans l'installation. Compte tenu du poids de l'arrêt *Miida Electronics*, SJSL devrait donc être déchargée de toute responsabilité pour avoir omis d'informer BVHB des dangers liés à l'utilisation du Thermaclad. Raychem ne peut pas réclamer une contribution de SJSL car on ne peut pas dire que l'entrepreneur qui s'est protégé de toute responsabilité a contribué à une perte l'exposant aux poursuites du demandeur. Par conséquent, Raychem est seule responsable de la part de 40 pour 100 fixée par le juge de première instance.

L'analyse du juge McLachlin a été acceptée à tous les autres égards.

*Les* juges La Forest et McLachlin (dissidents quant au pourvoi incident de SJSL au sujet de l'obligation de mise en garde): Les fabricants et les fournisseurs ont l'obligation de mettre en garde tous ceux qui peuvent être raisonnablement concernés par des produits potentiellement dangereux. Cette obligation s'étend même aux personnes qui ne sont pas parties au contrat de vente. Le fabricant ou le fournisseur doit pouvoir raisonnablement prévoir qui sera l'utilisateur. BVHB faisait manifestement partie de la catégorie des personnes qui, comme SJSL et Raychem auraient dû le savoir, pouvaient raisonnablement être concernées par l'utilisation du Thermaclad. SJSL avait des rapports contractuels avec BVHB, et Raychem avait communiqué directement avec la société remplacée par BVHB (une filiale de BVI) pour l'inciter à utiliser ses produits durant la construction de la plate-forme. À moins que les connaissances du consommateur n'écartent la confiance qu'il accorde légitimement au fabricant ou au fournisseur, ces derniers restent responsables. C'est le cas lorsque le consommateur est à ce point renseigné qu'une personne raisonnable conclurait qu'il a pleinement apprécié et

BVHB accepted the risk of using Thermaclad. It follows that both SJSL and Raychem owed BVHB a duty to warn, subject to the special defences raised.

SJSL's duty to warn was not excluded by its contract with BVHB. While BVHB's claim sounds in tort, the contract remains relevant to determining whether a tort duty arises, and if so, its scope, since parties are free to contract to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. In order to determine the extent to which the parties' planned obligations affect their tort liabilities, it is necessary to ascertain the intention of the parties with respect to the particular issue from the contract documents as a whole. In doing so, it must be kept in mind that generally limitation and exclusion clauses are strictly construed against the party seeking to invoke the clause. The provisions of the contract relied on by SJSL do not directly address responsibility for negligence or duty to warn. While the absence of a term expressly excluding tort liability is not determinative, the contract provisions, considered as a whole, relate to the finding of and responsibility for defects. They function, as the heading states, as a "warranty" of workmanship and materials. More specifically, clauses 702, 905 and 907, taken in combination, provide that in situations of "owner directed supply", SJSL bears the responsibility for installation while BVHB bears the responsibility for defects. Warranties usually relate to the quality of goods and workmanship and do not relate to warnings about the risks associated with the use of products. BVHB's claim against SJSL is not for negligence relating to the choice of, installation of, or defects in, the Thermaclad or other materials, but for failure to warn of the inflammability of Thermaclad. SJSL's duty to warn arose independently of the contract, through its greater knowledge of the inflammability characteristics of Thermaclad. Clause 907, which excludes liability for owner-directed supply, must be narrowly construed. It applies to defects in materials or

volontairement accepté le risque que présentait l'utilisation du produit. En l'espèce, BVHB ne possédait pas suffisamment de connaissances pour exclure la confiance mise en SJSL et Raychem. SJSL et Raychem n'ont pas montré que BVHB avait accepté le risque que présentait l'utilisation du Thermaclad. Il s'ensuit que SJSL et Raychem étaient toutes deux tenues d'une obligation de mise en garde au profit de BVHB, sous réserve des moyens de défense particuliers soulevés.

L'obligation de mise en garde de SJSL n'était pas écartée en raison du contrat conclu avec BVHB. Bien que la réclamation de BVHB soit fondée sur les règles de la responsabilité délictuelle, le contrat reste pertinent pour déterminer s'il existe une obligation en matière délictuelle et, si oui, quelle est son étendue, puisque les parties peuvent passer un contrat pour limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Pour établir dans quelle mesure les obligations prévues par les parties influent sur leur responsabilité délictuelle, il faut dégager de l'ensemble des documents contractuels l'intention des parties en ce qui concerne la question particulière en jeu. Ce faisant, il ne faut pas oublier que, généralement, les clauses de limitation ou d'exclusion sont interprétées de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque. Les clauses du contrat sur lesquelles s'appuie SJSL ne traitent pas directement de la responsabilité fondée sur la négligence ni de l'obligation de mise en garde. Bien que l'absence d'une condition excluant expressément la responsabilité délictuelle ne soit pas déterminante, prises dans leur ensemble, les clauses du contrat se rapportent à la constatation des vices et à la responsabilité engagée à ce titre. Elles jouent le rôle d'une «garantie» quant à la fabrication et aux matériaux, comme le mentionne le titre. Plus précisément, les clauses 702, 905 et 907, prises ensemble, prévoient que, dans le cas du «matériel imposé par le propriétaire», SJSL est responsable de l'installation tandis que BVHB est responsable des vices. Les garanties portent habituellement sur la qualité des marchandises et de leur fabrication et non sur les mises en garde concernant les risques liés à leur utilisation. La réclamation de BVHB contre SJSL n'est pas fondée sur la négligence dans le choix du Thermaclad ou d'autres matériaux, leur installation ou des vices dont ils seraient affectés, mais plutôt sur le défaut de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. L'obligation de mise en garde incombant à SJSL a pris naissance indépendamment du contrat et découlait du fait qu'elle était mieux informée des caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad. La clause 907, qui exclut toute responsabilité dans le cas du matériel imposé par le propriétaire, doit

their installation and workmanship and does not exclude liability for breach of duty to warn.

Raychem is not entitled to rely on the learned intermediary defence, which is an exception to the general rule requiring manufacturers to provide a warning to the ultimate consumers of their product. The learned intermediary defence will generally only apply either where the product is highly technical and is to be used with expert supervision, or where the nature of the product is such that it is unrealistic for the consumer to receive a warning directly from the manufacturer. Thermaclad was not a highly technical product, and its use and application did not require expert supervision. Nor was it unrealistic to expect Raychem to have warned BVHB, the ultimate consumer, directly. Raychem had both the opportunity and the duty to warn BVHB directly and therefore its duty to warn the plaintiffs was not discharged through its communications with SJSL.

Causation is established, on either a subjective or an objective standard. A reasonable plaintiff or BVHB itself would have either declined to use Thermaclad or taken steps to deal with its inflammability had it been warned. The equal apportionment of fault between SJSL and Raychem should not be interfered with. While SJSL might have had less knowledge of the specific characteristics of Thermaclad, its knowledge of the general regulatory requirements was arguably greater, and it had greater contact with BVHB.

The contractual relational economic loss suffered by HOOL and BVI is not recoverable. The defendants owed a *prima facie* duty of care to BVI and HOOL. They knew of the existence of these plaintiffs and others like them and knew or ought to have known that they stood to lose money if the drilling rig was shut down. However, this *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. The most serious problem is that of indeterminate liability. If the defendants owed a duty to warn the plaintiffs, it is difficult to see why they would not owe a similar duty to a host of other persons who would foreseeably lose money if the rig was shut down as a result of being damaged. Moreover, the facts of this case do not support liability to BVI and HOOL as an additional deterrent against negligence. Since BVHB, the owner of the drilling rig, suffered a significant amount of property damage, it is not apparent that

être interprétée de façon stricte. Elle s'applique aux vices affectant les matériaux ou leur installation et leur fabrication et n'écarte pas la responsabilité pour manquement à l'obligation de mise en garde.

Raychem n'a pas le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent, qui constitue une exception à la règle générale voulant que les fabricants mettent le consommateur final en garde contre les dangers que présentent leurs produits. En général, ce moyen de défense s'appliquera seulement si le produit a une forte teneur technique et est destiné à être utilisé sous la surveillance d'un expert, ou si la nature du produit est telle qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant. Le Thermaclad n'était pas un produit à forte teneur technique, et son utilisation et son application n'exigeaient pas la surveillance d'un expert. Il n'était pas non plus irréaliste de s'attendre à ce que Raychem prévienne directement BVHB, le consommateur final. Raychem avait à la fois la possibilité et l'obligation de mettre BVHB en garde directement et par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de son obligation de mise en garde dans le cadre de ses communications avec SJSL.

Le lien de causalité est établi, selon une norme subjective ou une norme objective. Si un demandeur raisonnable ou BVHB elle-même avait été mis en garde, il aurait soit refusé d'utiliser le Thermaclad ou soit pris des mesures concernant l'inflammabilité de ce produit. La répartition de la faute en parts égales entre SJSL et Raychem ne doit pas être modifiée. Même si SJSL en savait peut-être moins sur les caractéristiques particulières du Thermaclad, elle avait plus de contacts avec BVHB et il est possible de prétendre qu'elle connaissait mieux les exigences réglementaires générales.

La perte économique relationnelle découlant d'un contrat subie par HOOL et BVI ne donne pas lieu à indemnisation. Les défenderesses avaient une obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL. Elles connaissaient l'existence des demanderesses et d'autres personnes comme elles, et elles savaient ou auraient dû savoir que ces dernières risquaient de perdre de l'argent si la plate-forme de forage cessait de fonctionner. Cependant, cette obligation de diligence *prima facie* est annihilée par des considérations de principe. Le problème le plus sérieux est celui de la responsabilité indéterminée. Si les défenderesses avaient l'obligation de mettre en garde les demanderesses, il est difficile de voir pourquoi elles n'auraient pas la même obligation envers une foule d'autres personnes dont les pertes étaient prévisibles si la plate-forme cessait ses activités en raison des dommages subis. De plus, les faits de l'espèce ne



increasing the defendants' potential liability would have led to different behaviour and avoidance of the loss. Nor was this a case where the plaintiff's ability to allocate the risk to the property owner by contract is slight, either because of the type of transaction or inequality of bargaining power. BVI and HOOL not only had the ability to allocate their risks, but did just that.

BVHB was contributorily negligent, as found by the courts below. The trial judge apportioned the majority of the fault to BVHB on the ground that its negligence in continuing to operate the heat trace system, even when unnecessary, outweighed the defendants' negligence. Since there was no demonstrable error in the trial judge's appreciation of the facts or applicable legal principles, his finding that the liability should be apportioned 60 percent to BVHB and 40 percent to the defendants Raychem and SJSL should not be disturbed.

BVHB's right to recover is not barred by its contributory negligence. The issues for resolution in this case are integrally connected with maritime matters, and fall to be resolved under Canadian maritime law. Policy considerations support the conclusion that maritime law governs the plaintiffs' tort claim, since the application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. Although contributory negligence barred recovery at common law, the maritime contributory negligence bar should be removed. This is an appropriate case for this Court to make an incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness. The proposed change falls within the test for judicial reform of the law which has been developed. First, the change is required to keep the maritime common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society. Second, removal of the contributory negligence bar will not have unforeseeable or complex ramifications beyond the cognizance of the judiciary. The principle of apportionment

justifie pas d'étendre la responsabilité en faveur de BVI et de HOOL à titre de moyen de dissuasion supplémentaire contre la négligence. Comme BVHB, le propriétaire de la plate-forme de forage, a subi des dommages matériels importants, il n'est pas évident que le fait d'accroître la responsabilité potentielle des défenderesses aurait amené un comportement différent et permis d'éviter la perte. Ce n'était pas non plus un cas où la capacité du demandeur de faire assumer le risque par le propriétaire du bien dans un contrat est faible, en raison soit du genre d'opération, soit de l'inégalité du pouvoir de négociation. Non seulement BVI et HOOL avaient-elles la capacité de répartir leurs risques; mais c'est exactement ce qu'elles ont fait.

Il y a eu négligence contributive de BVHB, ainsi que l'ont conclu les juridictions inférieures. Le juge de première instance a attribué la plus grande partie de la faute à BVHB pour le motif que la négligence dont celle-ci a fait montre en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque ce n'était pas nécessaire, l'emportait sur la négligence des défenderesses. Comme le juge de première instance n'a pas commis d'erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion selon laquelle la responsabilité devrait être attribuée dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et dans une proportion de 40 pour 100 aux défenderesses Raychem et SJSL.

La négligence contributive de BVHB ne fait pas obstacle au droit de celle-ci d'être indemnisée. Les questions qui se posent en l'espèce relèvent intégralement du domaine maritime et doivent être tranchées en vertu du droit maritime canadien. Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demanderesse, car l'application des lois provinciales aux délits en matière maritime nuit à l'uniformité du droit maritime. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. Même si, en common law, la négligence contributive constituait une fin de non-recevoir à l'indemnisation, la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière maritime devrait être abolie. Il s'agit d'un cas où il convient que notre Cour apporte un changement progressif à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité. Le changement proposé satisfait au critère élaboré en ce qui concerne la réforme du droit par les tribunaux. Premièrement, le changement est nécessaire pour

for non-maritime torts is universally accepted in every part of Canada and around the world. Contributory negligence may reduce recovery but does not bar the plaintiff's claim. The defendants SJSJ and Raychem are jointly and severally liable to the plaintiff BVHB for 40 percent of its loss, subject to a right of contribution between defendants.

SJSJ is not liable to BVHB in contract since the contractual issues have been settled and are no longer litigable.

#### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Applied:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; **distinguished:** *Falcon Lumber Ltd. v. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Lamport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The "Raphael")*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42; *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346.

By McLachlin J. (dissenting on the cross-appeal of SJSJ)

**Distinguished:** *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; **referred to:** *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *University of Regina v. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1; *Queen v. Cognos*

que la common law en matière maritime suit l'évolution et le dynamisme de la société. Deuxièmement, l'abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive n'aura pas de conséquences imprévisibles ou complexes qui échappent aux tribunaux. Le principe de la répartition en matière de délits non maritimes est accepté universellement, partout au Canada et à travers le monde. La négligence contributive peut réduire l'indemnité, mais elle ne constitue pas une fin de non-recevoir à la réclamation présentée par la demanderesse. Les défenderesses SJSJ et Raychem sont solidairement responsables envers la demanderesse BVHB de 40 pour 100 de la perte subie par cette dernière, sous réserve du droit de chacune des défenderesses de demander une contribution à l'autre.

SJSJ n'est pas responsable envers BVHB en matière contractuelle puisque les questions d'ordre contractuel ont été réglées et ne sont plus litigieuses.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt suivi:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Falcon Lumber Ltd. c. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503; **arrêts mentionnés:** *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Lamport & Holt Lines Ltd. c. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The «Raphael»)*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42; *Upper Lakes Shipping Ltd. c. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346.

Citée par le juge McLachlin (dissidente quant au pourvoi incident de SJSJ)

**Distinction faite d'avec l'arrêt:** *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; **arrêts mentionnés:** *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426; *University of Regina c. Pettick* (1991), 45

*Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Jones v. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Hughes v. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617; *Sparks v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618; *Taylor v. Asody*, [1975] 2 S.C.R. 414; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *The "Sobieski"* (1949), 82 Ll.L.R. 370; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315; *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. v. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505; *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] 1 F.C. 490; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Peters v. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389; *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890); *Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974); *United States v. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975); *Edmonds v. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); *Merryweather v. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337; *Sparrows Point v. Greater Vancouver Water District*, [1951] S.C.R. 396; *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. v. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616.

#### Statutes and Regulations Cited

Bill C-73, *An Act to amend the Canada Shipping Act and other Acts as a consequence*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 565(1), 566.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1478, 1523, 1526, 1536.  
*Constitution Act, 1867*, s. 92.  
*Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, c. C-33.  
*Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13.

C.L.R. 1; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Jones c. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Hughes c. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617; *Sparks c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618; *Taylor c. Asody*, [1975] 2 R.C.S. 414; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *The «Sobieski»* (1949), 82 Ll.L.R. 370; *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. c. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505; *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] 1 C.F. 490; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Peters c. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389; *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890); *Cooper Stevedoring Co. c. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974); *United States c. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975); *Edmonds c. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); *Merryweather c. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337; *Sparrows Point c. Greater Vancouver Water District*, [1951] R.C.S. 396; *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. c. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1478, 1523, 1526, 1536.  
*Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, ch. C-33.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92.  
*Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13.  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 565(1), 566.  
*Projet de loi C-73, Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et d'autres lois en conséquence*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 1996.

**Authors Cited**

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
- Canada. Department of Justice. Admiralty and Maritime Law Section. *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts: A Discussion Paper*.
- Cane, Peter. *Tort Law and Economic Interests*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Daly, Warren B., and George H. Falter. "Contribution and Indemnity in Maritime Actions". In *Benedict on Admiralty*, vol. 2, 7th ed. New York: M. Bender, 1995 (loose-leaf updated June 1997, release 73).
- Fleming, John. "Tort in a Contractual Matrix" (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269.
- Klar, Lewis. "Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors". In Lewis Klar, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1977.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Tetley, William. "A Definition of Canadian Maritime Law" (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.
- Williams, Glanville. *Joint Torts and Contributory Negligence: A Study of Concurrent Fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions*. London: Stevens & Sons, 1951.

APPEAL and CROSS-APPEALS from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, 405 A.P.R. 92, 126 D.L.R. (4th) 1, 21 B.L.R. (2d) 265, [1995] N.J. No. 150 (QL), reversing a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, 369 A.P.R. 271, [1994] N.J. No. 121 (QL), and (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, 373 A.P.R. 228, dismissing the plaintiffs' claim. Appeal and cross-appeals other than that of SJSJ dismissed. Cross-appeal of SJSJ allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting.

*Anthony J. Jordan, Q.C., Eric P. Groody and Susan M. Purcell, for Husky Oil Operations Ltd.*

*W. Ian C. Binnie, Q.C., Harry Underwood, Bonita Croft and Camille A. Nelson, for Bow Valley Industries Ltd.*

**Doctrine citée**

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
- Canada. Ministère de la Justice. Section de l'amirauté et du droit maritime. *Document de travail: Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*.
- Cane, Peter. *Tort Law and Economic Interests*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Daly, Warren B., and George H. Falter. «Contribution and Indemnity in Maritime Actions». In *Benedict on Admiralty*, vol. 2, 7th ed. New York: M. Bender, 1995 (sur feuilles mobiles, mise à jour de juin 1997, n° 73).
- Fleming, John. «Tort in a Contractual Matrix» (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269.
- Klar, Lewis. «Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors». In Lewis Klar, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1977.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Tetley, William. «A Definition of Canadian Maritime Law» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.
- Williams, Glanville. *Joint Torts and Contributory Negligence: A Study of Concurrent Fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions*. London: Stevens & Sons, 1951.

POURVOI et POURVOIS INCIDENTS contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, 405 A.P.R. 92, 126 D.L.R. (4th) 1, 21 B.L.R. (2d) 265, [1995] N.J. n° 150 (QL), qui a infirmé une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, 369 A.P.R. 271, [1994] N.J. n° 121 (QL) et (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, 373 A.P.R. 228, qui avait rejeté la demande d'indemnisation des demandereses. Pourvoi et pourvois incidents autres que celui de SJSJ rejetés. Pourvoi incident de SJSJ accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents.

*Anthony J. Jordan, c.r., Eric P. Groody et Susan M. Purcell, pour Husky Oil Operations Ltd.*

*W. Ian C. Binnie, c.r., Harry Underwood, Bonita Croft et Camille A. Nelson, pour Bow Valley Industries Ltd.*

*Michael F. Harrington, Q.C., and Colm St. R. Seviour, for Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*

*J. Edgar Sexton, Q.C., John F. Rook, Q.C., Stephen J. May and Donald D. Hanna, for Saint John Shipbuilding Limited.*

*W. Wylie Spicer, Q.C., and Aidan J. Meade, for Raychem Canada Limited and Raychem Corporation.*

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part) —

### I. Introduction

<sup>1</sup> On April 21, 1987, a fire broke out on the Bow Drill III, which was drilling for oil on the Grand Banks of Newfoundland. The Bow Drill III suffered major damage. Extensive repairs were required and the companies which had contracted for the lease of the rig suffered financial loss while it was out of commission. At issue in this appeal is the legal responsibility for the damages and the extent of the damages recoverable. Among the more interesting legal issues are the applicability of contributory negligence principles under Canadian maritime law and the recovery of damages for contractual relational economic loss.

### II. Facts

<sup>2</sup> In the early 1980s, Husky Oil Operations Ltd. (“HOOL”) and Bow Valley Industries Ltd. (“BVI”) decided to take advantage of a drilling opportunity off the east coast of Canada. They purchased one oil rig and made arrangements to have two others constructed. To this end, a subsidiary of BVI contracted with Saint John Shipbuilding Limited (“SJSL”) for the construction of the drilling rig Bow Drill III.

*Michael F. Harrington, c.r., et Colm St. R. Seviour, pour Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*

*J. Edgar Sexton, c.r., John F. Rook, c.r., Stephen J. May et Donald D. Hanna, pour Saint John Shipbuilding Limited.*

*W. Wylie Spicer, c.r., et Aidan J. Meade, pour Raychem Canada Limited et Raychem Corporation.*

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) —

### I. Introduction

Le 21 avril 1987, un incendie s’est déclaré à bord de la plate-forme de forage Bow Drill III, utilisée pour la recherche de pétrole sur les Grands Bancs de Terre-Neuve. La plate-forme a subi des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes, et les sociétés qui l’avaient louée par contrat ont subi une perte financière pendant qu’elle était hors-service. Le présent pourvoi consiste à déterminer qui est responsable en droit des dommages et quelle est l’étendue des dommages indemnifiables. Parmi les points de droit soulevant le plus d’intérêt, mentionnons l’applicabilité des principes de la négligence contributive en droit maritime canadien et l’indemnisation des dommages en cas de perte économique relationnelle découlant d’un contrat.

### II. Les faits

Au début des années 1980, la société Husky Oil Operations Ltd. («HOOL») et la société Bow Valley Industries Ltd. («BVI») ont décidé de profiter des possibilités de forage qui s’offraient à elles au large de la côte est du Canada. Elles ont acheté une plate-forme pétrolière et pris des dispositions pour en faire construire deux autres. À cette fin, une filiale de BVI a passé un contrat avec la société Saint John Shipbuilding Limited («SJSL») pour la construction de la plate-forme de forage Bow Drill III.

In order to take advantage of Export Development Corporation financing, HOOL and BVI incorporated an offshore company, Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. (“BVHB”). Before construction of Bow Drill III began, ownership of the rig was transferred to BVHB, and the contract with SJSL for the construction of the rig was assigned to BVHB. HOOL and BVI entered into contracts with BVHB for the hire of Bow Drill III to conduct drilling operations at sites chosen by HOOL and BVI. These contracts were for four years (with an optional extension for a further year), and provided that HOOL and BVI would continue to pay day rates to BVHB in the event that the rig was out of service.

A heat trace system was required in order to prepare the rig for winter operation. The purpose of a heat trace system is to prevent the rig’s pipes or “mud lines” from freezing. The heat trace system SJSL originally started to install was changed to the Raychem system at the owner’s request. BVHB chose the Raychem system after consultation with Raychem representatives because it had a self-regulating heater. Raychem’s heat trace system used Thermaclad wrap to keep moisture from the insulation and heat trace wire. The specifications for the Raychem heat trace system required the installation of a ground fault circuit breaker (“GFCB”) system. The purpose of the GFCB system was to cut off the power in the event of an electrical fault, to prevent arcing of the heat trace wire. The GFCB system initially installed by SJSL was unsuitable. A functioning GFCB system was not installed on the rig until after the incident that forms the basis of this case.

On April 21, 1987, during the drilling of an exploratory well on the Grand Banks of Newfoundland, a fire broke out on Bow Drill III. The

Dans le but de tirer avantage du financement de la Société pour l’expansion des exportations, HOOL et BVI ont constitué, à l’étranger, une société appelée Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. («BVHB»). Avant le début des travaux de construction de la plate-forme Bow Drill III, la propriété de celle-ci a été transférée à BVHB, et le contrat passé avec SJSL pour la construction de la plate-forme a été cédé à BVHB. HOOL et BVI ont conclu des contrats avec BVHB pour la location de la plate-forme Bow Drill III en vue d’opérations de forage sur des sites choisis par les premières. Il s’agissait de contrats d’une durée de quatre ans (assortis d’une possibilité de prolongation pour une année supplémentaire), qui stipulaient que HOOL et BVI continueraient de payer un taux journalier à BVHB dans le cas où la plate-forme serait hors-service.

Il fallait installer un système de réchauffage des conduites afin de préparer la plate-forme pour l’hiver. Un tel système vise à empêcher les tuyaux de la plate-forme ou «conduites de boue» flexibles de geler. Celui que SJSL avait commencé à installer à l’origine a été remplacé par le système de la société Raychem («Raychem») à la demande du propriétaire. BVHB a choisi ce système après avoir consulté des représentants de Raychem parce qu’il était muni d’un réchauffeur autoréglable. Le système de réchauffage des conduites de Raychem utilisait le revêtement Thermaclad pour protéger de l’humidité l’isolant et le câble de réchauffage des conduites. Les caractéristiques techniques du système de réchauffage des conduites de Raychem exigeaient l’installation d’un système de disjoncteur de fuite à la terre «DFT». Ce système DFT avait pour but de couper le courant en cas de défectuosité du système électrique afin d’éviter que le câble de réchauffage des conduites ne provoque des arcs électriques. Le système DFT installé initialement par SJSL ne convenait pas. C’est seulement après l’incident à l’origine de la présente affaire qu’on a installé sur la plate-forme un système DFT efficace.

Le 21 avril 1987, pendant le forage d’un puits d’exploration sur les Grands Bancs de Terre-Neuve, un incendie s’est déclaré à bord de la plate-

3

4

5

fire caused damage to a tray of cables that held in excess of 300 electrical and communications cables. As a result, the rig had to be towed to port for repairs and was out of service for several months.

<sup>6</sup> BVHB, HOOL and BVI commenced an action against SJSL alleging breach of contract and negligence, and an action against Raychem for negligence. BVHB claimed both for the cost of the repairs to the rig and for the revenue lost as a result of the rig being out of service for several months. HOOL and BVI sought to recover the day rates that they were contractually required to pay to BVHB during the period the rig was out of service, as well as expenses they incurred for supplies to the rig, including food, drilling mud and additional equipment.

### III. Judgments Below

#### A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*

<sup>7</sup> At trial (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, Riche J. held that the fire started when an electrical fault occurred in the heat trace wire, causing an arc in the heat trace system. The arcing occurred because no GFCB system was being used at that time. Riche J. held that it was likely the Thermaclad caught fire, which then caused an oily residue on the cables to catch fire. He concluded that as the fire spread much more than would be expected with Thermaclad alone, the fire must have been assisted by residue in the cable tray. Riche J. determined that the plaintiffs had not proven that the heat tracing and wrap on the pipe had been installed by SJSL or Raychem.

forme de forage Bow Drill III. L'incendie a causé des dommages à un chemin de câbles qui portait plus de 300 câbles électriques et de transmission. Par conséquent, la plate-forme a dû être remorquée jusqu'au port pour être réparée et elle a été hors-service durant plusieurs mois.

BVHB, HOOL et BVI ont pris action contre SJSL pour négligence et rupture de contrat et contre Raychem pour négligence. BVHB a réclamé à la fois le coût des réparations effectuées sur la plate-forme et la perte de revenus découlant de la mise hors-service de la plate-forme durant plusieurs mois. HOOL et BVI ont demandé d'être indemnisées du taux journalier qu'elles avaient été tenues, en vertu du contrat, de payer à BVHB pendant que la plate-forme était hors-service, ainsi que des dépenses qu'elles avaient faites pour approvisionner la plate-forme, notamment en nourriture, en boue de forage et en matériel supplémentaire.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *La Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve*

Au procès (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, le juge Riche a statué que l'incendie avait commencé lorsqu'une défectuosité du système électrique s'était produite dans le câble de réchauffage des conduites, causant un arc électrique dans le système de réchauffage des conduites. L'arc électrique s'était produit parce qu'aucun système DFT n'était utilisé à l'époque. Le juge Riche a conclu qu'il était probable que le Thermaclad avait pris feu, ce qui avait amené un résidu d'huile se trouvant sur les câbles à prendre feu à son tour. Comme la croissance du foyer était très supérieure à celle à laquelle on se serait attendu s'il avait été alimenté par le Thermaclad seulement, il a conclu que la présence du résidu dans le chemin de câbles avait dû contribuer à l'incendie. Le juge Riche a décidé que les demanderessees n'avaient pas prouvé que le système de réchauffage des conduites et le revêtement enveloppant les tuyaux avaient été installés par SJSL ou Raychem.

Riche J. found that BVHB had assumed responsibility for the installation of a functioning GFCB system, and that BVHB was negligent: in continuing to operate the heat tracing system without ground fault protection; in allowing the cables to accumulate the oily residue; and, in the absence of evidence that the fault for the arcing rested on someone else, for the defects in the wire or junction box that had caused the arc. Riche J. found that HOOL and BVI shared in the contributory negligence of BVHB as they were informed during construction of the need for ground fault protection. Alternatively, had HOOL and BVI not known of the need for ground fault protection, Riche J. would have found them negligent on the ground that BVHB, HOOL and BVI were involved in a joint venture.

Riche J. found that all parties were aware of the inflammability of the Thermaclad. He held that the defendant SJSL was liable in contract and tort for failing to provide certificates of approval for the Thermaclad, and in tort for breach of duty to warn of the inflammability of Thermaclad. He also held that the defendant Raychem was liable in tort for breach of its duty to warn. He found that the contract between SJSL and BVHB did not negate BVHB's right to sue for negligence or breach of contract for failure to provide certificates of approval for Thermaclad, or for negligent failure to warn. Riche J. went on to hold that the major fault lay with BVHB for its operation of the heat trace system without a functioning GFCB system. It knew that arcing could occur and that it could cause fires. Moreover, it kept the heat trace system on, even when it might not have been required, despite incidents of arcing on the heat trace wires. In the result, Riche J. apportioned the fault 60 percent to the plaintiffs and 40 percent to SJSL and

Le juge Riche a dit que BVHB avait assumé la responsabilité de l'installation d'un système DFT efficace et qu'elle avait été négligente en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites sans la protection d'un disjoncteur de fuite à la terre ainsi qu'en permettant l'accumulation d'un résidu d'huile sur les câbles, et en l'absence d'une preuve établissant que l'arc électrique était imputable à la faute de quelqu'un d'autre, relativement aux défauts du câble ou de la boîte de jonction qui avaient été à l'origine de l'arc électrique. Le juge Riche a statué que HOOL et BVI avaient participé à la négligence contributive de BVHB, car elles avaient été informées, au cours de la construction, de la nécessité de recourir à la protection d'un disjoncteur de fuite à la terre. Subsidiairement, si HOOL et BVI n'avaient pas été au courant de la nécessité de recourir à la protection d'un tel disjoncteur, le juge Riche aurait conclu à leur négligence pour le motif que BVHB, HOOL et BVI participaient à une entreprise conjointe.

Le juge Riche a conclu que toutes les parties étaient au courant de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a retenu la responsabilité contractuelle et délictuelle de la défenderesse SJSL pour le motif qu'elle n'a pas fourni de certificats d'approbation concernant le Thermaclad et, il a reconnu sa responsabilité délictuelle parce qu'elle a manqué à l'obligation de prévenir les parties concernées de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a également conclu à la responsabilité délictuelle de la défenderesse Raychem parce qu'elle a manqué à son obligation de mise en garde. Il a jugé que le contrat entre SJSL et BVHB ne faisait pas échec au droit de BVHB d'intenter des poursuites pour négligence ou rupture de contrat en raison du défaut de fournir des certificats d'approbation à l'égard du Thermaclad ou pour défaut par négligence de faire une mise en garde. Le juge Riche a ensuite conclu qu'il fallait imputer la faute principale à BVHB qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans un système DFT efficace. Elle savait qu'il pouvait se produire un arc électrique susceptible de causer un incendie. De plus, elle a laissé fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque cela n'était peut-être pas

8

9



Raychem. He did not award damages for breach of contract.

nécessaire, malgré le fait que des arcs électriques s'étaient produits sur les câbles de réchauffage des conduites. Le juge Riche a donc réparti la faute dans une proportion de 60 pour 100 aux demanderessees et de 40 pour 100 à SJSJL et à Raychem. Il n'a pas accordé de dommages-intérêts pour rupture de contrat.

- <sup>10</sup> However, Riche J. dismissed the plaintiffs' claim on the ground that the case arose out of negligence at sea and was governed by Canadian maritime law, which precluded application of the Newfoundland *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, c. C-33, and made contributory negligence a bar to recovery. In supplementary reasons, (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, Riche J. held that if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did apply, he would have apportioned the liability of Raychem and SJSJL equally, making each 20 percent responsible.

Toutefois, le juge Riche a débouté les demanderessees pour le motif que l'affaire résultait d'une négligence commise en mer et était régie par le droit maritime canadien, ce qui excluait l'application de la *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, ch. C-33, de Terre-Neuve, et faisait de la négligence contributive une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation. Dans des motifs supplémentaires, (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, le juge Riche a statué que, si la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve s'était appliquée, il aurait réparti la responsabilité également entre Raychem et SJSJL, c'est-à-dire en leur imputant chacune 20 pour 100.

#### B. Newfoundland Court of Appeal

#### B. La Cour d'appel de Terre-Neuve

- <sup>11</sup> The Newfoundland Court of Appeal, (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, *per* Cameron J.A., began by finding that the trial judge's conclusions with respect to the origins of the fire should not be disturbed. However, it rejected the trial judge's conclusion that there was a joint venture between HOOL and BVI with respect to the Bow Drill III, and held further there was no basis for lifting the corporate veil and denying the separate legal identities of the three corporations.

La Cour d'appel de Terre-Neuve (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, sous la plume du juge Cameron, a d'abord statué que les conclusions du juge de première instance relativement à l'origine de l'incendie ne devraient pas être modifiées. Cependant, elle a rejeté sa conclusion qu'il existait une entreprise conjointe entre HOOL et BVI en ce qui concerne la plate-forme de forage Bow Drill III, et elle a en outre déclaré que rien ne justifiait de lever le voile de la personnalité morale et de nier l'identité juridique distincte des trois sociétés.

- <sup>12</sup> Cameron J.A. upheld the trial judge's finding that BVHB had been contributorily negligent, although she rejected Riche J.'s finding that BVHB was negligent with respect to the existence of the oily residue on the cables. She held that the damage suffered by BVHB was a reasonably foreseeable consequence of BVHB's failure to use a GFCB system.

Le juge Cameron a confirmé la conclusion tirée par le juge de première instance, qui a reconnu la négligence contributive de BVHB, mais elle a rejeté sa conclusion voulant que BVHB ait fait preuve de négligence relativement à l'existence du résidu d'huile sur les câbles. Elle a statué que les dommages subis par BVHB étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la non-utilisation par BVHB d'un système DFT.

- <sup>13</sup> With respect to SJSJL's failure to provide certificates of approval, Cameron J.A. held that through

Quant au défaut de SJSJL de fournir des certificats d'approbation, le juge Cameron a conclu que,

an exchange of letters and cheques in November 1985, the parties had reached an accord and satisfaction disposing of their respective rights under the contract. Therefore, BVHB had no basis for a claim of breach of contract. Cameron J.A. declined to disturb the trial judge's finding that BVHB's representatives made the decision to use the Raychem system, including the Thermaclad. It followed that Thermaclad was "owner directed supply" for which the contract excluded recovery. Cameron J.A. further held that SJSL's provision of Thermaclad was not a negligent act.

Cameron J.A. confirmed that both Raychem and SJSL had a duty to warn BVHB about the inflammability of Thermaclad, and that the duty had not been discharged. She rejected Raychem's argument that it could rely on the learned intermediary exception. Although Raychem and SJSL had no duty to warn HOOL or BVI, SJSL and Raychem owed HOOL and BVI a duty of care that was breached by their failure to warn BVHB. However, because the loss suffered by HOOL and BVI was economic in nature, it was not recoverable.

Despite reversing some of the trial judge's findings with respect to liability, the Court of Appeal did not consider it necessary to change his apportionment of liability.

The Court of Appeal agreed with Riche J. that maritime law applied. Nevertheless it held that provincial negligence legislation applied to maritime cases in some situations, including this case. Alternatively, if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did not apply, the court held that maritime law no longer made contributory negligence a bar to recovery. In the result, BVHB was

par un échange de lettres et de chèques en novembre 1985, il y avait eu accord et satisfaction entre les parties réglant la question de leurs droits respectifs en vertu du contrat. Par conséquent, BVHB n'était nullement justifiée de prétendre qu'il y avait eu rupture de contrat. Le juge Cameron a refusé de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les représentants de BVHB avaient décidé d'utiliser le système de Raychem, y compris le Thermaclad. En conséquence, le Thermaclad était du «matériel imposé par le propriétaire» pour lequel le contrat excluait toute indemnisation. Le juge Cameron a de plus statué que la fourniture du Thermaclad par SJSL n'était pas un acte négligent.

Le juge Cameron a confirmé que tant Raychem que SJSL avaient l'obligation de mettre BVHB en garde contre l'inflammabilité du Thermaclad et qu'elles ne s'étaient pas acquittées de cette obligation. Elle a rejeté l'argument de Raychem selon lequel cette dernière pouvait invoquer l'exception fondée sur l'intermédiaire compétent. Même si Raychem et SJSL n'étaient pas tenues de mettre en garde HOOL ni BVI, les premières avaient envers les secondes une obligation de diligence qui n'a pas été respectée en raison de leur omission de mettre BVHB en garde. Cependant, comme la perte subie par HOOL et BVI était de nature économique, elle ne pouvait donner lieu à indemnisation.

Même si elle a infirmé certaines des conclusions du juge de première instance relativement à la responsabilité, la Cour d'appel n'a pas estimé nécessaire de modifier la façon dont il avait réparti la responsabilité.

La Cour d'appel a convenu avec le juge Riche que le droit maritime s'appliquait. Néanmoins, elle a conclu que la législation provinciale relative à la négligence s'appliquait aux affaires maritimes dans certaines situations, dont le présent cas. Subsidiairement, pour le cas où la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve ne s'appliquerait pas, la cour a statué que la négligence contributive ne constituait plus une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation en droit maritime. Par conséquent, elle a jugé que BVHB avait le droit d'être indem-

14

15

16

held entitled to recover 40 percent of its loss from SJSL and Raychem.

#### IV. Issues

- 17 (1) Are the defendants liable to the plaintiffs in tort?
- (a) Did the circumstances impose on SJSL and Raychem a duty to warn BVHB of the risks associated with using Thermaclad?
  - (b) Was SJSL's duty to warn excluded by its contract with BVHB?
  - (c) Is Raychem entitled to rely on the "learned intermediary" defence?
  - (d) Is causation established?
  - (e) How should fault be allocated between SJSL and Raychem?
  - (f) Did SJSL and Raychem owe BVI and HOOL a duty to warn? (Recovery of contractual relational economic loss)
  - (g) Was BVHB contributorily negligent?
  - (h) Does BVHB's contributory negligence bar its claims?
- (2) Is SJSL liable to BVHB in contract?

#### V. Are the Defendants Liable to the Plaintiffs in Tort?

A. *Did the Circumstances Impose on SJSL and Raychem a Duty to Warn BVHB of the Risks Associated With Using Thermaclad?*

- 18 SJSL and Raychem submit that the Court of Appeal erred in finding that they were under a duty to warn BVHB of the dangers of Thermaclad.

nisée par SJSL et Raychem de 40 pour 100 de sa perte.

#### IV. Les questions en litige

- (1) Les défenderesses sont-elles responsables envers les demandereses en matière délictuelle?
- a) Dans les circonstances, SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad?
  - b) L'obligation de mise en garde de SJSL était-elle écartée en raison du contrat conclu avec BVHB?
  - c) Raychem a-t-elle le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur «l'intermédiaire compétent»?
  - d) A-t-on prouvé l'existence d'un lien de causalité?
  - e) Comment faudrait-il répartir la faute entre SJSL et Raychem?
  - f) SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre en garde HOOL et BVI? (Indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat)
  - g) Y a-t-il eu négligence contributive de BVHB?
  - h) La négligence contributive de BVHB constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations?
- (2) SJSL est-elle responsable envers BVHB en matière contractuelle?

#### V. Les défenderesses sont-elles responsables envers les demandereses en matière délictuelle?

A. *Dans les circonstances, SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad?*

SJSL et Raychem soutiennent que la Cour d'appel a fait erreur en concluant qu'elles avaient l'obligation de mettre BVHB en garde contre les

SJSL argues that in order for a duty to warn to arise, there must be an “informational imbalance” between the manufacturer or supplier and the party who is owed the warning. SJSL submits that the plaintiff BVHB knew as much about the inflammability of the Thermaclad as it did.

The law may be simply stated. Manufacturers and suppliers are required to warn all those who may reasonably be affected by potentially dangerous products: *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569, and *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. This duty extends even to those persons who are not party to the contract of sale: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. The potential user must be reasonably foreseeable to the manufacturer or supplier — manufacturers and suppliers (including a builder-supplier like SJSL) do not have the duty to warn the entire world about every danger that can result from improper use of their product.

The plaintiff BVHB was clearly within the class of persons that SJSL and Raychem ought to have known might reasonably be affected by the use of Thermaclad. SJSL was in a contractual relationship with BVHB, and Raychem had directly approached BVHB’s predecessor (a subsidiary of BVI) to encourage the use of its products in the construction of the rig.

The defendant SJSL submits that there is an additional requirement for a duty to warn: a knowledge imbalance between the manufacturer or supplier and the consumer. It goes on to argue that since BVHB knew about the inflammability of Thermaclad no duty to warn arose. The Court of Appeal held that knowledge may be a defence, but only where the plaintiff can be viewed as accepting the risk (*volenti non fit injuria*).

dangers du Thermaclad. Selon SJSL, pour que cette obligation prenne naissance, il doit exister un «déséquilibre informationnel» entre le fabricant ou le fournisseur et la partie à laquelle doit être faite la mise en garde. SJSL affirme que la demanderesse BVHB en savait autant qu’elle sur l’inflammabilité du Thermaclad.

Le droit peut être énoncé de façon simple sur ce point. Les fabricants et les fournisseurs ont l’obligation de mettre en garde tous ceux qui peuvent être raisonnablement concernés par des produits potentiellement dangereux: *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569, et *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634. Cette obligation s’étend même aux personnes qui ne sont pas parties au contrat de vente: *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189. Le fabricant ou le fournisseur doit pouvoir raisonnablement prévoir qui sera l’utilisateur — les fabricants et les fournisseurs (y compris un constructeur-fournisseur comme SJSL) n’ont pas l’obligation de mettre en garde le monde entier contre tout danger susceptible de résulter d’un usage inapproprié de leur produit.

La demanderesse BVHB faisait manifestement partie de la catégorie des personnes qui, comme SJSL et Raychem auraient dû le savoir, pouvaient raisonnablement être concernées par l’utilisation du Thermaclad. SJSL avait des rapports contractuels avec BVHB, et Raychem avait communiqué directement avec la société remplacée par BVHB (une filiale de BVI) pour l’inciter à utiliser ses produits durant la construction de la plate-forme.

La défenderesse SJSL soutient qu’une autre condition doit être remplie pour faire naître l’obligation de mise en garde: il doit y avoir un déséquilibre informationnel entre le fabricant ou le fournisseur et le consommateur. Elle prétend également que, comme BVHB était au courant de l’inflammabilité du Thermaclad, aucune obligation de mise en garde n’a pris naissance. La Cour d’appel a jugé que la connaissance peut constituer un moyen de défense, mais seulement lorsqu’il est possible de considérer que le demandeur a accepté le risque (*volenti non fit injuria*).

19

20

21

22

I agree with the Court of Appeal that knowledge that there may be a risk in some circumstances does not negate a duty to warn. Liability for failure to warn is based not merely on a knowledge imbalance. If that were so every person with knowledge would be under a duty to warn. It is based primarily on the manufacture or supply of products intended for the use of others and the reliance that consumers reasonably place on the manufacturer and supplier. Unless the consumer's knowledge negates reasonable reliance, the manufacturer or supplier remains liable. This occurs where the consumer has so much knowledge that a reasonable person would conclude that the consumer fully appreciated and willingly assumed the risk posed by use of the product, making the maxim *volenti non fit injuria* applicable: *Lambert, supra*.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le fait de savoir qu'il peut exister un risque dans certaines circonstances ne supprime pas l'obligation de mise en garde. La responsabilité pour manquement à l'obligation de mise en garde n'est pas fondée uniquement sur le déséquilibre informationnel. Si tel était le cas, toute personne possédant de l'information serait soumise à une obligation de mise en garde. Cette responsabilité prend appui principalement sur la fabrication ou la fourniture de produits destinés à l'usage d'autrui et sur la confiance légitimement accordée au fabricant et au fournisseur par le consommateur. À moins que les connaissances du consommateur n'écartent cette confiance, le fabricant ou le fournisseur reste responsable. C'est le cas lorsque le consommateur est à ce point renseigné qu'une personne raisonnable conclurait qu'il a pleinement apprécié et volontairement accepté le risque que présentait l'utilisation du produit, rendant ainsi applicable la maxime *volenti non fit injuria*: *Lambert, précité*.

23

The evidence establishes that the plaintiff BVHB knew that Thermaclad would burn under some circumstances. The defendants SJSL and Raychem, however, had much more detailed knowledge of the specific inflammability characteristics of the Thermaclad. Raychem gained this knowledge through its own testing as manufacturer. SJSL gained it through its request to Raychem for information on Thermaclad's inflammability. BVHB did not have the degree of knowledge necessary to negate reliance on SJSL and Raychem. SJSL and Raychem did not demonstrate that BVHB accepted the risk of using Thermaclad. It follows that both SJSL and Raychem owed BVHB a duty to warn, subject to the special defences raised by SJSL and Raychem, to which I now turn.

Il ressort de la preuve que la demanderesse BVHB savait que le Thermaclad brûle dans certaines circonstances. Cependant, les défenderesses SJSL et Raychem possédaient des connaissances beaucoup plus précises sur les caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad. Raychem les a acquises en effectuant ses propres essais en tant que fabricant. SJSL s'est renseignée en demandant à Raychem de lui fournir de l'information sur l'inflammabilité du Thermaclad. BVHB ne possédait pas suffisamment de connaissances pour exclure la confiance mise en SJSL et Raychem. SJSL et Raychem n'ont pas montré que BVHB avait accepté le risque que présentait l'utilisation du Thermaclad. Il s'ensuit que SJSL et Raychem étaient toutes deux tenues d'une obligation de mise en garde au profit de BVHB, sous réserve des moyens de défense particuliers soulevés par SJSL et Raychem, que je vais maintenant examiner.

B. *Was SJSL's Duty to Warn Excluded by Its Contract With BVHB?*

B. *L'obligation de mise en garde de SJSL était-elle écartée en raison du contrat conclu avec BVHB?*

24

SJSL argues that any duty to warn BVHB which might otherwise arise from the circumstances is

SJSL soutient que toute obligation de mettre en garde BVHB qui pourrait par ailleurs naître dans

negated by the contract between them. The trial judge rejected this submission, as did the Court of Appeal, on the ground that the contract provisions did not deal with or impact on SJSL's duty to warn. I agree.

SJSL relies on clauses 702, 905 and 907 of its contract with BVHB. Clause 702, under Article VII (Inspection), stipulates that upon delivery SJSL's "sole obligation with respect to the Vessel shall be as specified in Article IX" (Warranties). Clause 905 excludes claims for defects except as provided in the warranty provision:

905. The remedies provided in this Article are exclusive, and Builder shall have no liability whatever for any consequential loss, damage or expense arising from any defects.

Finally, clause 907 excludes liability for "owner directed supply":

907. Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof in accordance with the certified equipment drawings and manuals furnished by the supplier in those instances where such equipment is actually installed by Builder. In all other instances, the sole risk and responsibility for Owner Directed Supply shall, as between Builder and Owner, be borne by Owner.

While BVHB's claim sounds in tort, the contract remains relevant to determining whether a tort duty arises, and if so, its scope. As this Court stated in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, *per* La Forest and McLachlin JJ., parties are free to contract "to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence" (pp. 26-27). However, "[i]n so far as the tort duty is not contradicted by the

les circonstances est annihilée par le contrat entre les parties. Le juge de première instance a rejeté cet argument, tout comme la Cour d'appel, pour le motif que les clauses du contrat ne traitaient pas de l'obligation de mise de garde de SJSL et n'avaient aucune incidence sur cette obligation. Je suis d'accord.

SJSL s'appuie sur les clauses 702, 905 et 907 de son contrat avec BVHB. La clause 702, qui figure à l'article VII (Inspection), stipule qu'au moment de livraison, la [TRADUCTION] «seule obligation de [SJSL] en ce qui concerne le bâtiment est celle précisée à l'article IX» (Garanties). La clause 905 limite les réclamations pour vices à celles qui sont prévues dans la disposition relative aux garanties:

[TRADUCTION]

905. Les recours prévus au présent article sont exclusifs, et le constructeur n'assume aucune responsabilité en cas des pertes, frais ou dommages indirects découlant de quelque vice que ce soit.

Enfin, la clause 907 exclut toute responsabilité à l'égard du «matériel imposé par le propriétaire»:

[TRADUCTION]

907. La responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation conformément aux plans et aux manuels certifiés concernant l'équipement remis par le fournisseur dans les cas où cet équipement est effectivement installé par le constructeur. Dans tous les autres cas, c'est le propriétaire qui supporte seul les risques et la responsabilité — entre le constructeur et le propriétaire — relativement au matériel imposé par le propriétaire.

Bien que la réclamation de BVHB soit fondée sur les règles de la responsabilité délictuelle, le contrat reste pertinent pour déterminer s'il existe une obligation en matière délictuelle et, si oui, quelle est son étendue. Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (les juges La Forest et McLachlin), les parties peuvent passer un contrat pour «limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci» (p. 27). Cependant, «[d]ans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en

25

26

contract, it remains intact and may be sued upon” (p. 27).

<sup>27</sup> To borrow the language of *La Forest J.* in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 327, tort liability in a case such as this falls to be assessed in a contractual matrix. The parties’ planned obligations must be given appropriate pre-eminence. Where those planned obligations negate tort liability, contract “trumps” tort: see *J. Fleming*, “Tort in a Contractual Matrix” (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269, at p. 270, citing *P. Cane*, *Tort Law and Economic Interests* (1991), at p. 293. It follows that a tort claim cannot be used to escape an otherwise applicable contractual exclusion or limitation clause: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

<sup>28</sup> In order to determine the extent to which the parties’ planned obligations affect their tort liabilities, it is necessary to ascertain the intention of the parties with respect to the particular issue from the contract documents as a whole: *BG Checo*, *supra*. In doing so, it must be kept in mind that generally limitation and exclusion clauses are strictly construed against the party seeking to invoke the clause: see e.g. *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, *per Wilson J.*, at p. 497.

<sup>29</sup> The provisions of the contract relied on by SJSJL do not directly address responsibility for negligence or duty to warn. While the absence of a term expressly excluding tort liability is not determinative, the contract provisions, considered as a whole, relate to the finding of and responsibility for defects. They function, as the label of Article IX states, as a “warranty” of workmanship and materials. More specifically, clauses 702, 905 and 907, taken in combination, provide that in situations of “owner directed supply”, SJSJL bears the

responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours» (p. 27).

Pour utiliser les termes du juge *La Forest* dans l’arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 327, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, on tend à évaluer la responsabilité délictuelle dans un cadre contractuel. Il faut accorder la prééminence appropriée aux obligations prévues par les parties. Lorsque ces obligations écartent toute responsabilité délictuelle, le contrat [TRADUCTION] «l’emporte sur» le délit: voir *J. Fleming*, «Tort in a Contractual Matrix» (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269, à la p. 270, qui cite *P. Cane*, *Tort Law and Economic Interests* (1991), à la p. 293. Il s’ensuit que la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle ne peut pas être utilisée pour échapper à une clause contractuelle exclusive ou limitative de responsabilité par ailleurs applicable: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

Pour établir dans quelle mesure les obligations prévues par les parties influent sur leur responsabilité délictuelle, il faut dégager de l’ensemble des documents contractuels l’intention des parties en ce qui concerne la question particulière en jeu: *BG Checo*, précité. Ce faisant, il ne faut pas oublier que, généralement, les clauses de limitation ou d’exclusion sont interprétées de façon stricte à l’encontre de la partie qui les invoque: voir, *per ex.*, *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, le juge *Wilson*, à la p. 497.

Les clauses du contrat sur lesquelles s’appuie SJSJL ne traitent pas directement de la responsabilité fondée sur la négligence ni de l’obligation de mise en garde. Bien que l’absence d’une condition excluant expressément la responsabilité délictuelle ne soit pas déterminante, prises dans leur ensemble, les clauses du contrat se rapportent à la constatation des vices et à la responsabilité engagée à ce titre. Elles jouent le rôle d’une «garantie» quant à la fabrication et aux matériaux, comme le mentionne l’article IX. Plus précisément, les clauses 702, 905 et 907, prises ensemble, prévoient que, dans le cas du «matériel imposé par le proprié-

responsibility for installation while BVHB bears the responsibility for defects.

Warranties usually relate to the quality of goods and workmanship and do not relate to warnings about the risks associated with the use of products. In *University of Regina v. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1, a majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed a contractor's argument that a one-year warranty it gave to the owner excluded any liability that it might have in tort. In concluding that a warranty does not necessarily exclude tort liability, Sherstobitoff J.A. stated (at pp. 52-53):

There is nothing in a warranty by itself that suggests that further liability should be excluded. The warranty is a bargain that holds the contractor liable irrespective of negligence for a period of time. A tort claim requires proof of negligence. That it should continue beyond the warranty period does not interfere with the legitimate expectations of the parties as to their contractual relationship.

Without concluding decisively that warranty provisions could never negative a duty to warn, it may be noted that we have been referred to no case in which a warranty like that set out in Articles VII and IX was found to limit tort liability for duty to warn.

This case is distinguishable from *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, where a warranty coupled with a provision excluding liability for "all claims by the Owner" except those under the warranty (p. 1351) was held to exclude recovery for negligence in "the performance of the contract" (pp. 1354-55). First, the wording of clause 702 (obligations "with respect to the Vessel") is narrower than the wording of the contract in *Giffels* ("all claims by the Owner"). Second, the claim in *Giffels* was for damage due to faulty workmanship, which was specifically covered by the warranty clauses. The tort claim constituted an attempt to avoid express

taire», SJSJL est responsable de l'installation tandis que BVHB est responsable des vices.

Les garanties portent habituellement sur la qualité des marchandises et de leur fabrication et non sur les mises en garde concernant les risques liés à leur utilisation. Dans *University of Regina c. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté, à la majorité, l'argument avancé par un entrepreneur selon lequel la garantie d'un an qu'il avait donnée au propriétaire excluait toute responsabilité qu'il pouvait avoir en matière délictuelle. Concluant que la garantie n'exclut pas nécessairement la responsabilité délictuelle, le juge Sherstobitoff a déclaré ce qui suit (aux pp. 52 et 53):

[TRADUCTION] La garantie en elle-même n'implique nullement l'exclusion de toute responsabilité supplémentaire. La garantie est un marché par lequel l'entrepreneur engage sa responsabilité pendant une période donnée, sans égard à la négligence. Dans une action en responsabilité délictuelle il faut prouver la négligence. Que cela se poursuive au-delà de la période de garantie ne frustre pas les attentes légitimes des parties relativement à leurs rapports contractuels.

Sans conclure de façon décisive que les clauses relatives à la garantie ne peuvent jamais écarter l'obligation de mise en garde, il convient de souligner qu'on ne nous a cité aucune affaire dans laquelle on aurait statué qu'une garantie analogue à celle énoncée aux articles VII et IX limitait la responsabilité délictuelle fondée sur l'obligation de mise en garde.

La présente affaire se distingue de l'arrêt *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346, où une garantie, conjuguée à une clause stipulant que «le propriétaire renonce à toute réclamation» autre que celles prévues par la garantie (p. 1351), a été considérée comme excluant l'indemnisation pour négligence dans «l'exécution du contrat» (pp. 1354 et 1355). Premièrement, le texte de la clause 702 (obligations «relatives au navire») est plus limitatif que celui du contrat dans l'arrêt *Giffels* («le propriétaire renonce à toute réclamation»). Deuxièmement, dans *Giffels*, la réclamation portait sur les dommages résultant de vices de construction, qui

30

31



contractual exclusions, something that cannot be done: see *Central Trust, supra*. BVHB's claim against SJSL, by contrast, is not for negligence relating to the choice of, installation of, or defects in, the Thermaclad or other materials, but for failure to warn of the inflammability of Thermaclad. SJSL's duty to warn arose independently of the contract, through its greater knowledge of the inflammability characteristics of Thermaclad: see e.g. *Rivtow, supra*, at pp. 1207 and 1214, and, more generally, *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87.

étaient expressément couverts par les clauses relatives à la garantie. La réclamation en matière délictuelle constituait une tentative en vue d'éluder les exclusions expressément prévues par le contrat, chose qu'il n'est pas possible de faire: voir *Central Trust*, précité. Par contraste, la réclamation de BVHB contre SJSL n'est pas fondée sur la négligence dans le choix du Thermaclad ou d'autres matériaux, leur installation ou des vices dont ils seraient affectés, mais plutôt sur le défaut de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. L'obligation de mise en garde incombant à SJSL a pris naissance indépendamment du contrat et découlait du fait qu'elle était mieux informée des caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad: voir, par ex., *Rivtow*, précité, aux pp. 1207 et 1214, et, plus généralement, *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87.

32

SJSL places special emphasis on the fact that Thermaclad was "owner directed supply". Clause 907, it submits, excludes all liability for owner-directed supply, including liability for breach of duty to warn of the risks associated with the use of a product. I do not read clause 907 as extending to duty to warn. The starting point in construing clause 907 is that it functions to exclude or exempt from liability. As such, it must be narrowly construed. With this in mind, one turns to the wording and context of the clause 907 exemption. The first thing to note is that it falls under Article IX, entitled "Warranties". This suggests, as argued earlier, that the parties intended clause 907 to apply to defects in materials and workmanship. The words of clause 907 are consistent with this interpretation. The words "owner directed supply" connote goods supplied, not damages that might flow from the inappropriate use of a product. The purpose of owner-directed supply clauses in the context of construction contract warranties is to narrow the scope of the warranty for owner-directed materials or "supply". The builder is not responsible for defects in the materials chosen by the owner, only for defective installation. This is fair, since the owner has directed the use of the materials. In this sense, SJSL limited its liability "for the choice of Thermaclad": *per* Cameron J.A., at p. 114. Through its contract, it stated that it would not be

SJSL insiste tout particulièrement sur le fait que le Thermaclad constituait du «matériel imposé par le propriétaire». La clause 907, soutient-elle, exclut toute responsabilité dans le cas du matériel imposé par le propriétaire, y compris la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de mise en garde contre les risques liés à l'utilisation d'un produit. J'estime que la clause 907 ne s'étend pas à l'obligation de mise en garde. Le point de départ de l'interprétation de la clause 907 est qu'elle vise à exclure la responsabilité ou à mettre en œuvre une exemption. Elle doit donc être interprétée de façon stricte. Cela établi, on passe au libellé et au contexte de l'exemption de la clause 907. La première chose qu'il convient de noter est qu'elle figure à l'article IX, intitulé «Garanties». Cela laisse supposer, ainsi qu'il a été avancé précédemment, que les parties entendaient que la clause 907 s'applique aux vices affectant les matériaux et la fabrication. Le libellé de la clause 907 est compatible avec cette interprétation. Les mots «matériel imposé par le propriétaire» suggèrent l'idée de marchandises fournies, non pas de dommages susceptibles de résulter de l'utilisation inadéquate d'un produit. Dans le contexte des garanties prévues par les contrats de construction, les clauses relatives au matériel imposé par le propriétaire ont pour objectif de limiter la portée de la garantie de ces matériaux. Le constructeur n'est pas responsa-

liable for defects in the product supplied. Clause 907, however, does not address the quite different problem of whether, in all the circumstances, SJSL was under a duty to warn BVHB of the fire risks associated with the use of Thermaclad. That duty arose independently of the contract. It is grounded not in the contract but in SJSL's particular knowledge of the inflammability of Thermaclad.

To put it another way, clause 907 addresses defects in products or their installation. If BVHB alleged that the Thermaclad supplied was defective, clause 907 would provide a complete defence. But BVHB does not allege that the Thermaclad supplied was defective. It makes the quite different claim that perfectly sound Thermaclad, properly installed, introduced a risk which SJSL was under a duty to warn it about. To that claim, clause 907 provides no defence.

I conclude that the contractual matrix in which the duty to warn of the inflammability of Thermaclad arose does not negate or "contradict", to use the language of *BG Checo, supra*, that duty. It follows that BVHB was entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn.

C. *Is Raychem Entitled to Rely on the "Learned Intermediary" Defence?*

Raychem argues that if it owed the plaintiff BVHB a duty to warn, it fulfilled that duty by advising the rig builder, SJSL, that the cladding was inflammable and was not flame retardant. Additional testing by Raychem merely confirmed what it told SJSL. Raychem submits that it is enti-

ble des vices des matériaux choisis par le propriétaire, il répond seulement de leur installation. C'est équitable, puisque c'est le propriétaire qui a ordonné l'utilisation des matériaux. En ce sens, SJSL a limité sa responsabilité [TRADUCTION] «quant au choix du Thermaclad»: le juge Cameron, à la p. 114. Par contrat, elle a stipulé qu'elle ne serait pas responsable des vices affectant le produit fourni. Cependant, la clause 907 n'aborde pas la question tout à fait différente de savoir si, dans les circonstances, SJSL avait l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad. Cette obligation a pris naissance indépendamment du contrat. Elle est fondée non pas sur le contrat mais sur les renseignements particuliers que possède SJSL sur l'inflammabilité du Thermaclad.

Autrement dit, la clause 907 porte sur les vices des produits ou de leur installation. Si BVHB soutenait que le Thermaclad fourni était affecté d'un vice, la clause 907 fournirait un moyen de défense complet. Mais ce n'est pas ce qu'affirme BVHB. Elle prétend, ce qui est bien différent, que le Thermaclad, en parfait état et installé correctement, présentait un risque contre lequel SJSL avait l'obligation de la mettre en garde. La clause 907 ne fournit aucun moyen de défense contre cette prétention.

Je conclus que le cadre contractuel dans lequel a pris naissance l'obligation de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad ne supprime pas cette obligation et n'y «déroge» pas, pour reprendre les termes utilisés dans l'arrêt *BG Checo*, précité. Il s'ensuit que BVHB avait le droit de poursuivre SJSL en se fondant sur l'obligation de mise en garde en matière délictuelle.

C. *Raychem a-t-elle le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'«intermédiaire compétent»?*

Raychem soutient que, si elle avait l'obligation de mettre en garde la demanderesse BVHB, elle s'est acquittée de cette obligation en informant SJSL, le constructeur de la plate-forme, que le revêtement était inflammable et n'avait aucune propriété ignifugeante. D'autres essais effectués

33

34

35

bled to rely on the “learned intermediary” defence because SJSL, which was aware of the regulatory requirements, actually had greater knowledge than it about the suitability of Thermaclad, upon which Raychem was entitled to rely. It was up to SJSL, armed as it was with the knowledge of Thermaclad’s inflammability, to take steps to accommodate its proper use or, alternatively, warn BVHB and obtain different instructions. Raychem argues that it is too onerous to expect every supplier of a product used in the construction of a large undertaking such as a drilling rig to advise the ultimate owner. A strict duty to warn should apply only when the product is intended for direct use by the public. Raychem submits that since the Thermaclad was sold to an experienced shipbuilder, not the public, and there was no knowledge imbalance between SJSL and Raychem with respect to the performance of the product, it discharged any duty that it had to warn BVHB by warning SJSL, which was in the position of “learned intermediary” *vis-à-vis* Raychem and BVHB.

par Raychem sont simplement venus confirmer ce qu’elle avait dit à SJSL. Raychem prétend qu’elle a le droit d’invoquer le moyen de défense fondé sur «l’intermédiaire compétent» parce que SJSL, au fait des exigences réglementaires, en connaissait davantage sur la convenance du Thermaclad et qu’elle était fondée à s’appuyer sur cette connaissance. C’est à SJSL, qui était au courant de l’inflammabilité du Thermaclad, qu’il appartenait soit de prendre les mesures nécessaires pour bien l’utiliser, soit de mettre BVHB en garde et d’obtenir des instructions différentes. Raychem affirme que c’est trop exiger du fournisseur d’un produit utilisé dans la construction d’un grand ouvrage comme une plate-forme de forage que de s’attendre à ce qu’il informe le propriétaire final. L’obligation de mise en garde ne devrait être appliquée de façon stricte que dans les cas où le produit est destiné à être utilisé directement par le public. Raychem soutient que, comme le Thermaclad était vendu à un constructeur naval expérimenté et non au public, et qu’il n’existait aucun déséquilibre informationnel entre SJSL et Raychem au sujet de la tenue du produit, elle s’est acquittée de toute obligation de mise en garde qu’elle avait envers BVHB en prévenant SJSL, qui était un «intermédiaire compétent» vis-à-vis de Raychem et de BVHB.

36

In my view, the facts of this case do not fall within the learned intermediary defence. This Court has left open the possibility that a manufacturer might discharge its duty to warn by warning an intermediary: *Hollis, supra*, at p. 659. However, La Forest J., for the majority, made it clear that the rule was an exception to the general rule requiring manufacturers to provide a warning to the ultimate consumers of their product. The exception will generally only apply either where the product is highly technical and is to be used with expert supervision, or where the nature of the product is such that it is unrealistic for the consumer to receive a warning directly from the manufacturer. La Forest J. stated that since the rule operates to discharge the manufacturer’s duty to the ultimate consumer, the intermediary must be “learned” in the sense that its knowledge of the product and its

À mon avis, les faits de l’espèce ne permettent pas d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’intermédiaire compétent. Notre Cour n’a pas écarté la possibilité qu’un fabricant s’acquitte de son obligation de mise en garde en prévenant un intermédiaire: *Hollis*, précité, à la p. 659. Cependant, s’exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest a clairement indiqué que la règle constituait une exception à la règle générale voulant que les fabricants mettent le consommateur final en garde contre les dangers que présentent leurs produits. En général, cette exception s’appliquera seulement si le produit a une forte teneur technique et est destiné à être utilisé sous la surveillance d’un expert, ou si la nature du produit est telle qu’il n’est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant. Le juge La Forest a dit que, comme la règle a pour

risks is essentially the same as that of the manufacturer.

Thermaclad was not a highly technical product, nor did its use and application require expert supervision. Nor was it unrealistic to expect Raychem to have warned BVHB, the ultimate consumer, directly. There was direct contact between BVHB and Raychem, independent of SJSL. Raychem actively sought the business of BVHB, and the trial judge found that the Thermaclad was owner-directed supply. In these circumstances Raychem had both the opportunity and the duty to warn BVHB directly. I conclude that Raychem's duty to warn the plaintiffs was not discharged through its communications with SJSL.

*D. Is Causation Established?*

SJSL submits that if BVHB's knowledge did not negate SJSL's duty to warn, it establishes that the failure to warn did not cause the loss. BVHB, it argues, did not prove that it would have acted differently had it been aware of Thermaclad's true characteristics. BVHB continued to operate the rig without a functioning GFCB system, knowing that the Thermaclad could burn and that there was risk of explosion from arcing. In response, BVHB argues, first, that it is not required to prove that it would have behaved differently had it been warned, and second, that the evidence supports its claim that it would have taken steps to address the risk had it been properly warned.

I am satisfied that causation is established, on either a subjective or an objective standard. There is evidence that had BVHB been aware of Thermaclad's specific inflammability characteris-

effet de permettre au fabricant de s'acquitter de son obligation de mise en garde envers le consommateur final, l'intermédiaire doit être «compétent» en ce sens que sa connaissance du produit et des risques que celui-ci présente doit être essentiellement la même que celle qu'a le fabricant.

Le Thermaclad n'était pas un produit à forte teneur technique, et son utilisation et son application n'exigeaient pas la surveillance d'un expert. Il n'était pas non plus irréaliste de s'attendre à ce que Raychem prévienne directement BVHB, le consommateur final. Il y a eu des contacts directs entre BVHB et Raychem, indépendants de SJSL. Raychem cherchait activement à faire affaires avec BVHB, et le juge de première instance a conclu que le Thermaclad était du matériel imposé par le propriétaire. Dans ces circonstances, Raychem avait à la fois la possibilité et l'obligation de mettre BVHB en garde directement. Je conclus que Raychem ne s'est pas acquittée de son obligation de mise en garde envers les demanderesse dans le cadre de ses communications avec SJSL.

*D. A-t-on prouvé l'existence d'un lien de causalité?*

SJSL prétend que, si les connaissances de BVHB ne l'ont pas déchargée de l'obligation de mettre en garde cette dernière, elles établissent que le non-respect de cette obligation n'a pas causé la perte. Selon elle, BVHB n'a pas prouvé qu'elle aurait agi différemment si elle avait connu les véritables caractéristiques du Thermaclad. BVHB a continué d'exploiter la plate-forme sans un système DFT efficace, tout en sachant que le Thermaclad pouvait brûler et qu'il y avait un risque d'explosion en cas d'arcs électriques. En réponse, BVHB soutient, premièrement, qu'elle n'a pas à prouver qu'elle se serait comportée différemment si elle avait été mise en garde et, deuxièmement, que la preuve étaye sa prétention selon laquelle elle aurait pris des mesures pour se protéger du risque si elle avait été mise en garde convenablement.

Je suis convaincue que le lien de causalité est établi selon une norme subjective ou une norme objective. Il ressort de la preuve que si BVHB avait été au courant des caractéristiques particu-

37

38

39

tics, it would not have been used, or alternatively, that BVHB would have taken additional steps to compensate for its inflammability. BVHB, in accordance with applicable standards, would not have permitted inflammable materials to be used without careful consideration and investigation into the availability of nonflammable alternatives. I conclude that a reasonable plaintiff or BVHB itself would have either declined to use Thermaclad or taken steps to deal with its inflammability had it been warned. This suffices to meet the argument that the loss was not caused by the defendants' breach of their duty to warn.

*E. How Should Fault Be Allocated Between SJSL and Raychem?*

40 The next question is how fault should be allocated between SJSL and Raychem. The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, apportioned liability equally. SJSL submits that the relative fault of itself and Raychem should have been reapportioned in light of the Court of Appeal's finding that SJSL's failure to provide certificates of approval was not negligent. It argues that Raychem's knowledge of Thermaclad's characteristics was much higher and that Raychem should therefore bear a correspondingly higher degree of fault.

41 There was ample evidence before the trial judge to support his conclusion that the relative fault of Raychem and SJSL was equivalent. Both defendants had a greater degree of knowledge of the risks inherent in the use of Thermaclad than did BVHB. Neither of the defendants communicated or attempted to communicate their knowledge to BVHB. Although SJSL might have had less knowledge of the specific characteristics of Thermaclad, its knowledge of the general regulatory requirements was arguably greater, and it had greater contact with BVHB. I would not interfere with the equal apportionment of fault.

lières d'inflammabilité du Thermaclad, elle aurait pris des mesures supplémentaires pour neutraliser l'inflammabilité. Conformément aux normes applicables, BVHB n'aurait pas permis l'utilisation de matériaux inflammables sans enquêter soigneusement sur l'existence de matériaux de rechange ininflammables. Je conclus que si un demandeur raisonnable ou BVHB elle-même avait été mis en garde, il aurait soit refusé d'utiliser le Thermaclad ou soit pris des mesures concernant l'inflammabilité de ce produit. Cela suffit pour répondre à l'argument selon lequel la perte n'a pas été causée par le manquement des défenderesses à leur obligation de mise en garde.

*E. Comment faudrait-il répartir la responsabilité entre SJSL et Raychem?*

La question suivante est celle de savoir comment la faute devrait être répartie entre SJSL et Raychem. Le juge de première instance a partagé la responsabilité de façon égale, et sa décision a été confirmée en Cour d'appel. SJSL prétend que le partage de la faute entre elle-même et Raychem aurait dû être modifié à la lumière de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'omission de SJSL de fournir des certificats d'approbation ne constituait pas une négligence. Elle fait valoir que Raychem était davantage au fait des caractéristiques du Thermaclad et qu'elle devrait en conséquence supporter un degré plus élevé de faute.

Il y avait amplement d'éléments de preuve devant le juge de première instance pour étayer sa conclusion que les fautes relatives de Raychem et de SJSL étaient équivalentes. Les deux défenderesses en savaient plus sur les risques inhérents à l'utilisation du Thermaclad que BVHB. Ni l'une ni l'autre des défenderesses n'ont communiqué ni tenté de communiquer leurs connaissances à BVHB. Même si SJSL en savait peut-être moins sur les caractéristiques particulières du Thermaclad, elle avait plus de contacts avec BVHB et il est possible de prétendre qu'elle connaissait mieux les exigences réglementaires générales. Je suis d'avis de ne pas modifier la répartition de la faute en parts égales.

F. *Did SJSL and Raychem Owe BVI and HOOL a Duty to Warn? (Recovery of Contractual Relational Economic Loss)*

(1) The Law

The plaintiffs HOOL and BVI had contracts with BVHB for the use of the rig owned by BVHB. They seek damages for economic loss incurred as a result of the shutdown of the drilling rig during the period it was being repaired. In other words, the plaintiffs HOOL and BVI seek to recover the economic loss they suffered as a result of damage to the property of a third party. This sort of loss is often called “contractual relational economic loss”. The issue is whether the loss suffered by HOOL and BVI is recoverable.

The issue arises because common law courts have traditionally regarded many types of contractual relational economic loss as irrecoverable. The reasons for this were summarized by this Court, *per* Major J., in *D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071. First, economic interests have customarily been seen by the common law courts as less worthy of protection than either bodily security or property. Second, relational economic loss presents the spectre of “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”: *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444, *per* Cardozo C.J. Third, it may be more efficient to place the burden of economic loss on the victim, who may be better placed to anticipate and insure its risk. Fourth, confining economic claims to contract discourages a multiplicity of lawsuits.

F. *SJSL et Raychem avaient-elles l’obligation de mettre en garde HOOL et BVI? (Indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat)*

(1) Le droit

Les demandresses HOOL et BVI avaient passé des contrats avec BVHB pour l’utilisation de la plate-forme lui appartenant. Elles réclament des dommages-intérêts pour la perte économique subie à la suite de l’arrêt d’exploitation de la plate-forme de forage pendant les réparations. Autrement dit, les demandresses HOOL et BVI demandent à être indemnisées de la perte économique qu’elles ont subie à la suite des dommages causés au bien d’un tiers. Cette sorte de perte est souvent désignée sous le nom de «perte économique relationnelle découlant d’un contrat». Il s’agit de savoir si la perte subie par HOOL et BVI peut donner lieu à indemnisation.

La question se pose parce que les tribunaux de common law ont traditionnellement considéré que plusieurs types de perte économique relationnelle découlant d’un contrat ne donnaient pas lieu à indemnisation. Les raisons invoquées ont été résumées par le juge Major, au nom de la Cour, dans l’arrêt *D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071. Premièrement, les tribunaux de common law ont généralement considéré que les intérêts économiques ne méritaient pas la même protection que l’intégrité du corps humain ou les biens. Deuxièmement, la perte économique relationnelle fait apparaître le spectre d’une [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé, pendant un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée»: *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, le juge en chef Cardozo. Troisièmement, il est peut-être plus efficace de faire assumer le fardeau d’une perte économique par la victime, qui est peut-être mieux placée pour prévoir ce risque et se prémunir contre lui en souscrivant une assurance. Quatrièmement, le fait de limiter les réclamations de nature économique au domaine contractuel décourage la multiplication des poursuites.

42

43

44

In England the situation is clear — no relational economic loss can ever be recovered: *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.). Although *Murphy* concerned the liability of a public authority for approval of a negligently constructed building, not relational economic loss, the House of Lords stipulated that pure economic loss is recoverable only where there is actual physical damage to property of the plaintiff, thus excluding recovery for relational economic loss. In the civil law jurisdictions of Quebec and France, by contrast, the law does not distinguish between loss arising from damage of one's own property and loss arising from damage to the property of another. If civil law judges restrict recovery, it is not as a matter of law, but on the basis of the facts and causal connection. The law in the common law provinces of Canada falls somewhere between these two extremes. While treating recovery in tort of contractual relational economic loss as exceptional, it is accepted in Canadian jurisprudence that there may be cases where it may be recovered.

En Angleterre, la situation est claire — la perte économique relationnelle ne peut jamais donner lieu à indemnisation: *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.). Même si l'arrêt *Murphy* concernait la responsabilité d'un organisme public relativement à l'approbation d'un édifice construit avec négligence, et non une perte économique relationnelle, la Chambre des lords a jugé qu'une perte purement économique ne donnait lieu à indemnisation que dans les cas où des dommages matériels avaient été causés aux biens du demandeur, ce qui a pour effet d'exclure l'indemnisation de la perte économique relationnelle. Dans les systèmes de droit civil du Québec et de la France, par contraste, le droit ne fait pas de distinction entre la perte découlant des dommages causés aux biens d'une personne et la perte découlant des dommages causés aux biens d'autrui. Si les juges appliquant le droit civil restreignent l'indemnisation, ce n'est pas parce que le droit les y oblige mais parce que les faits et le lien de causalité le justifient. Dans les provinces de common law du Canada, le droit se situe entre ces deux extrêmes. Quoique l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat soit exceptionnelle en matière délictuelle, il est accepté, dans la jurisprudence canadienne, qu'il peut y avoir des cas où cette perte donne lieu à indemnisation.

45

The foregoing suggests the need for a rule to distinguish between cases where contractual relational economic loss can be recovered and cases where it cannot be recovered. Such a rule, as I wrote in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, should be morally and economically defensible and provide a logical basis upon which individuals can predicate their conduct and courts can decide future cases (p. 1147). Although this Court attempted to formulate such a rule in *Norsk*, a split decision prevented the emergence of a clear rule. Given the commercial importance of the issue, it is

Ce qui précède fait ressortir la nécessité d'énoncer une règle permettant de faire la distinction entre les cas où la perte économique relationnelle découlant d'un contrat peut donner lieu à indemnisation et les cas où elle ne le peut pas. Une telle règle, ainsi que je l'ai dit dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, devrait être défendable sur les plans moral et économique et fournir un principe logique sur lequel les individus pourraient fonder leur conduite et à partir duquel les tribunaux pourraient trancher les affaires subséquentes (p. 1147). Bien que notre Cour ait essayé d'énoncer une telle règle dans l'arrêt *Norsk*, une décision partagée a empêché l'émergence d'une règle claire. Vu l'importance de la question sur le plan commercial, il est important d'établir cette

important that the rule be settled. It is therefore necessary for this Court to revisit the issue.

The differences between the reasons of La Forest J. and myself in *Norsk* are of two orders: difference in result and difference in methodology. The difference in result, taken at its narrowest, is a difference in the definition of what constitutes a “joint venture” for the purposes of determining whether recovery for contractual relational economic loss should be allowed. We both agreed that if the plaintiff is in a joint venture with the person whose property is damaged, the plaintiff may claim consequential economic loss related to that property. We parted company because La Forest J. took a stricter view of what constituted a joint venture than I did.

The difference in methodology is not, on close analysis, as great as might be supposed. Broadly put, La Forest J. started from a general exclusionary rule and proceeded to articulate exceptions to that rule where recovery would be permitted. I, by contrast, stressed the two-step test for when recovery would be available, based on the general principles of recovery in tort as set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2: (1) whether the relationship between the plaintiff and defendant was sufficiently proximate to give rise to a *prima facie* duty of care; and (2) whether, if such a *prima facie* duty existed, it was negated for policy reasons and recovery should be denied.

Despite this difference in approach, La Forest J. and I agreed on several important propositions: (1) relational economic loss is recoverable only in special circumstances where the appropriate conditions are met; (2) these circumstances can be defined by reference to categories, which will make the law generally predictable; (3) the categories are not closed. La Forest J. identified the cate-

gègle. Il y a donc lieu pour notre Cour de revoir la question.

Les différences entre les motifs du juge La Forest et les miens dans l’arrêt *Norsk* sont de deux ordres: une différence quant au résultat et une différence quant à la méthodologie. La différence quant au résultat, prise au sens le plus strict, tient à la définition de l’expression «entreprise conjointe» aux fins de déterminer s’il y a lieu d’accorder une indemnisation pour la perte économique relationnelle découlant d’un contrat. Nous étions tous deux d’accord pour dire que, si le demandeur participe à une entreprise conjointe avec la personne dont le bien a été endommagé, il peut réclamer la perte économique indirecte qui se rapporte à ce bien. Cependant, nous nous sommes trouvés en désaccord parce que le juge La Forest a adopté une conception de l’entreprise conjointe plus stricte que la mienne.

Quand on y regarde de près, la différence quant à la méthodologie n’est pas aussi grande qu’on pourrait le supposer. Généralement parlant, le juge La Forest a posé au départ une règle générale d’exclusion et a ensuite énoncé des cas d’exceptions dans lesquels l’indemnisation est permise. Par contraste, pour déterminer les cas d’ouverture à indemnisation, j’ai mis l’accent sur un critère à deux volets fondé sur les principes généraux d’indemnisation en matière délictuelle qui ont été énoncés dans les arrêts *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2: (1) Le lien entre le demandeur et le défendeur était-il suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie*? (2) Si cette obligation existait, était-elle écartée pour des raisons de principe et fallait-il refuser l’indemnisation?

Malgré cette différence d’approche, le juge La Forest et moi-même étions d’accord sur plusieurs points importants: (1) la perte économique relationnelle ne donne lieu à indemnisation que dans des circonstances spéciales lorsque sont réunies les conditions requises; (2) ces circonstances peuvent être définies par référence à des catégories, qui rendront le droit généralement prévisible;

46

47

48



gories of recovery of relational economic loss defined to date as: (1) cases where the claimant has a possessory or proprietary interest in the damaged property; (2) general average cases; and (3) cases where the relationship between the claimant and property owner constitutes a joint venture.

49 The case at bar does not fall into any of the above three categories. The plaintiffs here had no possessory or proprietary interest in the rig and the case is not one of general averaging. While related contractually, the Court of Appeal correctly held that the plaintiff and the property owner cannot, on any view of the term, be viewed as joint venturers.

50 However, that is not the end of the matter. The categories of recoverable contractual relational economic loss in tort are not closed. Where a case does not fall within a recognized category the court may go on to consider whether the situation is one where the right to recover contractual relational economic loss should nevertheless be recognized. This is in accordance with *Norsk*, per La Forest J., at p. 1134:

Thus I do not say that the right to recovery in all cases of contractual relational economic loss depends exclusively on the terms of the contract. Rather, I note that such is the tenor of the exclusionary rule and that departures from that rule should be justified on defensible policy grounds. [Emphasis added.]

More particularly, La Forest J. suggested that the general rule against recovery for policy-based reasons might be relaxed where the deterrent effect of potential liability to the property owner is low, or, despite a degree of indeterminate liability, where the claimant's opportunity to allocate the risk by contract is slight, either because of the type of transaction or an inequality of bargaining power. I agreed with La Forest J. that policy considerations relating to increased costs of processing claims

(3) ces catégories ne sont pas limitatives. Le juge La Forest a désigné les catégories d'indemnisation de perte économique relationnelle qui ont été définies à ce jour comme étant: (1) les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien endommagé; (2) les cas d'avarie commune; (3) les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise conjointe.

Le présent cas n'entre dans aucune des trois catégories susmentionnées. En l'espèce, les demanderessees n'avaient aucun droit de possession ou de propriété sur la plate-forme et il ne s'agit pas d'une affaire d'avarie commune. La Cour d'appel a conclu à juste titre que, même s'il existait un lien contractuel entre la demanderesse et le propriétaire du bien, il ne pouvait en aucun sens du terme être considéré comme une entreprise conjointe à laquelle ils auraient participé.

Cependant, cela ne clôt pas la question. Les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation en matière délictuelle ne sont pas limitatives. Lorsqu'une affaire n'entre pas dans une catégorie reconnue, le tribunal peut se demander s'il s'agit d'une situation où le droit d'être indemnisé d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat devrait néanmoins être reconnu. Cela concorde avec les propos suivants du juge La Forest, dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1134:

Ainsi, je ne dis pas que le droit à l'indemnisation, dans tous les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dépend exclusivement des modalités du contrat. Je ferai plutôt remarquer que tel est le sens de la règle d'exclusion et que les dérogations à cette règle devraient se justifier par des raisons de principe défendables. [Je souligne.]

De façon plus particulière, le juge La Forest a suggéré l'assouplissement de la règle générale faisant obstacle à l'indemnisation pour des raisons de principe lorsque l'effet dissuasif d'une responsabilité potentielle envers le propriétaire du bien est faible ou, malgré l'existence d'un degré de responsabilité indéterminée, lorsque la possibilité pour le demandeur de répartir contractuellement le risque est réduite, en raison soit du type d'opération en cause soit de l'inégalité du pouvoir de négociation.

and contractual allocation of the risk are important (p. 1164). I concluded that the test for recovery “should be flexible enough to meet the complexities of commercial reality and to permit the recognition of new situations in which liability ought, in justice, to lie as such situations arise” (p. 1166). It thus appears that new categories of recoverable contractual relational economic loss may be recognized where justified by policy considerations and required by justice. At the same time, courts should not assiduously seek new categories; what is required is a clear rule predicting when recovery is available.

More recently, in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, this Court described the general approach that should be followed in determining when tort recovery for economic loss is appropriate. The plaintiffs in that case were shareholders in a company, Hercules Managements Ltd. The auditors for the company allegedly failed to disclose in their annual audits matters detrimental to the company. The company failed and the plaintiffs suffered financial loss. The plaintiff shareholders sued the auditors. The first issue was whether the plaintiffs’ action against the auditors could be maintained in law. Although styled as an action for negligent misrepresentation, the plaintiffs’ claim was treated as a case of relational economic loss owing to the fact that the services were performed pursuant to a contract with the company. The primary loser was the company, which had contracted with the auditors. The plaintiffs’ loss was derivative of, or relational to, the company’s loss. The defendant auditors asserted that their only duty was to the company with which they had contracted. They argued that no relational tort duty to third parties lay in the circumstances. To affirm such a duty, they maintained, would be contrary to the policy considerations that had led courts in the past to deny recovery for relational economic loss. The Court,

J’ai convenu avec le juge La Forest de l’importance des considérations de principe relatives à l’accroissement des coûts de règlement des demandes et à la répartition contractuelle du risque (p. 1164). J’ai conclu que le critère applicable à l’indemnisation «devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la complexité des affaires et permettre la reconnaissance de nouvelles situations où, en toute justice, une responsabilité devrait être imposée, quand de telles situations se présentent» (p. 1166). Il paraît donc possible de reconnaître de nouvelles catégories de pertes économiques relationnelles découlant d’un contrat susceptibles d’indemnisation lorsqu’elles s’appuient sur des considérations de principe et que la justice commande de le faire. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas chercher assidûment de nouvelles catégories; ce qu’il faut, c’est une règle claire, permettant de prédire les cas donnant ouverture à indemnisation.

Plus récemment, dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, notre Cour a décrit la méthode générale devant être suivie pour déterminer quand l’indemnisation d’une perte économique est appropriée en matière délictuelle. Dans cette affaire, les demandeurs étaient actionnaires d’une société, Hercules Managements Ltd. On reprochait aux vérificateurs de la société d’avoir omis de divulguer dans leur rapport annuel certains faits défavorables à la société. Celle-ci a fait faillite et les demandeurs ont subi une perte financière. Les actionnaires demandeurs ont poursuivi les vérificateurs. La première question était de savoir si l’action des demandeurs contre les vérificateurs pouvait être maintenue en droit. Même si elle avait été présentée comme une action pour déclaration inexacte faite par négligence, l’action des demandeurs a été traitée comme une affaire de perte économique relationnelle étant donné que les services avaient été rendus conformément à un contrat passé avec la société. La principale perdante était la société, qui avait conclu un contrat avec les vérificateurs. La perte des demandeurs dérivait de la perte de la société, elle avait un caractère relationnel. Les vérificateurs défendeurs ont prétendu n’avoir d’obligation qu’envers la société avec laquelle ils avaient passé le contrat. Ils ont plaidé qu’il n’exis-

*per La Forest J.*, unanimously held that the shareholders had no cause of action against the auditors.

tait en matière délictuelle aucune obligation relationnelle envers des tiers dans les circonstances. Ils ont soutenu que confirmer l'existence d'une telle obligation irait à l'encontre des considérations de principe qui, par le passé, avaient amené les tribunaux à refuser l'indemnisation dans les cas de pertes économiques relationnelles. La Cour, dans des motifs exposés par le juge La Forest, a conclu à l'unanimité que les actionnaires n'avaient aucune cause d'action contre les vérificateurs.

52 La Forest J. set out the methodology that courts should follow in determining whether a tort action lies for relational economic loss. He held that the two-part methodology of *Anns, supra*, adopted by this Court in *Kamloops, supra*, should be followed: (1) whether a *prima facie* duty of care is owed; and (2) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations. In applying the second step, La Forest J. wrote that while policy considerations will sometimes result in the *prima facie* duty being negated, in certain categories of cases such considerations may give way to other overriding policy considerations.

Le juge La Forest a énoncé la méthode que les tribunaux doivent suivre pour déterminer si une action en responsabilité délictuelle peut être intentée en cas de perte économique relationnelle. Il a statué que la méthode à deux volets proposée dans l'arrêt *Anns*, précité, et adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops*, précité, devait être suivie: (1) Existe-t-il à une obligation de diligence *prima facie*? (2) Si oui, cette obligation est-elle annihilée ou limitée par des considérations de principe? En appliquant le second volet, le juge La Forest a écrit que, quoique des considérations de principe puissent parfois annihiler l'obligation *prima facie*, dans certains genres d'affaires il est possible que ces considérations cèdent le pas à d'autres considérations de principe impérieuses.

53 La Forest J. held that the existence of a relationship of "neighbourhood" or "proximity" distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. The term "proximity" is a label expressing the fact of a relationship of neighbourhood sufficient to attract a *prima facie* legal duty. Whether the duty arises depends on the nature of the case and its facts. Policy concerns are best dealt with under the second branch of the test. Criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized as policy-based ways by which to curtail indeterminate or inappropriate recovery.

Le juge La Forest a conclu que l'existence d'un «lien étroit» permet de distinguer les cas où le défendeur a envers le demandeur une obligation de diligence *prima facie* de ceux où il n'existe aucune obligation de cette nature. L'expression «lien étroit» exprime le fait qu'il existe un rapport suffisamment étroit pour créer une obligation légale *prima facie*. L'existence de l'obligation dépend de la nature de l'affaire et des faits. Quant aux considérations de principe, il vaut mieux les examiner dans le cadre du deuxième volet du critère. Les critères qui ont servi dans d'autres affaires à définir le critère juridique permettant de déterminer s'il existe une obligation de diligence peuvent maintenant être reconnus comme un moyen — fondé sur des principes — de limiter les cas d'indemnisation inappropriée ou de responsabilité indéterminée.

54 Following this analysis, La Forest J. concluded that the first branch of the *Anns* test was satisfied and the defendant auditors owed a *prima facie* duty

Après cette analyse, le juge La Forest a conclu qu'on avait satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et que les vérificateurs

of care to the plaintiffs. First, the possibility that the plaintiffs would rely on the audited statements prepared for the company was reasonably foreseeable. Second, the relationship between the parties and nature of the statements themselves made the plaintiffs' reliance reasonable.

Policy considerations under the second branch of the test, however, negated a duty of care. La Forest J. began by noting that while policy concerns surrounding indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care in many auditors' negligence cases, there may be particular situations where such concerns do not inhere. The specific factual matrix of a given case may bring it within a category which, for policy reasons, is identified as an exception to the exclusionary rule; considerations of proximity may militate in favour of finding a *prima facie* duty of care at the first stage, and the policy considerations which usually negate it may be absent. In such cases, liability would appropriately lie. The main policy consideration at stake in *Hercules* was the spectre of indeterminate liability. Not everyone who picks up a financial statement and relies on it can sue for financial loss incurred as a result of reliance on the statement. Only persons that the makers of the statement can reasonably be expected to have foreseen relying on the statements can sue, and then only for uses that the auditors could reasonably have foreseen. The question thus became whether the plaintiffs had used the statements for the purpose for which they had been prepared. The Court held they had not. The statements had been prepared for the purpose of permitting the shareholders to collectively oversee the management of the company, not for the purpose of assisting individual shareholders in investment decisions. The policy considerations surrounding indeterminate lia-

défendeurs avaient une obligation de diligence *prima facie* envers les demandeurs. Premièrement, il était raisonnablement prévisible que les demandeurs se fieraient aux états vérifiés préparés pour la société. Deuxièmement, vu le lien existant entre les parties et la nature des états vérifiés eux-mêmes, il était raisonnable que les demandeurs se fient à ces états.

Cependant, les considérations de principe examinées dans le cadre du deuxième volet du critère annihilèrent l'obligation de diligence. Le juge La Forest a d'abord souligné que, même si dans beaucoup d'affaires de négligence visant des vérificateurs, des considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée ont pour effet d'annihiler l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, il peut y avoir des cas particuliers où de telles considérations ne jouent pas. Il est possible que les faits particuliers d'une affaire la fassent entrer dans une catégorie qui, pour des raisons de principe, est considérée comme une exception à la règle d'exclusion; il se peut que des considérations touchant l'existence d'un lien étroit incitent à conclure, à la première étape, à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, et que les considérations de principe qui écartent habituellement cette obligation soient absentes. Dans de tels cas, la responsabilité serait à juste titre retenue. La principale considération de principe en jeu dans l'arrêt *Hercules* était le spectre de la responsabilité indéterminée. Tous ceux qui consultent des états financiers et s'y fient ne peuvent intenter des poursuites pour les pertes financières qu'ils subissent parce qu'ils se sont fiés à ces états. Seules les personnes dont on peut raisonnablement s'attendre que les auteurs des états financiers avaient prévu qu'elles se fieraient aux états financiers peuvent poursuivre et seulement pour les fins que les vérificateurs avaient pu raisonnablement prévoir. La question qui se posait alors était de savoir si les demandeurs s'étaient servis des états financiers aux fins pour lesquelles ils avaient été préparés. La Cour a jugé que non. Les états financiers avaient été préparés afin de permettre aux actionnaires de surveiller collectivement la gestion de la société et non pas afin d'aider chaque actionnaire à prendre des décisions en matière de place-

bility accordingly inhered, negating the *prima facie* duty of care.

56 The same approach may be applied to the contractual relational economic loss at stake in the case at bar. The first step is to inquire whether the relationship of neighbourhood or proximity necessary to found a *prima facie* duty of care is present. If so, one moves to the second step of inquiring whether the policy concerns that usually preclude recovery of contractual relational economic loss, such as indeterminacy, are overridden.

(2) Application of the Law

57 Before applying the law set out above to the facts of this case, a preliminary point arises: is the loss claimed by the plaintiffs contractual relational economic loss at all? The plaintiffs argue that the loss they claim against the defendants is really loss transferred from BVHB, the rig owner. The plaintiffs argue that they were in a “common venture” (as distinguished from a joint venture) with BVHB, which resulted in BVHB’s losses being transferred to them. Therefore, they argue, they should be able to claim the losses as though they stand in the shoes of BVHB. BVHB could have claimed consequential losses for loss of use of the drilling rig; so then, on this theory, can HOOL and BVI.

58 This argument suffers from a number of difficulties. First, insofar as courts have recognized transferred loss, it has been confined to physical damage: *Norsk, supra*. Applied to relational economic loss, it would need to meet the criteria for recovery of that category of loss, and hence would seem not to advance the plaintiffs’ case. Second, the plaintiffs claim not only for loss of use of the drilling

ments. Par conséquent, les considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée entraient en jeu, annihilant l’obligation de diligence *prima facie*.

La même méthode peut être appliquée à la perte économique relationnelle découlant d’un contrat dont il est question dans la présente affaire. La première étape consiste à statuer sur la présence ou l’absence du lien étroit nécessaire pour conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. Dans l’affirmative, on passe alors à la seconde étape, qui consiste à se demander si les considérations de principe qui font habituellement obstacle à l’indemnisation en cas de perte économique relationnelle découlant d’un contrat, par ex. l’indétermination, sont supplantées.

(2) L’application du droit

Avant d’appliquer les règles de droit énoncées précédemment aux faits de l’espèce, il faut répondre à une question préliminaire: est-ce que la perte dont les demanderesse veulent être indemnisées est vraiment une perte économique relationnelle découlant d’un contrat? Les demanderesse soutiennent que la perte pour laquelle elles réclament une indemnité aux défenderesses est en fait une perte transférée de BVHB, le propriétaire de la plate-forme. Elles plaident qu’elles participaient à une «entreprise commune» (par opposition à une entreprise conjointe) avec BVHB, et que de ce fait les pertes de BVHB leur ont été transférées. En conséquence, affirment-elles, elles devraient pouvoir demander à être indemnisées des pertes comme si elles étaient BVHB. Celle-ci aurait pu demander à être dédommagée des pertes indirectes subies en raison de la perte de l’usage de la plate-forme de forage; par conséquent, selon cette théorie, HOOL et BVI le peuvent également.

Cet argument se heurte à un certain nombre de problèmes. Premièrement, dans la mesure où les tribunaux ont reconnu la notion de perte transférée, elle a été limitée au préjudice physique: *Norsk*, précité. Appliquée à la perte économique relationnelle, elle devrait satisfaire aux critères relatifs à l’indemnisation pour cette catégorie de perte et, par conséquent, elle ne semble d’aucun secours

rig, but for losses related to unavoidable expenses they incurred for other supplies, including food, drilling mud and additional equipment. It is more difficult to see how these losses, based entirely on contracts between the plaintiffs and others, independent of BVHB, can be said to be transferred from BVHB. Third, there is nothing to show that the day rates paid by HOOL and BVI while the rig was idle are identical to what BVHB's consequential losses would have been. Finally, what does one do about the contributory negligence of BVHB? Given that BVHB is 60 percent at fault, under the transferred loss theory would the plaintiffs be able to recover only 40 percent of their claim? These difficulties suggest that the plaintiffs' loss is not the transferred loss of BVHB, the owner of the damaged rig. It is contractual relational economic loss, and should be treated as such.

I return to the question of whether, on the approach articulated in *Hercules*, *supra*, the plaintiffs' claim for contractual relational economic loss is actionable. The Newfoundland Court of Appeal, without the benefit of *Hercules*, essentially followed the two-step process outlined in that case. It held that the defendants owed a *prima facie* duty of care to BVI and HOOL. The duty arose because BVI and HOOL's economic interests could foreseeably have been affected by a failure to warn BVHB of the danger of fire resulting from the use of products supplied by the defendants. The Court of Appeal went on to hold that there should be no recovery for other reasons. It held that it would be totally impractical to warn every person who could foreseeably suffer economic loss arising from the shutdown of the drilling rig. If there was a duty to warn BVI and HOOL, then there would also be a duty to warn other potential investors in the project, such as Mobil Oil Canada Ltd. and Petro

aux demandereses. Deuxièmement, ces dernières demandent non seulement à être indemnisées de la perte d'usage de la plate-forme de forage, mais également des pertes relatives aux dépenses inévitables qu'elles ont exposées pour d'autres approvisionnements, y compris la nourriture, la boue de forage et le matériel supplémentaire. Il est plus difficile de voir comment ces pertes, fondées entièrement sur des contrats passés entre les demandereses et d'autres sociétés, indépendantes de BVHB, peuvent être considérées comme des pertes transférées de BVHB. Troisièmement, rien ne prouve que les taux journaliers payés par HOOL et BVI pendant que la plate-forme ne servait pas correspondent aux pertes indirectes qu'aurait essuyées BVHB. Enfin, que fait-on au sujet de la négligence contributive de BVHB? Étant donné que BVHB est fautive dans une proportion de 60 pour 100, est-ce que, selon la théorie de la perte transférée, les demandereses ne peuvent être indemnisées que de 40 pour 100 seulement de leur réclamation? Ces problèmes tendent à indiquer que la perte des demandereses n'est pas la perte transférée de BVHB, le propriétaire de la plate-forme endommagée, mais plutôt une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, et elle devrait être traitée comme telle.

Je reviens à la question de savoir si, suivant l'approche énoncée dans l'arrêt *Hercules*, précité, la réclamation des demandereses pour perte économique relationnelle découlant d'un contrat donne ouverture à action. La Cour d'appel de Terre-Neuve, avant le prononcé de l'arrêt *Hercules*, a suivi essentiellement la démarche en deux étapes exposée dans cette affaire. Elle a conclu que les défenderesses avaient une obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL. Cette obligation a pris naissance en raison du fait qu'il était possible de prévoir que les intérêts financiers de BVI et de HOOL puissent être affectés si BVHB n'était pas mise en garde contre le danger d'incendie découlant de l'utilisation des produits fournis par les défenderesses. La Cour d'appel a poursuivi en statuant qu'il ne devrait pas y avoir d'indemnisation pour d'autres motifs. Elle a jugé qu'il serait totalement impossible en pratique de mettre en garde toutes les personnes dont il était

Canada, as well as a host of other persons who stood to gain from the uninterrupted operation of the drilling rig, including employees and suppliers of the rig. In these circumstances, in the Court of Appeal's view, the only duty on the defendants was to warn the person in control and possession of the rig of the dangers of fire associated with the use of Thermaclad.

possible de prévoir qu'elles subiraient des pertes financières en raison de l'arrêt des activités de la plate-forme de forage. S'il y avait obligation de mettre en garde BVI et HOOL, cette obligation existerait également envers les autres parties ayant investi dans le projet, comme Mobil Oil Canada Ltd. et Petro-Canada, ainsi qu'une foule d'autres personnes qui avaient intérêt à ce que les activités de la plate-forme de forage se poursuivent sans interruption, y compris les employés et les fournisseurs de la plate-forme. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a jugé que la seule obligation qui incombait aux défenderesses était de mettre en garde la personne ayant la possession et la responsabilité de la plate-forme contre les dangers d'incendie liés à l'utilisation du Thermaclad.

<sup>60</sup> As in *Hercules*, the decision as to whether a *prima facie* duty of care exists requires an investigation into whether the defendant and the plaintiff can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood. Proximity exists on a given set of facts if the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs: *Hercules*, at para. 28. On the facts of this case, I agree with the Court of Appeal that a *prima facie* duty of care arises. Indeed, the duty to warn raised against the defendants is the correlative of the duty to disclose financial facts raised against the auditors in *Hercules*.

Comme dans *Hercules*, pour décider s'il y a obligation de diligence *prima facie*, il faut se demander s'il existe un lien étroit entre le défendeur et le demandeur. Un tel lien existe si, compte tenu d'un ensemble de faits donné, il est possible d'affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans le cours de ses propres affaires: *Hercules*, au par. 28. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, d'après les faits de l'espèce, une obligation de diligence *prima facie* a pris naissance. De fait, l'obligation de mise en garde invoquée contre les défenderesses correspond à l'obligation de divulguer la situation financière qui a été plaidée contre les vérificateurs dans l'affaire *Hercules*.

<sup>61</sup> Where a duty to warn is alleged, the issue is not reliance (there being nothing to rely upon), but whether the defendants ought reasonably to have foreseen that the plaintiffs might suffer loss as a result of use of the product about which the warning should have been made. I have already found that the duty to warn extended to BVHB. The question is, however, whether it extended as far as HOOL and BVI. The facts establish that this was the case. The defendants knew of the existence of the plaintiffs and others like them and knew or

Si on plaide l'existence d'une obligation de mise en garde, ce n'est pas la confiance qui est en jeu (il n'y a rien sur quoi s'appuyer), c'est la question de savoir si les défenderesses auraient dû raisonnablement prévoir que les demanderesses pouvaient subir une perte à la suite de l'utilisation du produit au sujet duquel il aurait fallu faire la mise en garde. J'ai déjà conclu que l'obligation de mise en garde s'étendait à BVHB. Il s'agit toutefois de se demander si elle s'étendait aussi à HOOL et BVI. Les faits établissent que tel était le cas. Les défenderesses connaissaient l'existence des demanderesses et d'autres personnes comme elles, et elles savaient ou auraient dû savoir que ces dernières

ought to have known that they stood to lose money if the drilling rig was shut down.

The next question is whether this *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. In my view, it is. The most serious problem is that seized on by the Court of Appeal — the problem of indeterminate liability. If the defendants owed a duty to warn the plaintiffs, it is difficult to see why they would not owe a similar duty to a host of other persons who would foreseeably lose money if the rig was shut down as a result of being damaged. Other investors in the project are the most obvious persons who would also be owed a duty, although the list could arguably be extended to additional classes of persons. What has been referred to as the ripple effect is present in this case. A number of investment companies which contracted with HOOL are making claims against it, as has BVI.

No sound reason to permit the plaintiffs to recover while denying recovery to these other persons emerges. To hold otherwise would pose problems for defendants, who would face liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. It also would pose problems for potential plaintiffs. Which of all the potential plaintiffs can expect and anticipate they will succeed? Why should one type of contractual relationship, that of HOOL, be treated as more worthy than another, e.g., that of the employees on the rig? In this state, what contractual and insurance arrangements should potential plaintiffs make against future loss?

The plaintiffs propose a number of solutions to the problem of indeterminacy. None of them succeeds, in my respectful view. The first proposal is to confine liability to persons whose identity was known to the defendants. This is a reversion to the

risquaient de perdre de l'argent si la plate-forme de forage cessait de fonctionner.

La question suivante est de savoir si cette obligation de diligence *prima facie* est annihilée par des considérations de principe. Je suis d'avis que oui. Le problème le plus sérieux est celui qui a retenu l'attention de la Cour d'appel — le problème de la responsabilité indéterminée. Si les défenderesses avaient l'obligation de mettre en garde les demanderesse, il est difficile de voir pourquoi elles n'auraient pas la même obligation envers une foule d'autres personnes dont les pertes étaient prévisibles si la plate-forme cessait ses activités en raison des dommages subis. Les autres personnes ayant investi dans le projet seraient, à l'évidence, également créancières d'une telle obligation, même si, on pourrait le soutenir, la liste pourrait inclure d'autres catégories de personnes. On retrouve, en l'espèce, ce qu'on a appelé l'effet d'enchaînement car un certain nombre de sociétés de placement, qui ont passé des contrats avec HOOL, ont exercé des réclamations contre cette dernière, comme l'a fait BVI.

Il n'y a aucune raison valable de permettre l'indemnisation des demanderesse et de refuser de l'accorder aux autres. Conclure autrement créerait des problèmes pour les défenderesses, qui feraient face à une responsabilité pour un montant indéterminé, pendant un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée. Cela créerait également des problèmes aux demandeurs potentiels. Lesquels parmi tous ces demandeurs potentiels pourraient s'attendre à obtenir gain de cause? Pourquoi un certain type de lien contractuel, en l'occurrence celui de HOOL, serait-il considéré plus valable qu'un autre, par ex. celui des employés travaillant sur la plate-forme? Dans cette situation, quels arrangements les demandeurs potentiels devraient-ils prendre en matière de contrats et d'assurances pour se protéger contre des pertes futures?

Les demanderesse proposent un certain nombre de solutions au problème de l'indétermination. À mon humble avis, toutefois, aucune n'est efficace. La première proposition vise à limiter la responsabilité aux personnes dont l'identité était connue

62

63

64



“known plaintiff” test, rejected by a majority of this Court in *Norsk, supra*. As commentators have pointed out, the fact that the defendant knew the identity of the plaintiff should not in logic or justice determine recovery. On such a test, the notorious would recover, the private would lose: *Norsk*. The problem of indeterminate liability cannot be avoided by arbitrary distinctions for which there is no legal or social justification: *Norsk*, at p. 1112. There must be something which, for policy reasons, permits the court to say this category of person can recover and that category cannot, something which justifies the line being drawn at one point rather than another.

des défenderesses. C’est un retour au critère du «demandeur connu», qui a été rejeté par notre Cour à la majorité dans *Norsk*, précité. Comme l’ont indiqué les commentateurs, le fait que le défendeur connaisse le demandeur ne devrait pas, en toute logique ni en toute justice, déterminer l’indemnisation. Selon un tel critère, le demandeur très connu serait dédommagé tandis que le demandeur anonyme subirait une perte: *Norsk*. Le problème de la responsabilité indéterminée ne peut pas être évité par des distinctions arbitraires pour lesquelles il n’existe aucune justification juridique ou sociale: *Norsk*, à la p. 1112. Quelque chose doit permettre au tribunal de conclure pour des raisons de principe que telle catégorie de personnes peut être indemnisée et que telle autre ne peut l’être: quelque chose doit justifier de tracer la ligne de démarcation à un endroit plutôt qu’à un autre.

<sup>65</sup> Second, and in a similar vein, the plaintiffs argue that determinacy can be achieved by restricting recovery to the users of the rig, a class which they say is analogous in time and extent to the owners and occupiers of the building in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85. This argument fails for the same reasons as the known plaintiff test. There is no logical reason for drawing the line at users rather than somewhere else.

Deuxièmement, dans la même veine, les demanderesse soutiennent qu’on peut mettre fin à l’indétermination en limitant l’indemnisation aux utilisateurs de la plate-forme qui forment une catégorie analogue pour ce qui est de la durée et de l’étendue à celle des propriétaires et des occupants de l’édifice dans l’arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85. Cet argument doit être rejeté pour les mêmes raisons que le critère du demandeur connu. Il n’y a aucune raison logique de tracer une ligne de démarcation entre les utilisateurs et les autres.

<sup>66</sup> Third, the plaintiffs attempt to distinguish themselves from other potential claimants through the concept of reliance. The defendants correctly answer this argument by pointing out that any person who is contractually dependent on a product or a structure owned by another “relies” on the manufacturer or builder to supply a safe product.

Troisièmement, les demanderesse tentent d’établir une distinction entre elles-mêmes et les autres réclamants potentiels en invoquant la notion de confiance. Les défenderesses répondent correctement à cet argument en soulignant que toute personne qui, en vertu d’un contrat, est tributaire d’un produit ou d’une construction appartenant à autrui «compte» sur le fabricant ou le constructeur pour fournir un produit sûr.

<sup>67</sup> Finally, the plaintiffs argue that a finding of a duty to warn negates the spectre of indeterminate liability as the duty to warn does not extend to everyone in any way connected to the manufactured product. This argument begs the question. The duty to warn found to this point is only a *prima facie* duty to warn in accordance with the first

Enfin, les demanderesse font valoir que le fait de conclure à l’existence d’une obligation de mise en garde annihile le spectre de la responsabilité indéterminée, car l’obligation de mise en garde ne s’étend pas à quiconque est relié d’une façon ou d’une autre au produit fabriqué. Cet argument présume la question résolue. L’obligation de mise en

requirement of *Anns, supra*, that there be sufficient proximity or neighbourhood to found a duty of care. It is not circumscribed and imports no limits on liability. Considerations of indeterminate liability arise in the second step of the *Anns* analysis. Hence the *prima facie* duty of care, by itself, cannot resolve the problem of indeterminate liability.

The problem of indeterminate liability constitutes a policy consideration tending to negative a duty of care for contractual relational economic loss. However, the courts have recognized positive policy considerations tending to support the imposition of such a duty of care. One of these, discussed by La Forest J. in *Norsk*, is the need to provide additional deterrence against negligence. The potential liability to the owner of the damaged property usually satisfies the goal of encouraging persons to exercise due care not to damage the property. However, situations may arise where this is not the case. In such a case, the additional deterrent of liability to others might be justified. The facts in the case at bar do not support liability to the plaintiffs on this basis. BVHB, the owner of the drilling rig, suffered property damage in excess of five million dollars. This is a significant sum. It is not apparent that increasing the defendants' potential liability would have led to different behaviour and avoidance of the loss.

Another situation which may support imposition of liability for contractual relational economic loss, recognized by La Forest J. in *Norsk*, is the case where the plaintiff's ability to allocate the risk to the property owner by contract is slight, either because of the type of the transaction or inequality

garde constatée ici est seulement une obligation de mise en garde *prima facie*, conformément à la première condition énoncée dans l'arrêt *Anns*, précité, voulant qu'il y ait un lien suffisamment étroit pour servir de fondement à une obligation de diligence. Cette obligation n'est pas restreinte et elle n'impose aucune limite à la responsabilité. Les considérations touchant la responsabilité indéterminée sont prises en compte dans la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns*. En conséquence, l'obligation de diligence *prima facie* ne permet pas, à elle seule, de résoudre le problème de la responsabilité indéterminée.

Ce problème constitue une considération de principe qui tend à écarter l'obligation de diligence en cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Cependant, les tribunaux ont reconnu l'existence de considérations de principe positives qui tendent à appuyer l'imposition d'une telle obligation de diligence. Une de ces considérations, qui a été examinée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*, est la nécessité de fournir un moyen de dissuasion supplémentaire contre la négligence. La responsabilité potentielle envers le propriétaire du bien endommagé suffit habituellement pour inciter les personnes visées à exercer la diligence requise afin de ne pas endommager le bien. Toutefois, il peut se présenter des situations où cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, le moyen de dissuasion supplémentaire que serait l'extension de la responsabilité au profit d'autres personnes pourrait se justifier. Cependant, les faits de l'espèce ne justifient pas d'étendre la responsabilité en faveur des demanderessees sur ce fondement. BVHB, le propriétaire de la plate-forme de forage, a subi des dommages matériels de plus de cinq millions de dollars. Il s'agit d'une somme importante. Il n'est pas évident que le fait d'accroître la responsabilité potentielle des défenderesses aurait amené un comportement différent et permis d'éviter la perte.

Une autre situation dans laquelle on peut admettre l'imposition de la responsabilité en cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, et qui a été acceptée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*, est le cas où la capacité du demandeur de faire assumer le risque par le propriétaire

of bargaining power. Again, this does not assist the plaintiffs in this case. BVI and HOOL not only had the ability to allocate their risks; they did just that. It cannot be said that BVI and HOOL suffered from inequality of bargaining power with BVHB, the very company they created. Moreover, the record shows they exercised that power. The risk of loss caused by down-time of the rig was specifically allocated under the Drilling Contracts between BVI, HOOL and BVHB. The contracts provided for day rate payments to BVHB and/or termination rights in the event of lost or diminished use of the rig. The parties also set out in the contracts their liability to each other and made provision for third party claims arising out of rig operations. Finally, the contracts contained provisions related to the purchase and maintenance of insurance.

du bien dans un contrat est faible, en raison soit du genre d'opération, soit de l'inégalité du pouvoir de négociation. Encore une fois, cela n'est d'aucun secours aux demandereses en l'espèce. En effet, non seulement BVI et HOOL avaient-elles la capacité de répartir leurs risques, mais c'est exactement ce qu'elles ont fait. Il est impossible d'affirmer que BVI et HOOL ont souffert d'une inégalité du pouvoir de négociation à l'égard de BVHB, la société même qu'elles ont créée. De plus, il ressort du dossier qu'elles ont exercé ce pouvoir. Le risque de pertes causées par le temps d'inactivité de la plate-forme a été expressément réparti dans les contrats de forage intervenus entre BVI, HOOL et BVHB. Ces contrats prévoyaient qu'en cas de perte d'utilisation ou d'utilisation réduite de la plate-forme, il y aurait soit paiement d'un taux journalier à BVHB, soit droit de résiliation ou les deux. Les parties ont également précisé dans les contrats leur responsabilité mutuelle et elles ont pris des mesures au sujet des réclamations des tiers qui pouvaient découler des opérations de forage. En dernier lieu, les contrats comportaient des clauses relatives à la souscription et au maintien d'assurances.

70 I conclude that the policy considerations relevant to the case at bar negative the *prima facie* duty of care to BVI and HOOL.

G. Was BVHB Contributorily Negligent?

Je conclus que les considérations de principe concernant le présent litige annihilent l'obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL.

G. Y a-t-il eu négligence contributive de BVHB?

71 The Court of Appeal upheld the trial judge's finding that BVHB was contributorily negligent in failing to have an operable GFCB system, that this negligence was the immediate cause of the fire, and that the fire was a reasonably foreseeable consequence of BVHB's negligence. BVHB contends that the entire responsibility for the fire and consequential loss is attributable to the defendants' breach of their duty to warn of the dangers of using Thermaclad on the rig.

La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y a eu négligence contributive de BVHB qui n'a pas installé de système DFT efficace, que cette négligence a été la cause immédiate de l'incendie et que cet incendie était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de BVHB. BVHB prétend que les défenderesses sont entièrement responsables de l'incendie et de la perte indirecte parce qu'elles ont manqué à leur obligation de mise en garde relativement aux dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la plate-forme.

72 BVHB argues that generally courts decline to ascribe contributory negligence in duty to warn cases for policy reasons related to assumption of

BVHB prétend que, pour des raisons de principe liées à l'acceptation des risques, les tribunaux refusent habituellement de conclure à la négligence

risk. BVHB urges that in failure to warn cases, a finding of contributory negligence cannot be made unless the defendant shows that the plaintiff voluntarily assumed the risk of injury. This, it says, is not such a case.

I cannot accept this argument. A finding of contributory negligence is not the same as a finding that the injured party voluntarily accepted the risk of injury. The latter is a complete defence (in the limited circumstances in which it applies), whereas the result of the former is that the injured party generally recovers less than full compensation for its injuries. As Viscount Simon said in *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), at p. 611:

But when contributory negligence is set up as a defence, its existence does not depend on any duty owed by the injured party to the party sued, and all that is necessary to establish such a defence is to prove to the satisfaction of the jury that the injured party did not in his own interest take reasonable care of himself and contributed, by this want of care, to his own injury. For when contributory negligence is set up as a shield against the obligation to satisfy the whole of the plaintiff's claim, the principle involved is that, where a man is part author of his own injury, he cannot call on the other party to compensate him in full.

BVHB next submits that the burden on the tortfeasor of proving contributory negligence in duty to warn cases should be more onerous because the injured party lacks the knowledge necessary to make an informed assessment of the risks of using the product. Here, BVHB's failure to use the GFCB system is a foreseeable consequence of the failure to warn of the fire propagation propensity of Thermaclad. In the absence of a warning of the dangers of using Thermaclad on the rig, BVHB viewed the GFCB system only as a protective measure against gas explosions. BVHB contends that had it been warned of the dangers posed by the use

contributive dans les affaires d'obligation de mise en garde. BVHB soutient avec insistance que, dans les affaires où il y a violation de l'obligation de mise en garde, les tribunaux ne peuvent conclure à l'existence de négligence contributive que si le défendeur prouve que le demandeur a accepté volontairement le risque de préjudice. Elle affirme que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Je ne puis accepter cet argument. Conclure à la négligence contributive n'équivaut pas à conclure que la partie lésée a accepté volontairement le risque de préjudice. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un moyen de défense complet (dans les circonstances limitées où il s'applique), tandis que, dans le premier, la partie lésée n'est généralement pas indemnisée complètement de son préjudice. Comme l'a déclaré le vicomte Simon dans l'arrêt *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), à la p. 611:

[TRADUCTION] Mais lorsque la négligence contributive est invoquée comme moyen de défense, son existence ne dépend d'aucune obligation que la partie lésée a envers la partie poursuivie, et tout ce qu'il faut pour établir le bien-fondé d'un tel moyen de défense, c'est de convaincre le jury que la partie lésée n'a pas, dans son propre intérêt, fait montre de diligence raisonnable envers elle-même et a contribué, par son absence de diligence, au préjudice qu'elle a subi. Car, lorsque la négligence contributive est invoquée pour combattre l'obligation d'indemniser complètement le demandeur de sa réclamation, le principe en cause est que, quand une personne est en partie responsable du préjudice qu'elle a subi, elle ne peut pas demander à l'autre partie de l'indemniser complètement de celui-ci.

BVHB soutient ensuite que, dans les affaires d'obligation de mise en garde, il devrait être plus difficile pour l'auteur du délit de se décharger du fardeau de prouver l'existence de la négligence contributive parce que la partie lésée n'a pas la connaissance nécessaire pour évaluer de façon éclairée les risques que présente l'utilisation du produit. En l'espèce, le défaut de BVHB d'utiliser le système DFT est une conséquence prévisible de la violation de l'obligation de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. En l'absence de mise en garde relativement aux dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la

73

74

of Thermaclad in this marine installation, it would never have permitted the rig to operate in the absence of an effective grounding system. For these reasons, BVHB submits that the defendants bear total responsibility for the fire and its consequences.

plate-forme, BVHB a considéré le système DFT seulement comme une mesure de protection contre les explosions dues au gaz. BVHB prétend que, si elle avait été prévenue des dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad dans son installation en mer, elle n'aurait jamais permis l'exploitation de la plate-forme en l'absence d'un système efficace de fuite à la terre. Pour ces raisons, BVHB affirme que les défenderesses doivent assumer l'entière responsabilité de l'incendie et de ses conséquences.

75 The defendants respond that the burden of showing contributory negligence is the same in duty to warn cases as in other cases. The evidence, they submit, establishes contributory negligence. The damage sustained by BVHB was a foreseeable result of BVHB's negligent failure to operate with a functioning GFCB system. BVHB did not need to foresee the specific role that Thermaclad would play in a fire. It is enough that BVHB foresaw the possibility of a gas explosion.

Les défenderesses répondent que le fardeau de la preuve en ce qui concerne la négligence contributive est le même dans les affaires où il y a obligation de mise en garde que dans les autres affaires. Elles prétendent que la preuve établit la négligence contributive. Les dommages subis par BVHB étaient une conséquence prévisible du défaut négligent de BVHB d'utiliser un système DFT efficace. BVHB n'avait pas besoin de prévoir le rôle précis que le Thermaclad jouerait dans un incendie. Il est suffisant que BVHB ait prévu la possibilité d'une explosion due au gaz.

76 I accept the defendants' submissions. The test for contributory negligence was summarized by Denning L.J. in *Jones v. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608 (C.A.), at p. 615:

J'accepte les arguments des défenderesses. Le critère applicable en matière de négligence contributive a été résumé par lord Denning dans l'arrêt *Jones c. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608 (C.A.), à la p. 615:

Although contributory negligence does not depend on a duty of care, it does depend on foreseeability. Just as actionable negligence requires the foreseeability of harm to others, so contributory negligence requires the foreseeability of harm to oneself. A person is guilty of contributory negligence if he ought reasonably to have foreseen that, if he did not act as a reasonable, prudent man, he might be hurt himself; and in his reckonings he must take into account the possibility of others being careless.

[TRADUCTION] Bien que la négligence contributive ne dépende pas d'une obligation de diligence, elle dépend bel et bien de la prévisibilité. Tout comme la négligence donnant ouverture à une poursuite exige la prévisibilité d'un préjudice à autrui, la négligence contributive exige la prévisibilité d'un préjudice à soi-même. Une personne est coupable de négligence contributive si elle aurait dû raisonnablement prévoir que, si elle n'agissait pas de façon raisonnable et prudente, elle pourrait se causer préjudice; et dans ses estimations, elle doit prendre en considération la possibilité que d'autres personnes manquent de diligence.

The trial judge found that the fire started because the rig was being operated without a GFCB system. The fire would not have occurred "but for" the negligence of BVHB: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. The conduct of BVHB viewed independently was negligent. The fire was a foresee-

Le juge de première instance a conclu que l'incendie s'était déclaré parce que la plate-forme était exploitée sans système DFT. L'incendie ne se serait pas produit [TRADUCTION] «n'eût été» la négligence de BVHB: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. Examinée isolément, la conduite de

able result of BVHB's failure to operate with a functioning GFCB system. It was not necessary for BVHB to foresee the precise type of damage or sequence of events that would result from its negligence: *Hughes v. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837 (H.L.), and *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*Wagon Mound No. 2*). The fact that it was aware of the risk of explosion was enough. It follows that the negligence of BVHB was a proximate cause of the fire.

BVHB also argues that there should be a distinction between responsibility for "fire initiation" damages and "fire propagation" damages. The trial judge did not determine the precise role played by Thermaclad in the damage, particularly with respect to the damage to the cables. Although he found that the fire was initially spread from the Thermaclad to the cables, he also found that once the cables caught fire they fuelled themselves and caused additional Thermaclad to catch fire. These findings preclude distinguishing between the damage caused by initiation and propagation in this case.

I agree with the courts below that BVHB was contributorily negligent. The remaining question is the extent of BVHB's responsibility. Apportionment of liability is primarily a matter within the province of the trial judge, and appellate courts should not interfere with the trial judge's apportionment unless there is demonstrable error in the trial judge's appreciation of the facts or applicable legal principles: *Sparks v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618; see also the judgment of Dickson J. (as he then was) in *Taylor v. Asody*, [1975] 2 S.C.R. 414 (dissenting in result).

BVHB submits that the Court of Appeal should have reassessed the apportionment of responsibil-

BVHB a été négligente. L'incendie qui s'est produit était une conséquence prévisible du fait que BVHB n'a pas utilisé un système DFT efficace. Il n'était pas nécessaire que BVHB prévoie de façon précise les dommages ou la suite d'événements qui résulteraient de sa négligence: *Hughes c. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837 (H.L.) et *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*Wagon Mound No. 2*). Le fait qu'elle connaissait le risque d'explosion était suffisant. Il s'ensuit que la négligence de BVHB a constitué une cause immédiate de l'incendie.

BVHB soutient également qu'il faut faire une distinction entre la responsabilité pour les dommages résultant du «déclenchement de l'incendie» et la responsabilité pour les dommages résultant de la «propagation de l'incendie». Le juge de première instance n'a pas déterminé le rôle précis du Thermaclad dans les dommages, notamment en ce qui concerne les dommages aux câbles. Même s'il a conclu que l'incendie s'est propagé initialement du Thermaclad aux câbles, il a également conclu qu'une fois les câbles enflammés, ceux-ci ont suffi à alimenter l'incendie et ont même amené une autre partie du Thermaclad à prendre feu. Ces conclusions empêchent de distinguer entre les dommages causés par le déclenchement de l'incendie et ceux causés par la propagation de l'incendie en l'espèce.

Je suis d'accord avec les juridictions inférieures pour conclure à la négligence contributive de BVHB. La question qui reste est celle de l'étendue de la responsabilité de BVHB. La répartition de la responsabilité est une question qui relève au premier chef du juge de première instance, et les tribunaux d'appel ne devraient pas modifier la répartition faite par ce dernier sauf s'il a commis une erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables: *Sparks c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618; voir également les motifs du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Taylor c. Asody*, [1975] 2 R.C.S. 414 (dissidents quant au résultat).

BVHB prétend que la Cour d'appel aurait dû réexaminer la répartition de la responsabilité étant

77

78

79

ity because it reversed the trial judge's finding that it was negligent in allowing the cables to accumulate residue. The trial judge apportioned the majority of the fault to BVHB on the ground that BVHB's negligence in continuing to operate the heat trace system, even when unnecessary, outweighed the defendants' negligence. The accumulation of residue on the cables was not determinative. It follows that reversal on that issue does not invalidate the trial judge's conclusion that the plaintiff should bear the greatest portion of responsibility for the loss.

donné qu'elle a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle BVHB avait été négligente en permettant l'accumulation de résidus d'huile sur les câbles. Le juge de première instance a attribué la plus grande partie de la faute à BVHB pour le motif que la négligence dont celle-ci a fait montre en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque ce n'était pas nécessaire, l'emportait sur la négligence des défenderesses. L'accumulation de résidus sur les câbles n'a pas été déterminante. Il s'ensuit que l'annulation du jugement sur ce point n'invalide pas la conclusion du juge de première instance que la demanderesse devrait assumer la plus grande partie de la responsabilité de la perte.

80 More generally, the trial judge made no error of fact or law in apportioning liability for the loss. There was ample evidence to support his finding that BVHB's negligence outweighed that of the defendants. Although it may not have been aware of the detailed characteristics of Thermaclad, BVHB was aware that it could burn. It was aware of the risk of arcing as there had been previous arcing incidents, and it was aware of the risk of explosion from arcing. Nor did the trial judge misapprehend the applicable legal principles. I would not disturb the trial judge's finding that the liability should be apportioned 60 percent to BVHB and 40 percent to the defendants Raychem and SJSL.

De façon plus générale, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de fait ni de droit en répartissant la responsabilité de la perte. Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant sa conclusion que la négligence de BVHB l'emportait sur celle des défenderesses. Même si BVHB ne connaissait peut-être pas le détail des caractéristiques du Thermaclad, elle savait qu'il pouvait brûler. Elle était au courant du risque de formation d'arcs électriques, car il y en avait déjà eus, et elle était au courant du risque d'explosion due à des arcs électriques. De plus, le juge de première instance n'a pas mal compris les principes juridiques applicables. Je suis d'avis de ne pas modifier sa conclusion que la responsabilité devrait être attribuée dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et dans une proportion de 40 pour 100 aux défenderesses Raychem et SJSL.

H. *Does BVHB's Contributory Negligence Bar Its Claims?*

H. *La négligence contributive de BVHB constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations?*

81 The defendants assert that the plaintiffs' claims are barred because at common law, contributory negligence is a bar to recovery. The plaintiffs respond that their contributory negligence is not a bar because: (a) the law of the vessel's flag, Bermuda, applies; (b) alternatively, the Newfoundland *Contributory Negligence Act* applies; (c) in the further alternative, the common law applicable in maritime cases does not make contributory negligence a bar. I accept the plaintiffs' contention on

Les défenderesses prétendent que les réclamations des demandereses sont irrecevables parce que, en common law, la négligence contributive constitue une fin de non-recevoir à l'indemnisation. Les demandereses répliquent que leur négligence contributive ne constitue pas une fin de non-recevoir pour les raisons suivantes: a) le droit applicable est celui du pays dont le bâtiment bat pavillon, en l'occurrence les Bermudes; b) subsidiairement, c'est la *Contributory Negligence Act*

the last ground and conclude that BVHB's right to recover is not barred by its contributory negligence.

The first question is whether the law of the vessel applies. The plaintiffs argue that the fire occurred on the high seas, making applicable the law of the flag of the vessel, Bermuda. They then assert that since Bermuda law was not proven, the law of Newfoundland should be applied. This argument rests on a series of tenuous propositions, the first of which is that the fire occurred on the high seas. It must fail, if only because the fact was not proved.

Alternatively, the plaintiffs submit that the law of Newfoundland should be applied. The defendants reply that this is a maritime matter and that the applicable law is maritime law, not the law of Newfoundland. This raises the question of which law applies — Newfoundland law or federal maritime law?

The plaintiffs submit that maritime law should not apply because the *Thermaclad* had no relationship to the rig's navigational equipment and because the claims are advanced in tort and contract, rather than navigation and shipping. However, the legal nature of a claim is not the decisive factor in the determination of whether the principles of maritime law apply. What is required is "that the subject-matter under consideration in any case [be] so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence": *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 774, *per* McIntyre J. It follows that "tortious liability which arises in a maritime context is governed by a body of maritime law within the exclusive legislative

de Terre-Neuve qui s'applique; c) subsidiairement encore, la common law applicable aux affaires maritimes ne fait pas de la négligence contributive une fin de non-recevoir. J'accepte la prétention des demandereses pour le dernier motif invoqué, et je conclus que la négligence contributive de BVHB ne fait pas obstacle à l'exercice de son droit d'être indemnisée.

La première question est de savoir si le droit du pays dont le navire bat pavillon s'applique. Les demandereses soutiennent que comme l'incendie est survenu en haute mer, c'est en l'occurrence le droit des Bermudes qui s'applique. Elles poursuivent en affirmant que, puisque le droit des Bermudes n'a pas été prouvé, c'est celui de Terre-Neuve qui devrait être appliqué. Cette thèse s'appuie sur une série d'arguments plutôt faibles, le premier étant que l'incendie est survenu en haute mer. Cette thèse ne saurait être retenue, ne serait-ce que parce que ce fait n'a pas été prouvé.

Subsidiairement, les demandereses avancent que le droit de Terre-Neuve devrait s'appliquer. Les défenderesses répondent qu'il s'agit d'une affaire maritime et que le droit applicable est le droit maritime et non le droit de Terre-Neuve. Cela soulève la question de savoir quel droit s'applique — le droit de Terre-Neuve ou le droit maritime fédéral?

Les demandereses prétendent que le droit maritime ne devrait pas s'appliquer parce que le *Thermaclad* n'a aucun rapport avec le matériel de navigation de la plate-forme et parce que les réclamations sont fondées sur la responsabilité délictuelle et contractuelle et ne concernent pas la navigation et ni les expéditions par eau. Cependant, la nature juridique d'une réclamation n'est pas le facteur décisif pour déterminer si les principes du droit maritime s'appliquent. Il faut «que la question examinée dans chaque cas [soit] entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale»: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 774, le juge McIntyre. Il s'ensuit que «la respon-

82

83

84



jurisdiction of Parliament”: *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1289, *per* La Forest J.

sabilité délictuelle dont il est question dans un contexte maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement»: *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1289, le juge La Forest.

85

This case involves tortious liability arising in a maritime context. The Court of Appeal, *per* Cameron J.A., held that “[t]he activities of the Bow Drill 3 are essentially maritime in nature, albeit a modern view of maritime activity” (p. 134). The rig was not only a drifting platform, but a navigable vessel. As Cameron J.A. put it at pp. 133-34, the rig “is capable of self-propulsion; even when drilling, is vulnerable to the perils of the sea; is not attached permanently to the ocean floor and, can travel world wide to drill for oil”. Alternatively, even if the rig is not a navigable vessel, the tort claim arising from the fire would still be a maritime matter since the main purpose of the Bow Drill III was activity in navigable waters. The operation of the rig’s heat trace system was hazardous because the GFCB system that was installed was not appropriate in the ungrounded marine context. The claims against the defendants for failure to warn included allegations that the defendants knew about the special marine material requirements such as non-combustibility or flame retardancy. The products liability issues in this case are clearly dominated by marine considerations.

Il s’agit en l’espèce de responsabilité délictuelle dans un contexte maritime. La Cour d’appel, sous la plume du juge Cameron, a statué que [TRADUCTION] «[l]es activités de la plate-forme Bow Drill 3 sont essentiellement de nature maritime, quoiqu’il s’agisse d’une activité maritime d’un type moderne» (p. 134). La plate-forme n’était pas seulement une plate-forme flottante, mais un bâtiment navigable. Comme l’a dit le juge Cameron, aux pp. 133 et 134, la plate-forme [TRADUCTION] «peut se propulser par ses propres moyens; même lorsqu’elle fait du forage, elle est vulnérable aux dangers de la mer; elle n’est pas attachée en permanence au fond de l’océan et elle peut voyager à travers le monde afin de forer à la recherche du pétrole». Subsidiairement, même si la plate-forme n’est pas un bâtiment navigable, la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle qui a été exercée à la suite de l’incendie n’en serait pas moins une question maritime puisque l’objet principal de la plate-forme Bow Drill III était une activité se déroulant dans des eaux navigables. Le fonctionnement du système de réchauffage des conduites de la plate-forme était dangereux parce que le système DFT qui avait été installé ne convenait pas dans un contexte maritime sans mise à la terre. Les réclamations exercées contre les défenderesses pour défaut de mise en garde comportaient des allégations selon lesquelles les défenderesses connaissaient les exigences spéciales concernant le matériel maritime comme l’incombustibilité ou l’inflammabilité. Dans la présente affaire, les questions relatives à la responsabilité du fait des produits sont clairement dominées par des considérations d’ordre maritime.

86

This is not a case that “is in ‘pith and substance’ a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*”: *ITO, supra*, at p. 774, *per* McIntyre J. I conclude that the issues

Il ne s’agit pas d’une affaire qui «constitue, de par son caractère véritable, une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitu-*

for resolution in this case are integrally connected with maritime matters, and fall to be resolved under Canadian maritime law.

The plaintiffs next submit that even if the claims are maritime matters, the law of Newfoundland applies because treaties and related laws make Newfoundland the proper legal forum and provide for the operation of Newfoundland law on the continental shelf. The difficulty with this submission is that assuming Newfoundland law to apply, Newfoundland law includes federal law and the principle that Canadian maritime law applies to maritime matters:

Once it has been determined that a matter is governed by constitutionally valid federal law, as in this case, then the relevant legal unit is Canada and not a particular province. Federal law is not foreign law *vis-à-vis* the law of a province since it is an integral part of the law of each province and territory. [Emphasis added.]

(*ITO, supra*, at p. 777, *per* McIntyre J.)

Since the claims advanced relate to maritime matters, the law of Newfoundland mandates the application of Canadian maritime law, not the Newfoundland *Contributory Negligence Act*.

Policy considerations support the conclusion that marine law governs the plaintiffs' tort claim. Application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. The plaintiff BVHB argues that uniformity is only necessary with respect to matters of navigation and shipping, such as navigational rules or items that are the subject of international conventions. I do not agree. There is nothing in the jurisprudence of this Court to suggest that the concept of uniformity should be so limited. This Court has stated that "Canadian maritime law", not merely "Canadian maritime law related to navigation and shipping", must be uniform. BVHB argues that uniformity can be achieved through the application of provincial contributory negligence legislation as all prov-

*tionnelle de 1867*»: *ITO*, précité, à la p. 774, le juge McIntyre. Je conclus que les questions qui se posent en l'espèce relèvent intégralement du domaine maritime et doivent être tranchées en vertu du droit maritime canadien.

Les demanderesse soutiennent ensuite que, même si les réclamations sont des questions d'ordre maritime, le droit de Terre-Neuve s'applique parce que des traités et des lois connexes font de Terre-Neuve le ressort compétent et prévoient l'application du droit de cette province au plateau continental. La difficulté que présente cet argument est que, en supposant que le droit de Terre-Neuve s'applique, celui-ci comprend le droit fédéral et donc le principe que le droit maritime canadien s'applique aux affaires maritimes:

Dès qu'il est établi qu'une question est régie par une loi fédérale valide sur le plan constitutionnel, comme c'est le cas en l'espèce, l'entité juridique importante est alors le Canada et non une province en particulier. Le droit fédéral ne constitue pas du droit étranger par rapport à celui d'une province, puisqu'il fait partie intégrante du droit de chaque province et de chaque territoire. [Je souligne.]

(*ITO*, précité, à la p. 777, le juge McIntyre.)

Comme les réclamations présentées concernent le domaine maritime, le droit de Terre-Neuve commande l'application du droit maritime canadien et non celle de la *Contributory Negligence Act* de cette province.

Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demanderesse. L'application des lois provinciales aux délits maritimes nuirait à l'uniformité du droit maritime. La demanderesse BVHB soutient que l'uniformité est nécessaire seulement en ce qui concerne les affaires de navigation et d'expéditions par eau, comme les règles de la navigation ou les questions qui font l'objet de conventions internationales. Je ne suis pas d'accord. Rien dans la jurisprudence de notre Cour ne donne à penser que la notion d'uniformité devrait être ainsi limitée. Notre Cour a déclaré que «le droit maritime canadien», et non pas seulement «le droit maritime canadien relatif à la navigation et

inces have apportionment provisions in the statutes. However, there are important differences between the various provincial statutes. These differences might lead over time to non-uniformity and uncertainty. Difficulty might also arise as to what province's law applies in some situations.

aux expéditions par eau», doit être uniforme. BVHB plaide que cette uniformité peut être réalisée par l'application des lois provinciales en matière de négligence contributive, puisque toutes les provinces ont édicté, dans ces lois, des dispositions concernant la répartition de la responsabilité. Cependant, il existe des différences importantes entre les diverses lois provinciales. Ces différences pourraient, avec le temps, créer de l'incertitude et entraîner une absence d'uniformité. Des difficultés pourraient également surgir lorsqu'il s'agira de déterminer le droit de quelle province s'applique dans certaines situations.

<sup>89</sup> The plaintiffs argue that this Court's decision in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, provides that provincial laws can apply to maritime matters in the absence of federal law. Assuming this is so, it does not advance the plaintiffs' case. On the view I take, there is no "gap" that would allow for the application of provincial law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. The question is not whether there is federal maritime law on the issue, but what that law decrees.

Les demanderesse prétendent qu'il ressort de l'arrêt de notre Cour *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, que des lois provinciales peuvent s'appliquer à des affaires maritimes en l'absence de règles de droit fédéral. À supposer que ce soit le cas, cela n'aide pas la cause des demanderesse. Suivant le point de vue que j'adopte, il n'existe pas de «vide» qui justifierait l'application du droit provincial. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. La question n'est pas de savoir s'il existe des règles de droit maritime fédérales sur la question en litige, mais plutôt de savoir ce que dicte ce droit.

<sup>90</sup> The common law inherited from Britain barred a contributorily-negligent plaintiff from recovery. Canadian maritime law embraces the common law principles of tort: *ITO, supra*, at p. 779. The basis of the old common law "defence" of contributory negligence, thought to have originated in *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.), was that the damages suffered by a contributorily negligent party were not totally the fault of a tortfeasor. Courts were reluctant to allow the injured party to recover where the tortfeasor was not fully responsible for the damage. In essence, this was a "causation" rationale. The Court took the view that the injured party had failed to prove that the tortfeasor caused the damage: *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949]

La common law héritée de l'Angleterre faisait obstacle à l'indemnisation des demandeurs dont la négligence contributive avait été retenue. Le droit maritime canadien englobe les principes de la common law en matière de responsabilité délictuelle: *ITO*, précité, à la p. 779. Le vieux [TRADUCTION] «moyen de défense» fondé sur la négligence contributive en common law, dont l'origine serait l'arrêt *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.), reposait sur l'idée que les dommages subis par une partie coupable de négligence contributive n'étaient pas entièrement imputables à la faute de l'auteur du délit. Les tribunaux étaient réticents à permettre l'indemnisation de la partie lésée alors que l'auteur du délit n'était pas totalement responsable des dommages. Essentielle-

S.C.R. 510, at p. 515. In England, prior to statutory revision, this bar for recovery by contributorily negligent plaintiffs was acknowledged to apply in maritime cases: see e.g. *The "Sobieski"* (1949), 82 Ll.L.R. 370 (C.A.). In Canada, the rule has been applied or referred to in the context of both non-maritime and maritime matters in cases including: *Toronto Transportation Commission*, *supra*, *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315, *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. v. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505, and *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] 1 F.C. 490 (T.D.).

The common law rule has been abrogated for certain collisions between vessels by s. 565 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, but remains in effect for situations not covered by the *Canada Shipping Act* provisions: see e.g. *Algoma Central*, *supra*, and *The "Hiro Maru"*, *supra*. Parliament recently tabled Bill C-73, which would (amongst other matters) reform the *Canada Shipping Act* in relation to collision cases involving wrongful death by stating that in such cases contributory negligence is not a bar to recovery and establishing an apportionment regime. The Department of Justice is considering wider reforms, including the abrogation of the contributory negligence bar through the enactment of federal legislation: see Department of Justice, Admiralty and Maritime Law Section, Discussion Paper, *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts*.

The plaintiffs argue that this Court should follow the approach taken by the Newfoundland

ment, il s'agissait d'un raisonnement fondé sur la [TRADUCTION] «causalité». La Cour a estimé que la partie lésée n'avait pas prouvé que l'auteur du délit avait causé les dommages: *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510, à la p. 515. En Angleterre, avant la réforme législative, il était admis que cet obstacle à l'indemnisation des demandeurs coupables de négligence contributive s'appliquait aux affaires maritimes: voir, par ex., l'arrêt *The «Sobieski»* (1949), 82 Ll.L.R. 370 (C.A.). Au Canada, la règle a été appliquée ou mentionnée dans le contexte d'affaires maritimes et d'affaires non maritimes, notamment dans les arrêts suivants: *Toronto Transportation Commission*, précité, *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315, *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. c. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505, et *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] 1 C.F. 490 (1<sup>re</sup> inst.).

La règle de common law a été abrogée à l'égard de certaines collisions entre des bâtiments par l'art. 565 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, mais elle continue de s'appliquer aux situations non visées par les dispositions de cette loi: voir, par ex., *Algoma Central*, précité, et *Le «Hiro Maru»*, précité. Récemment, le législateur fédéral a déposé le projet de loi C-73, qui vise à modifier (entre autres choses) la *Loi sur la marine marchande du Canada* en ce qui concerne les affaires de collision entraînant un décès causé par une faute, en précisant que, dans de tels cas, la négligence contributive de la victime n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande d'indemnisation et en établissant un régime de partage de la responsabilité. Le ministère de la Justice envisage des réformes plus vastes, notamment l'abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive par l'édiction de dispositions législatives fédérales: voir ministère de la Justice, Section de l'amirauté et du droit maritime, Document de travail, *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*.

Les demandresses soutiennent que notre Cour devrait suivre l'approche adoptée par la Cour d'ap-

Court of Appeal and remove the maritime contributory negligence bar. They contend that the bar is out of date, and that it is time for Canada to adopt a regime of apportionment in maritime claims, as other jurisdictions have done. The defendants, in response, submit that the common law rule barring recovery for contributory negligence in maritime cases is long established. They point out that parties involved in maritime activity arrange their affairs on the basis of the existing law, which bars recovery by contributorily negligent plaintiffs in maritime collision cases. If the bar is to be lifted, this should be done by Parliament, they argue.

pel de Terre-Neuve et abolir la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière maritime. Elles prétendent que cette fin de non-recevoir est dépassée et que le temps est venu pour le Canada de faire comme ont fait d'autres pays et d'adopter un régime de partage de la responsabilité dans les réclamations en matière maritime. Les défenderesses répliquent que la règle de common law faisant obstacle à l'indemnisation en cas de négligence contributive dans les affaires maritimes est établie depuis longtemps. Elles soulignent que les parties qui exercent des activités dans le domaine maritime organisent leurs affaires en fonction du droit existant, qui interdit l'indemnisation des demandeurs coupables de négligence contributive dans les affaires de collision en mer. Si cette interdiction doit être levée, c'est par le législateur fédéral qu'elle devrait l'être, affirment-elles.

93

The question is whether the proposed change falls within the test for judicial reform of the law which has been developed by this Court. Courts may change the law by extending existing principles to new areas of the law where the change is clearly necessary to keep the law in step with the “dynamic and evolving fabric of our society” and the ramifications of the change are not incapable of assessment. Conversely, courts will not intervene where the proposed changes will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. As Iacobucci J. put it in *Salituro* (at p. 670):

La question qui se pose est de savoir si le changement proposé satisfait au critère élaboré par notre Cour en ce qui concerne la réforme du droit par les tribunaux. Les tribunaux peuvent changer le droit en étendant les principes existants à de nouveaux domaines du droit lorsque le changement est clairement nécessaire pour que le droit suive «l'évolution et le dynamisme de la société» et lorsqu'il n'est pas impossible d'évaluer les conséquences du changement. À l'inverse, les tribunaux n'interviendront pas lorsque les changements proposés auront des effets complexes et d'une grande portée, plaçant le droit sur une trajectoire inconnue et dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Comme l'a dit le juge Iacobucci dans *Salituro* (à la p. 670):

These cases reflect the flexible approach that this Court has taken to the development of the common law. Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex

Ces arrêts témoignent de l'attitude souple que notre Cour a adoptée envers l'évolution de la common law. Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empêcher de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la

ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

In my view, recognition of shared liability for fault and elimination of the contributory negligence bar in maritime torts falls within these principles.

First, the change is required to keep the maritime common law “in step with the dynamic and evolving fabric of our society”. The considerations on which the contributory negligence bar was based no longer comport with the modern view of fairness and justice. Tort law no longer accepts the traditional theory underpinning the contributory negligence bar — that the injured party cannot prove that the tortfeasor “caused” the damage. The contributory negligence bar results in manifest unfairness, particularly where the negligence of the injured party is slight in comparison with the negligence of others. Nor does the contributory negligence bar further the goal of modern tort law of encouraging care and vigilance. So long as an injured party can be shown to be marginally at fault, a tortfeasor’s conduct, no matter how egregious, goes unpunished.

Judges and commentators are united in condemning the bar. The continuing existence of a maritime contributory negligence bar has been termed “archaic” (see W. Tetley, “A Definition of Canadian Maritime Law” (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, at p. 138). In a maritime personal injury case, Mackenzie J. described the bar much less charitably as “a harsh anachronism out of tune with contemporary standards of fairness”: *Peters v. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389 (S.C.), at p. 397.

responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d’entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société.

À mon avis, la reconnaissance du partage de la responsabilité en cas de faute et la suppression de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière de délits maritimes sont visées par ces principes.

Premièrement, le changement est requis pour que la common law en matière maritime «suive l’évolution et le dynamisme de la société». Les considérations servant de fondement à la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive ne sont plus compatibles avec la conception moderne de l’équité et de la justice. Le droit de la responsabilité délictuelle n’accepte plus la doctrine traditionnelle qui sous-tend cette fin de non-recevoir — savoir que la partie lésée est incapable de prouver que l’auteur du délit «a causé» le dommage. La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive est source d’injustice manifeste, particulièrement lorsque la négligence de la partie lésée est légère en comparaison de celle d’autrui. Cette fin de non-recevoir ne sert pas non plus l’objectif du droit moderne de la responsabilité délictuelle qui consiste à favoriser la diligence et la vigilance. Tant qu’il est possible d’établir que la partie lésée est marginalement fautive, la conduite de l’auteur d’un délit, si odieuse soit-elle, reste impunie.

Les juges et les commentateurs s’unissent pour condamner cette fin de non-recevoir. Son maintien en matière maritime a été qualifié d’[TRADUCTION] «archaïque» (voir W. Tetley, «A Definition of Canadian Maritime Law» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, à la p. 138). Dans une affaire de lésions corporelles en matière maritime, le juge Mackenzie a décrit cette fin de non-recevoir en termes beaucoup moins charitables, la qualifiant d’[TRADUCTION] «anachronisme criant, complètement déphasé par rapport aux normes contemporaines de l’équité»: *Peters c. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389 (C.S.), à la p. 397.

94

95

96

Although admiralty law in the United States is a combination of legislation and judicially created rules, much of the reform in the area of contributory negligence and apportionment based on liability originated with the judiciary. The United States Supreme Court removed the contributory negligence bar over one hundred years ago in *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890). The plaintiff longshoreman sued for injuries sustained when he fell from the defendant ship's bridge. The accident was found to have been caused both by the negligence of the plaintiff and the negligent removal of a ladder by the defendant ship operators. Blatchford J., after reviewing the case law, concluded that the contributory negligence bar had been gradually relaxed and applied the divided damages rule which then prevailed in maritime collision cases. He stated (at pp.14-15):

All these were cases in admiralty, and were not cases of collision between two vessels. They show an amelioration of the common law rule, and an extension of the admiralty rule in a direction which we think is manifestly just and proper. Contributory negligence, in a case like the present, should not wholly bar recovery. There would have been no injury to the libellant but for the fault of the vessel; and while, on the one hand, the court ought not to give him full compensation for his injury, where he himself was partly in fault, it ought not, on the other hand, to be restrained from saying that the fact of his negligence should not deprive him of all recovery of damages. As stated by the District Judge in his opinion in the present case, the more equal distribution of justice, the dictates of humanity, the safety of life and limb and the public good, will be best promoted by holding vessels liable to bear some part of the actual pecuniary loss sustained by the libellant, in a case like the present, where their fault is clear, provided the libellant's fault, though evident, is neither wilful, nor gross, nor inexcusable, and where the other circumstances present a strong case for his relief. We think this rule is applicable to all like cases of marine tort founded upon negligence and prosecuted in admiralty, as in harmony with the rule for the division of damages in cases of collision. The mere fact of the negligence of the libellant as partly occasioning the injuries to him, when they also occurred partly

Bien que le droit de l'amirauté aux États-Unis soit un amalgame de règles législatives et prétoriennes, les tribunaux sont à l'origine d'une grande partie des améliorations apportées dans le domaine de la négligence contributive et de la répartition fondée sur la responsabilité. La Cour suprême des États-Unis a aboli la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive il y a plus de cent ans dans l'arrêt *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890). Le débardeur demandeur avait intenté une action par suite des blessures qu'il avait subies en tombant du pont du navire défendeur. Le tribunal a conclu que l'accident avait été causé à la fois par la négligence du demandeur lui-même et par le retrait négligent d'une échelle par les exploitants du navire défendeur. Après examen de la jurisprudence, le juge Blatchford a conclu que la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive avait été graduellement assouplie et il a suivi la règle du partage de la charge des dommages, qui était alors appliquée dans les affaires de collisions maritimes. Il a déclaré ceci (aux pp. 14 et 15):

[TRADUCTION] Il s'agissait exclusivement d'affaires d'amirauté et non pas d'affaires de collision entre deux bâtiments. Elles attestent une amélioration de la règle de common law ainsi qu'une extension de la règle d'amirauté dans une direction que nous croyons manifestement juste et correcte. Dans une affaire comme la présente, la négligence contributive ne devrait pas empêcher totalement l'indemnisation. Le demandeur n'aurait pas subi de préjudice n'eût été la faute du bâtiment; et même si, d'une part, la cour ne doit pas lui accorder pleine compensation pour son préjudice, dès lors qu'il a lui-même été en partie fautif, elle ne doit pas, d'autre part, être empêchée de dire que sa négligence ne devrait pas le priver de toute indemnisation de ses dommages. Comme l'a déclaré le juge de district dans ses motifs en l'espèce, on favorisera davantage l'égalité de la justice, les préceptes de l'humanité, la sécurité de la vie et l'intégrité physique ainsi que le bien public en mettant à la charge des bâtiments une partie de la perte financière réelle subie par le demandeur, dans une affaire comme celle qui nous occupe, lorsque la faute du bâtiment est manifeste, pourvu que celle du demandeur, bien qu'évidente, ne soit ni volontaire, ni lourde, ni inexcusable, et lorsque les autres circonstances militent fortement en faveur de l'octroi d'une réparation à son endroit. Nous estimons que cette règle est applicable à toutes les affaires analogues de délit sur-

through the negligence of the officers of the vessel, does not debar him entirely from a recovery.

Legislation providing for apportionment based on fault in personal injury cases was later enacted. More recently, the principle of contribution between tortfeasors was recognized in *Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974). Finally, in relation to collision cases, the United States Supreme Court reformed the common law divided damages rule and apportioned damages proportionately to the comparative degrees of fault: *United States v. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975).

I turn next to the question of whether removal of the contributory negligence bar will have unforeseeable or complex ramifications beyond the cognizance of the judiciary. In my view, it will not. The principle of apportionment for non-maritime torts is universally accepted in every part of Canada and indeed, around the world. Statutes have eliminated the bar and substituted a rule of apportionment in England, Australia and the common law provinces of Canada. The same holds under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (art. 1478): see J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at paras. 490-91. In England, Australia and the United States, the bar has been removed, and apportionment made the rule, for maritime torts. In all these jurisdictions, the rule of apportionment operates without apparent problem. In brief, the proposed change has been tried and tested. This experience tells us what will happen if the contributory negligence bar is lifted and apportionment allowed. We can confidently predict that lifting the bar will not produce unforeseen or problematic consequences. Rather, the effect will be positive: to bring the law in step not only with “the changing social, moral and economic fabric of the country” (*Salituro, supra*, at p. 670), but with the

venu en mer fondées sur la négligence et poursuivies en amirauté, car elle est en accord avec la règle du partage des dommages dans les affaires d’abordage. Le simple fait que la négligence du demandeur est partiellement à l’origine de ses blessures, alors qu’elles résultent également en partie de la négligence des officiers du bâtiment, ne l’empêche pas totalement d’être indemnisé.

Le texte de loi qui prévoit la répartition en fonction de la faute dans les affaires de lésions corporelles a été adopté plus tard. Plus récemment, le principe de la contribution appliqué aux auteurs d’un délit a été reconnu dans l’arrêt *Cooper Stevedoring Co. c. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974). En dernier lieu, en ce qui concerne les affaires de collision, la Cour suprême des États-Unis a réformé la règle du partage de la charge des dommages en common law, et elle a réparti les dommages selon le degré comparatif des fautes commises: *United States c. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975).

J’aborde maintenant la question de savoir si l’abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive aura des conséquences imprévisibles ou complexes qui échappent aux tribunaux. À mon avis, elle n’en aura pas. Le principe de la répartition en matière de délits non maritimes est accepté universellement, partout au Canada et, de fait, à travers le monde. Des lois ont aboli cette fin de non-recevoir et l’ont remplacée par une règle prescrivant la répartition en Angleterre, en Australie et dans les provinces canadiennes de common law. La même règle existe en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (art. 1478): voir J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4<sup>e</sup> éd. 1994), aux par. 490 et 491. En Angleterre, en Australie et aux États-Unis, cette fin de non-recevoir a été abolie et la répartition est devenue la règle en matière de délits maritimes. Dans tous ces ressorts, la règle de la répartition s’applique sans problème apparent. En résumé, le changement proposé a été mis à l’épreuve. Cette expérience nous renseigne sur ce qui se passera si la négligence contributive n’est plus considérée comme une fin de non-recevoir et si la répartition est permise. Nous pouvons prédire avec confiance que l’abolition de cette fin de non-recevoir n’entraînera pas de conséquences imprévues ni problématiques. Au contraire, cette décision aura un effet



law of other jurisdictions like the United States, Australia and England.

98 The defendants submit that this Court should not change the law to eliminate the contributory negligence bar because it is not in a position to determine what type of regime to put in its place. Here again, however, the experience of other jurisdictions assists us.

99 The first question is whether a defendant should be responsible for only its share of the damages (several liability), or for all of the plaintiff's damages less the percentage of damage attributable to the plaintiff (joint and several liability). The defendants submit that the first approach (several liability) should be adopted as it is more consistent with the collision provisions in s. 565 of the *Canada Shipping Act*, which provides:

**565.** (1) Where, by the fault of two or more vessels, damage or loss is caused to one or more of those vessels, to their cargoes or freight or to any property on board, the liability to make good the damage or loss shall be in proportion to the degree in which each vessel was at fault.

This may be contrasted with s. 566, which provides that the liability of vessel owners for personal injury is "joint and several". Without definitively determining the effect of s. 565, which was not argued, the difference between the two sections falls short of demonstrating that Parliament intended liability under s. 565 to be several only. The precursors to ss. 565 and 566 were originally enacted in the *Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13, in order to give effect to the articles of the 1910 Brussels Convention. Section 565 originated as a response to the common law admiralty divided damages rule which provided that when two ships collided, each bore 50 percent of the loss. As collisions between more than two

positif: celui d'harmoniser le droit applicable non seulement avec les «changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays» (*Salituro*, précité, à la p. 670), mais également avec le droit d'autres pays comme les États-Unis, l'Australie et l'Angleterre.

Les défenderesses soutiennent que notre Cour ne devrait pas changer le droit pour supprimer la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive car elle n'est pas en mesure de déterminer par quel type de régime il faudrait la remplacer. Encore une fois, cependant, l'expérience d'autres ressorts nous est utile.

La première question est de savoir si le défendeur devrait être responsable seulement de sa part des dommages (responsabilité individuelle) ou de tous les dommages du demandeur, déduction faite du pourcentage des dommages attribuable au demandeur (responsabilité solidaire). Les défenderesses prétendent qu'il faudrait retenir la première méthode (responsabilité individuelle), parce qu'elle est plus compatible avec les dispositions relatives aux collisions de l'art. 565 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui est ainsi rédigé:

**565.** (1) Lorsque, par la faute de deux ou plusieurs bâtiments, il y a avarie ou perte d'un ou plusieurs de ces bâtiments, de leurs cargaisons ou de leur fret, ou des biens à bord, la responsabilité en matière d'avarie ou de perte est proportionnée au degré de faute de chaque bâtiment.

Cette disposition peut être comparée avec l'art. 566, qui prévoit que les propriétaires des bâtiments sont «solidairement» responsables des lésions corporelles. Sans statuer de façon définitive sur la portée de l'art. 565, cette question n'ayant pas été débattue, j'estime que la différence entre les deux articles ne prouve pas que le législateur fédéral entendait que la responsabilité prévue à l'art. 565 soit individuelle seulement. Les dispositions qui ont précédé les art. 565 et 566 ont été édictées à l'origine dans la *Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13, pour donner effet aux articles de la Convention de Bruxelles de 1910. L'article 565 répondait à l'origine à la règle d'amirauté en common law concernant le partage

vessels are rare (no reported cases of such collisions have been cited to us), it may not have been considered necessary to address the issue of contribution between two or more vessels. By contrast, personal injury actions are more likely to involve more than one defendant, which may explain the reference to joint and several liability in s. 566.

In the United States, joint and several liability is the rule: *Edmonds v. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); see also W. B. Daly and G. H. Falter, "Contribution and Indemnity in Maritime Actions", in *Benedict on Admiralty* (7th ed. 1995 (loose-leaf)), vol. 2, at p. 1-6. Any tortfeasor paying the plaintiff a greater amount than its portion of liability can obtain contribution from the other tortfeasor(s): *Cooper Stevedoring*, *supra*, and Daly and Falter. This appears to be essentially consistent with the contributory negligence legislation of most provinces and England: see e.g. L. Klar, "Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors" in *Studies in Canadian Tort Law* (1977), at pp. 163-64, and R. F. V. Heuston and R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 491. The situation appears to be similar under the *Civil Code of Québec* (arts. 1523 and 1526): J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4th ed. 1993), at para. 870.

A final question concerns the availability of contribution — that is, the right of a tortfeasor who pays more than its share of the plaintiff's damages to recover the excess amount paid from other tortfeasors. It is often stated that at common law there was no contribution between tortfeasors, citing *Merryweather v. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337. It may also be noted that in *Sparrows Point v. Greater Vancouver Water District*, [1951] S.C.R. 396, Rand J. (at p. 412), in concurring reasons, after holding that provincial contributory negligence legislation could not apply, stated that as a result of the application of common law admi-

des dommages qui prévoyait qu'en cas d'abordage entre deux bâtiments, chacun assumait 50 pour 100 de la perte. Comme les abordages entre plus de deux bâtiments sont chose rare (aucun cas de ce genre ne nous a été signalé), il est possible qu'on n'ait pas jugé nécessaire de traiter la question de la contribution de deux bâtiments ou plus. Par contraste, les actions pour lésions corporelles sont plus susceptibles de mettre en cause plus d'un défendeur, ce qui peut expliquer la mention de la responsabilité solidaire à l'art. 566.

Aux États-Unis, la solidarité est la règle: *Edmonds c. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); voir également W. B. Daly et G. H. Falter, «Contribution and Indemnity in Maritime Actions», dans *Benedict on Admiralty* (7<sup>e</sup> éd. 1995 (feuilles mobiles)), vol. 2, à la p. 1-6. L'auteur d'un délit qui verse au demandeur un montant supérieur à sa part de l'indemnité due peut obtenir une contribution des autres auteurs du délit: *Cooper Stevedoring*, précité, et Daly et Falter. Cela semble être essentiellement en accord avec la législation de la plupart des provinces et de l'Angleterre en matière de négligence contributive: voir, par ex., L. Klar, «Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors» dans *Studies in Canadian Tort Law* (1977), aux pp. 163 et 164, et R. F. V. Heuston et R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 491. La situation semble la même en vertu du *Code civil du Québec* (art. 1523 et 1526): J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4<sup>e</sup> éd. 1993), au par. 870.

La dernière question concerne la possibilité d'une contribution — c'est-à-dire le droit pour l'auteur d'un délit qui verse plus que sa part de l'indemnité accordée au demandeur de recouvrer auprès des coauteurs la somme excédentaire qu'il a versée. On a affirmé souvent que, en common law, il n'y avait pas de contribution entre les coauteurs d'un délit, en citant alors *Merryweather c. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337. On peut également noter que, dans l'arrêt *Sparrows Point c. Greater Vancouver Water District*, [1951] R.C.S. 396, le juge Rand (à la p. 412), dans des motifs concordants, après avoir conclu que la législation

100

101

rality principles, there could be no contribution. However, the arguments in favour of and against contribution between tortfeasors appear not to have been considered. Commentators have questioned whether the common law rule against contribution was absolute, particularly in cases where the tort committed was not intentional, and there was no malicious motivation: see e.g. G. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 83-84, and see also *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts*, *supra*, at pp. 5-6. Again, under the Quebec *Civil Code*, contribution is available to a tortfeasor who has paid more than its share of the liability (art. 1536): Baudouin, *Les obligations*, *supra*, at para. 881. Like the contributory negligence bar, the idea that there can be no contribution between tortfeasors is anachronistic and not in keeping with modern notions of fairness.

provinciale en matière de négligence contributive ne pouvait pas s'appliquer, a déclaré que, par suite de l'application de principes de common law en matière d'amirauté, il ne pouvait y avoir contribution. Cependant, on ne semble avoir examiné ni les arguments favorables ni les arguments défavorables à la thèse de la contribution entre coauteurs d'un délit. Les commentateurs se sont demandé si la règle de common law interdisant la contribution était absolue, particulièrement dans les cas où le délit commis n'était pas intentionnel et où il n'y avait pas de motivation malveillante: voir, par ex., G. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 83 et 84, et voir également *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6. Encore une fois, selon le *Code civil du Québec*, la contribution est ouverte à l'auteur d'un délit qui a versé une somme supérieure à celle correspondant à sa part de responsabilité (art. 1536): Baudouin, *Les obligations*, *op. cit.*, au par. 881. Comme la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive, l'idée qu'il ne puisse pas y avoir de contribution entre les coauteurs d'un délit est anachronique et ne concorde pas avec les notions modernes d'équité.

102 I conclude that this is an appropriate case for this Court to make an incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness. Contributory negligence may reduce recovery but does not bar the plaintiff's claim. The defendants SJSL and Raychem are jointly and severally liable to the plaintiff BVHB for 40 percent of its loss, subject to a right of contribution between defendants.

Je conclus qu'il s'agit d'un cas où il convient que notre Cour apporte un changement progressif à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité. La négligence contributive peut réduire l'indemnité, mais elle ne constitue pas une fin de non-recevoir à la réclamation présentée par la demanderesse. Les défenderesses SJSL et Raychem sont solidairement responsables envers la demanderesse BVHB de 40 pour 100 de la perte subie par cette dernière, sous réserve du droit de chacune des défenderesses de demander une contribution à l'autre.

#### I. Summary of Findings on Tort Issues

#### I. Résumé des conclusions sur les questions de responsabilité délictuelle

103 The defendants SJSL and Raychem owed the plaintiff BVHB a duty to warn of the dangers of using Thermaclad on the rig. The contract did not exclude SJSL's tort liability to BVHB. SJSL and

Les défenderesses SJSL et Raychem avaient l'obligation de mettre en garde la demanderesse BVHB contre les dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la plate-forme. Le contrat n'excluait pas que la responsabilité délictuelle de SJSL soit engagée à l'égard de BVHB. SJSL et

Raychem did not discharge their duty to warn and are equally responsible for failing to do so.

Raychem ne se sont pas acquittées de leur obligation de mise en garde et elles sont également responsables de ce manquement.

The plaintiff BVHB was contributorily negligent, and responsible for 60 percent of its loss. Its contributory negligence does not bar recovery of the balance of its losses.

La demanderesse BVHB s'est rendue coupable de négligence contributive et elle est responsable de sa perte dans une proportion de 60 pour 100. Sa négligence contributive ne l'empêche pas d'être indemnisée du reste de ses pertes.

104

VI. Is SJSL Liable to BVHB in Contract?

VI. SJSL est-elle responsable envers BVHB en matière contractuelle?

The Court of Appeal found that the parties settled the contract issues out of court and that there was accord and satisfaction. BVHB appeals this finding.

La Cour d'appel a conclu que les parties ont réglé à l'amiable les questions d'ordre contractuel et qu'il y a eu accord et satisfaction sur ce point. BVHB se pourvoit contre cette conclusion.

105

In BVHB's submission, the purpose of the settlement concluded by the countersigned letter dated November 12, 1985 was not to discharge all contractual liabilities but to determine the final cost of construction so that the day rates could be established. The parties could not, it argues, have intended to abandon other rights in the contract, such as BVHB's intellectual property claims, SJSL's intellectual property reservations, or rights arising from breaches that they were unaware of at the time. It argues that the general release language of the letter should be restrained by the limiting language in an earlier letter outlining construction costs and warranty matters. BVHB also argues that the Court of Appeal's conclusion of accord and satisfaction contravenes the express provisions of clause 1903 of the construction contract:

Selon BVHB, le règlement intervenu au moyen de la lettre contresignée en date du 12 novembre 1985 ne visait pas à acquitter toutes les obligations contractuelles mais à déterminer le coût final de la construction pour que les taux quotidiens puissent être fixés. Il n'est pas possible, affirme BVHB, que les parties aient eu l'intention de renoncer aux autres droits prévus au contrat, comme les réclamations de BVHB en matière de propriété intellectuelle, les réserves de SJSL à cet égard ou les droits découlant des manquements dont elles n'étaient pas au courant à l'époque. BVHB soutient que la libération générale formulée dans la lettre devrait être restreinte par le libellé limitatif d'une lettre antérieure exposant les coûts de construction et les clauses relatives à la garantie. BVHB affirme également que la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y aurait eu entente va à l'encontre des dispositions expresses de la clause 1903 du contrat de construction:

106

[TRADUCTION]

1903. Any failure by Owner at any time or from time to time to enforce or require the strict keeping and performance of any of the terms or conditions of this Agreement shall not constitute a waiver of such terms or conditions and shall not affect or impair such terms or conditions in any way, or the right of Owner at any time to avail itself of such remedies as it may have for any breaches of such terms or conditions.

1903. L'omission par le propriétaire de faire observer toute condition de l'accord ou d'en exiger le respect strict ne constitue pas une renonciation à ces conditions et n'a aucune incidence sur celles-ci ni sur le droit du propriétaire d'exercer en tout temps les recours dont il dispose en cas de manquement à ces conditions.

Thus, BVHB submits that SJSL's breaches of contract — its failure to provide letters of certification for Thermaclad and its failure to ensure that Thermaclad met the non-combustibility requirements incorporated into the construction contract — remain actionable.

Ainsi, BVHB soutient que les manquements de SJSL au contrat — son omission de fournir des lettres de certification pour le Thermaclad et son omission de vérifier si le Thermaclad satisfaisait aux exigences d'incombustibilité stipulées dans le contrat de construction — donnent encore ouverture à action.

<sup>107</sup> SJSL responds by pointing out that the stated purpose of the exchange of cheques was to fully and finally settle all of the claims arising out of the contract, except in relation to the thruster problem (not at issue). The letter did not state that the exchange was for the limited purpose of settling the capital cost of the rig for the determination of the day rates. SJSL says that there is no evidence that SJSL knew or would have cared about BVHB's need to settle contractual issues in order to determine the day rates. Finally, in SJSL's submission, clause 1903 does not apply. A settlement agreement is not a "failure . . . to enforce or require the strict keeping and performance of any of the terms or conditions" of the contract. The purpose of a provision such as clause 1903 is to prevent an argument based on waiver or promissory estoppel, not to prevent the reaching of a settlement agreement entered into for good consideration.

SJSL répond en soulignant que l'objectif déclaré de l'échange des chèques était de régler totalement et définitivement toutes les réclamations découlant du contrat, sauf en ce qui concerne le problème du propulseur (qui n'était pas en litige). La lettre ne mentionnait pas que l'échange avait uniquement pour but de déterminer le coût en capital de la plate-forme en vue de la fixation des taux quotidiens. SJSL dit qu'aucune preuve n'établit qu'elle savait que BVHB devait régler des questions d'ordre contractuel pour déterminer les tarifs quotidiens, ni qu'elle s'y serait intéressée. Enfin, selon SJSL, la clause 1903 ne s'applique pas. Un règlement amiable n'est pas une «omission [. . .] de faire observer toute condition [du contrat] ou d'en exiger le respect strict». Une disposition telle que la clause 1903 a pour objet d'empêcher que soit invoqué tout argument fondé sur une renonciation ou une préclusion promissoire, non pas à empêcher la conclusion d'un règlement pour une contrepartie valable.

<sup>108</sup> I agree with the Court of Appeal that the countersigned letter of November 12, 1985 and the exchange of cheques settled the claims for breach of contract. Cameron J.A. correctly stated the requirements of accord and satisfaction as outlined by Scrutton L.J. in *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. v. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616 (C.A.), at pp. 643-44:

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la lettre contresignée en date du 12 novembre 1985 et l'échange des chèques ont réglé les réclamations pour rupture de contrat. Le juge Cameron a bien exposé les exigences requises pour qu'il y ait accord et satisfaction, qui ont été formulées par le lord juge Scrutton dans l'arrêt *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. c. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616 (C.A.), aux pp. 643 et 644:

Accord and satisfaction is the purchase of a release from an obligation whether arising under contract or tort by means of any valuable consideration, not being the actual performance of the obligation itself. The accord is the agreement by which the obligation is discharged. The satisfaction is the consideration which makes the agreement operative.

[TRADUCTION] L'entente dite d'accord et satisfaction consiste à obtenir la libération d'une obligation découlant d'un contrat ou d'un délit en versant une contrepartie valable autre que l'exécution elle-même de l'obligation elle-même. L'accord est l'échange des consentements en vue d'éteindre l'obligation. La satisfaction est la contrepartie qui donne effet à l'accord.

The knowledge that BVHB may or may not have had of other potential contractual claims is irrelevant in light of its intention that there be a “full and final settlement”. BVHB made no reservations in the letter except for the thrusters. I accept SJSL’s argument that BVHB’s motivation for entering into the agreement is also irrelevant. The court need not go beyond the purpose of the exchange of cheques unambiguously stated in the countersigned letter: to “constitute full and final settlement of the subject contract and the guarantee provision thereof, with the exception of the thruster problem”. The accord and satisfaction was supported by consideration, discharging SJSL from any contractual liability to BVHB in relation to the alleged breaches raised in this case.

In view of my conclusion that the contractual issues have been settled and are no longer litigable I make no findings on whether there was a breach of contract or whether if there was, damages would be reduced on account of BVHB’s contributory negligence.

#### VII. Disposition

I would dismiss the main appeal and all cross-appeals, with costs in this Court. As to costs below, the order of the Newfoundland Court of Appeal remains.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — I have had the advantage of reading the lucid reasons of my colleague, Justice McLachlin. At the outset, I wish to commend my colleague for her treatment of the approaches taken by her and La Forest J. in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021. In that respect, I simply wish to add one comment regarding the issue of contractual relational economic loss.

Le fait de savoir que BVHB peut avoir eu ou non d’autres réclamations contractuelles potentielles n’est pas pertinent à la lumière de son intention d’arriver à un «règlement complet et définitif». BVHB n’a fait aucune réserve dans la lettre sauf en ce qui concerne les propulseurs. J’accepte l’argument de SJSL que le motif pour lequel BVHB a conclu l’entente n’est pas pertinent non plus. La cour n’a pas à aller au-delà de l’objet de l’échange des chèques, qui est énoncé de manière non ambiguë dans la lettre contresignée: [TRADUCTION] «en règlement complet et définitif du contrat visé et de sa clause de garantie, à l’exception du problème du propulseur». L’entente d’accord et satisfaction était appuyée par une contrepartie et avait pour effet de libérer SJSL de toute responsabilité contractuelle envers BVHB à l’égard des manquements allégués en l’espèce.

Vu ma conclusion selon laquelle les questions d’ordre contractuel ont été réglées et ne sont plus litigieuses, je ne tire aucune conclusion quant à savoir s’il y a eu rupture de contrat ou si, en cas de réponse affirmative à la première question, les dommages-intérêts devraient être réduits pour tenir compte de la négligence contributive de BVHB.

#### VII. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi principal et les pourvois incidents, avec dépens devant notre Cour. Pour ce qui est des dépens devant les juridictions inférieures, l’ordonnance de la Cour d’appel de Terre-Neuve reste valide.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs lumineux de ma collègue, le juge McLachlin. Je désire d’abord la complimenter pour sa façon d’aborder les méthodes qu’elle-même et le juge La Forest ont retenues dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. À cet égard, je voudrais simplement ajouter un commentaire relativement à la question de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat.

109

110

111

112

113 I understand my colleague's discussion of this matter to mean that she has adopted the general exclusionary rule and categorical exceptions approach set forth by La Forest J. in *Norsk*. My colleague has found that the circumstances of the present case do not fall within any of the three exceptions identified in that case. She points out that both her reasons and those of La Forest J. in *Norsk* recognize that the categories of recoverable contractual relational economic loss are not closed and that whether or not a new category ought to be created is determined on a case-by-case basis. In that connection, I approve of her analysis of the facts of this case and applaud the approach she has taken to meld her reasoning in *Norsk* with that of La Forest J. in this very difficult area of the law.

114 While I agree with most of her analysis in this case, I cannot, with respect, concur with her interpretation of clauses 702, 905 and 907 of the contract between SJSL and BVHB. I agree with my colleague when she points out that limitation and exclusion clauses are to be strictly construed against the party seeking to invoke the clause. I also agree that, where the planned contractual obligations of two parties negate tort liability, contract will "trump" tort. But, I disagree with her conclusion that the clauses in question do not negate SJSL's duty to warn.

115 Clause 907 states in part that, "Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof . . ." (emphasis added). As I read this clause, the parties have chosen to specify the only ground of builder liability related to the use of Thermaclad, namely, negligence in the installation thereof. By expressly limiting liability to only these circumstances, the parties have, in my view, by necessary implication

Si je comprends bien l'examen que ma collègue a fait de cette question, elle a adopté la méthode proposée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* qui consiste à poser une règle générale d'exclusion et à l'assortir d'exceptions fondées sur des catégories. Ma collègue a conclu que les circonstances de l'espèce ne sont visées par aucune des trois exceptions mentionnées dans cet arrêt. Elle souligne qu'il ressort tant de ses motifs que de ceux du juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* que les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives et que la question de savoir s'il convient de créer une nouvelle catégorie est réglée dans chaque cas. À ce propos, je suis d'accord avec son analyse des faits en l'espèce et j'approuve la façon dont elle a combiné son raisonnement dans l'arrêt *Norsk* avec celui du juge La Forest dans ce domaine très difficile du droit.

Tout en étant d'accord avec la plus grande partie de son analyse en l'espèce, je ne puis, en toute déférence, souscrire à son interprétation des clauses 702, 905 et 907 du contrat intervenu entre SJSL et BVHB. Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que les clauses de limitation ou d'exclusion doivent être interprétées de façon stricte à l'encontre de la partie qui cherche à les invoquer. Je conviens également que, lorsque les obligations contractuelles prévues par les deux parties écartent la responsabilité délictuelle, le contrat «l'emportera» sur le délit. Mais je suis en désaccord avec sa conclusion selon laquelle les clauses en question ne font pas disparaître l'obligation de mise en garde qui incombait à SJSL.

La clause 907 stipule notamment que: [TRADUCTION] «[l]a responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation . . .» (je souligne). Selon mon interprétation de cette clause, les parties ont choisi de préciser le seul fondement permettant d'établir la responsabilité du constructeur relativement à l'utilisation du Thermaclad, à savoir la négligence commise dans son installation. À mon avis, en limitant expressément la responsabilité à ces seules circonstances, les parties ont écarté, par déduction nécessaire, tous les autres fondements

excluded all other grounds of builder liability, including the duty to warn.

The fact that Thermaclad is “owner directed supply” reinforces my reading of the provisions in question. In the instant case, Thermaclad was chosen by the owner, BVHB, and the builder, SJSL, was obliged to use that product. Indeed, SJSL would have breached the contract if it had refused to use this material. It seems to me that where the owner specifies a particular product to be used, it is generally the owner and not the builder who, unless otherwise specified in the contract, should bear the losses that flow from the risk associated with that product’s use.

Additional reinforcement for my conclusion that the contract provisions create exclusive liability limited to installation is found in the concluding language of clause 907, which reads: “In all other instances, the sole risk and responsibility for Owner Directed Supply shall, as between Builder and Owner, be borne by Owner” (emphasis added). I also draw support from clause 905 which states in part that, the “remedies provided in this Article are exclusive” (emphasis added). In addition, clause 702 states that “the Builder’s sole obligation with respect to the Vessel shall be as specified in Article IX” (emphasis added). That article contains both clauses 905 and 907.

In concluding that the present contract does not exclude liability for negligence, my colleague puts much emphasis on the placement of the relevant provisions within the contract. Clauses 905 and 907, both found in the “warranty” section of the contract, are said to function as a “‘warranty’ of workmanship and materials” (para. 29). My colleague notes that warranties generally do not relate to the duty to warn about the risks associated with the use of the products they cover. However, in my opinion, the placement of clauses within a contract, while a factor to be considered, is not determinative. Rather, in my view, one should examine the contract as a whole with a view to searching for the intention of the parties by recognizing the

de responsabilité en ce qui concerne le constructeur, dont l’obligation de mise en garde.

Le fait que le Thermaclad soit du «matériel imposé par le propriétaire» renforce mon interprétation des dispositions en question. Dans le cas présent, le Thermaclad a été choisi par le propriétaire, BVHB, et le constructeur, SJSL, était tenu d’utiliser ce produit. En effet, SJSL aurait manqué à son engagement contractuel si elle avait refusé d’utiliser ce matériel. Lorsque le propriétaire spécifie le produit qu’il faut utiliser, il me semble qu’à moins de stipulations contraires du contrat, c’est habituellement lui et non le constructeur qui devrait supporter les pertes découlant du risque lié à l’utilisation de ce produit.

Un autre élément qui vient renforcer ma conclusion selon laquelle les dispositions du contrat créent une responsabilité exclusive, limitée à l’installation, c’est la dernière phrase de la clause 907: [TRADUCTION] «Dans tous les autres cas, c’est le propriétaire qui supporte seul les risques et la responsabilité — entre le constructeur et le propriétaire — relativement au matériel imposé par le propriétaire» (je souligne). Je m’appuie également sur la clause 905, qui précise notamment que [TRADUCTION] «[l]es recours prévus au présent article sont exclusifs» (je souligne). De plus, la clause 702 stipule que [TRADUCTION] «la seule obligation du constructeur en ce qui concerne le bâtiment est celle précisée à l’article IX» (je souligne). Cet article comprend les clauses 905 et 907.

En concluant que le présent contrat n’exclut pas la responsabilité en cas de négligence, ma collègue insiste beaucoup sur l’endroit où sont placées les dispositions pertinentes dans le contrat. Les clauses 905 et 907, qui se trouvent dans la partie du contrat consacrée à la garantie, sont considérées comme jouant le rôle d’une «‘garantie’ quant à la fabrication et aux matériaux» (par. 29). Ma collègue note que les garanties ne portent pas en général sur les obligations de mise en garde au sujet des risques liés à l’utilisation des produits qu’elles couvrent. Toutefois, à mon avis, l’endroit où figurent les clauses dans un contrat, tout en constituant un facteur à prendre en considération, n’est pas décisif. Il me semble qu’on devrait plutôt

116

117

118



natural meaning that flows from the language chosen.

examiner le contrat dans son ensemble afin de découvrir l'intention des parties en donnant aux termes qu'elles ont employés le sens qui s'en dégage naturellement.

119 When examined in the context of cases which have held parties responsible for negligence without any express contractual reference to that head of liability, it is clear that the clauses in the instant contract are of a very different nature. For example, in *Falcon Lumber Ltd. v. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503 (Ont. H.C.), the court found the defendant liable for negligence despite the following at paragraph 13 of the defendant's price list: "The Canada Wood Specialty Company Limited is not responsible for damages or theft that may occur whilst customer lumber and/or property is on The Canada Wood Specialty Co. Ltd. premises." Whereas clauses such as this provide for general exclusion from liability, the language of the clauses at issue in the case at bar expressly provides for the assumption of liability limited to a specific circumstance, namely, negligent installation of owner-directed supply. I do not accept that contract clauses which are so fundamentally different should necessarily be interpreted in the same manner.

Lorsqu'on les examine dans le contexte d'affaires où les parties ont été tenues responsables de négligence sans que cette source de responsabilité ne soit mentionnée de façon expresse dans le contrat, il est clair que les clauses figurant dans le présent contrat sont de nature très différente. Par exemple, dans l'arrêt *Falcon Lumber Ltd. c. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503 (H.C. Ont.), la cour a jugé la défenderesse responsable de négligence malgré le passage suivant du paragraphe 13 de la liste de prix de la défenderesse: [TRADUCTION] «La Canada Wood Specialty Company Limited n'est pas responsable des dommages ni des vols qui peuvent survenir pendant que le bois d'œuvre ou les biens du client se trouvent dans les locaux de la Canada Wood Specialty Co. Ltd.» Alors que les clauses comme celle-ci prévoient une exclusion générale de responsabilité, le libellé des clauses visées en l'espèce prévoit expressément l'acceptation d'une responsabilité limitée à un cas particulier, à savoir l'installation négligente du matériel imposé. Je n'accepte pas que des clauses contractuelles si fondamentalement différentes doivent nécessairement être interprétées de la même manière.

120 An alternative analysis set forth by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, leads me to the same conclusion. In *Miida Electronics*, a marine carrier (Mitsui) agreed in a contract evidenced by a bill of lading to carry goods from Japan to Montreal where the respondent Miida, the other party to the contract and the owner of the goods, could take delivery. The goods arrived in Montreal and were picked up by the appellant, ITO, a cargo-handling company and terminal operator. ITO had agreed with Mitsui to store the goods until delivery was made to Miida. Before the goods could be delivered to Miida, thieves broke into the storage facility operated by ITO and a large number of Miida's goods were stolen. Miida

Une autre analyse effectuée par notre Cour dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, m'amène à la même conclusion. Dans l'arrêt *Miida Electronics*, un transporteur maritime (Mitsui) a convenu dans un contrat constaté par un connaissance de transporter des marchandises du Japon à Montréal où l'intimée Miida, l'autre partie au contrat et propriétaire des marchandises, pourrait en prendre livraison. Les marchandises sont arrivées à Montréal où elles ont été prises en charge par l'appelante, ITO, une compagnie de manutention et d'acconage. ITO avait convenu avec Mitsui d'entreposer les marchandises jusqu'à leur livraison à Miida. Avant que les marchandises aient pu être livrées à Miida, des voleurs ont pénétré par effrac-

alleged that the theft would not have occurred but for the negligence of ITO.

One of the key issues in *Miida Electronics* was whether a “Himalaya” clause in Mitsui’s bill of lading extended limitation of liability to those it employed in the performance of the contract of carriage. However, having decided that the Himalaya clause could be effective, the Court went on to consider whether the exemption clause in the bill of lading, which imposed limits on liability but did not expressly refer to negligence, could relieve ITO of liability for its own negligence. McIntyre J., writing for the majority, relied heavily upon *Lamport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The “Raphael”)*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.), where May L.J. canvassed the jurisprudence in the area and stated (at pp. 49-50):

... if an exemption clause of the kind we are considering excludes liability for negligence expressly, then the Courts will give effect to the exemption. If it does not do so expressly, but its wording is clear and wide enough to do so by implication, then the question becomes whether the contracting parties so intended. If the only head of liability upon which the clause can bite in the circumstances of a given case is negligence, and the parties did or must be deemed to have applied their minds to this eventuality, then clearly it is not difficult for a Court to hold that this was what the parties intended — that this is its proper construction. Indeed, to hold otherwise would be contrary to commonsense. On the other hand if there is a head of liability upon which the clause could bite in addition to negligence then, because it is more unlikely than not that a party will be ready to excuse his other contracting party from the consequences of the latter’s negligence, the clause will generally be construed as not covering negligence. If the parties did or must be deemed to have applied their minds to the potential alternative head of liability at the time the contract was made then, in the absence of any express reference to negligence, the Courts can sensibly only conclude that the relevant clause was not

tion dans l’entrepôt exploité par ITO et se sont emparés d’une grande partie des marchandises de Miida. Cette dernière a soutenu que le vol n’aurait pas eu lieu n’eût été la négligence de la société ITO.

Dans l’arrêt *Miida Electronics*, l’une des questions cruciales était de savoir si la clause «Himalaya» du connaissement de Mitsui étendait la limitation de responsabilité à ceux qu’elle employait pour exécuter le contrat de transport. Cependant, après avoir décidé que la clause Himalaya pouvait jouer, la Cour s’est demandé si la clause d’exemption du connaissement, qui limitait la responsabilité mais ne mentionnait pas expressément la négligence, pouvait dégager ITO de toute responsabilité due à sa propre négligence. S’exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre s’est appuyé largement sur l’arrêt *Lamport & Holt Lines Ltd. c. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The «Raphael»)*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.), où le lord juge May a examiné minutieusement la jurisprudence en la matière et a dit (aux pp. 49 et 50):

[TRADUCTION] ... si une clause de non-responsabilité du genre de celle dont nous sommes saisis exclut expressément la responsabilité pour négligence, les tribunaux donneront alors effet à cette exclusion. Si elle ne le fait pas expressément, mais que son texte est clair et suffisamment général pour le faire tacitement, il s’agit alors de déterminer si c’était bien là l’intention des parties contractantes. Si la seule catégorie de responsabilité que la clause peut frapper dans les circonstances d’une espèce donnée est celle due à la négligence, et que les parties ont eu cette éventualité à l’esprit ou doivent être réputées l’avoir eue, alors, manifestement, il ne sera pas difficile pour le tribunal de juger que c’était bien là la volonté des parties — que c’est là l’interprétation qu’il faut lui donner. D’ailleurs, juger autrement serait contraire au bon sens. D’autre part, s’il y a une catégorie de responsabilité que la clause pourrait viser outre celle due à la négligence, alors, parce qu’il est plus improbable que probable que l’une des parties sera prête à soustraire son cocontractant aux conséquences de sa négligence, la clause sera généralement interprétée comme non applicable à la négligence. Si les parties ont eu à l’esprit, ou doivent être réputées avoir eu à l’esprit, une autre catégorie possible de responsabilité au moment de la conclusion du contrat, alors, en l’absence de mention expresse de la négligence, les tribunaux ne peuvent que conclure que la clause pertinente n’est pas destinée à

intended to cover negligence and will refuse so to construe it.

The Ontario Court of Appeal recently relied upon this same line of reasoning in *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722.

122

In *Miida Electronics*, *supra*, McIntyre J. found that, as the goods were in short-term storage awaiting delivery, the only liability that could be imposed on ITO would be based on negligence. Therefore, the exemption clause in the bill of lading, despite the absence of an express reference to negligence, was found to relieve ITO of liability for negligence. In my opinion, the contract provisions in the instant case warrant the same treatment. By the wording of clause 905, SJSL is relieved of any liability arising from defects. Clause 907 states that SJSL's liability shall extend only to installation of owner-directed supply and that in all other instances, BVHB bears the risk and responsibility for these products. Therefore, it seems to me that the natural meaning of these clauses indicates that the only head of liability upon which these clauses can bite is negligence in installation. As such, based upon the authority of *Miida Electronics*, SJSL ought to be relieved of any liability for failing to warn BVHB of the dangers associated with the use of Thermaclad.

123

Accordingly, I must respectfully disagree with McLachlin J.'s conclusion that BVHB was entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn. I note that it is not open to Raychem to seek contribution from SJSL, as a contractor which has protected itself against liability cannot be said to have contributed to any actionable loss suffered by the plaintiff: *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346. Consequently, Raychem is liable for the entire 40 percent quantum found by the trial judge.

s'appliquer à la négligence et ils refuseront de l'interpréter ainsi.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée récemment sur le même raisonnement dans l'arrêt *Upper Lakes Shipping Ltd. c. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722.

Dans l'arrêt *Miida Electronics*, précité, le juge McIntyre a conclu que, comme les marchandises étaient entreposées pour une courte période en attendant la livraison, la seule responsabilité qui pouvait être attribuée à la société ITO serait fondée sur la négligence. Par conséquent, il a été décidé que la clause d'exemption figurant dans le connaissement dégageait ITO de toute responsabilité due à la négligence, malgré l'absence d'une mention expresse de la négligence. À mon avis, les dispositions du contrat en l'espèce justifient le même traitement. En vertu du libellé de la clause 905, SJSL est déchargée de toute responsabilité à l'égard des vices. La clause 907 stipule que la responsabilité de SJSL s'étend seulement à l'installation du matériel imposé par le propriétaire et que, dans tous les autres cas, BVHB assume les risques et la responsabilité pour ces produits. Par conséquent, il me semble que selon le sens naturel de ces clauses, elles ne peuvent viser que la responsabilité due à une négligence dans l'installation. Ainsi, compte tenu du poids de l'arrêt *Miida Electronics*, SJSL devrait être déchargée de toute responsabilité pour avoir omis d'informer BVHB des dangers liés à l'utilisation du Thermaclad.

En conséquence, je suis dans l'obligation de me dissocier de la conclusion du juge McLachlin selon laquelle BVHB avait le droit de poursuivre SJSL en invoquant l'obligation de mise en garde en matière délictuelle. Je fais remarquer que Raychem ne peut pas réclamer une contribution de SJSL car on ne peut pas dire que l'entrepreneur qui s'est protégé de toute responsabilité a contribué à une perte l'exposant aux poursuites du demandeur: *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346. Par conséquent, Raychem est seule responsable de la part de 40 pour 100 fixée par le juge de première instance.

I would therefore dismiss the appeal brought by HOOL and BVI. Further, I would dismiss all of the cross-appeals save for that of SJSL with regard to the duty to warn, which I would allow with costs throughout. As to costs on the main appeal and all other cross-appeals, I would assess these in the same manner as McLachlin J.

*Appeal and cross-appeals other than that of SJSL dismissed with costs. Cross-appeal of SJSL allowed with costs, LA FOREST and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for Husky Oil Operations Ltd.: Code Hunter Wittmann, Calgary.*

*Solicitors for Bow Valley Industries Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.*

*Solicitors for St. John Shipbuilding Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for Raychem Canada Limited and Raychem Corporation: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.*

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi formé par HOOL et BVI. De plus, je suis d'avis de rejeter tous les pourvois incidents, sauf celui de SJSL relativement à l'obligation de mise en garde que je suis d'avis d'accueillir avec dépens dans toutes les cours. Quant aux dépens du pourvoi principal et de tous les autres pourvois incidents, je suis d'avis de les fixer de la même manière que le juge McLachlin.

*Pourvoi et pourvois incidents autres que celui de SJSL rejetés avec dépens. Pourvoi incident de SJSL accueilli, les juges LA FOREST et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de Husky Oil Operations Ltd.: Code Hunter Wittmann, Calgary.*

*Procureurs de Bow Valley Industries Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.*

*Procureurs de St. John Shipbuilding Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de Raychem Canada Limited et Raychem Corporation: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.*