

Greenwood Shopping Plaza Limited
(Plaintiff) Appellant;

and

Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas (Defendants) Respondents.

1980: January 24; 1980: June 17.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Contracts — Privity of contract — Landlord and tenant — Whether insurance clauses in a lease agreement exempted tenant's employees from liability — Agency — Trust — Written agreement contradicted.

The appellant is the owner of a shopping centre in Nova Scotia. The respondents were employees of a company, Neil J. Buchanan Limited, which became a tenant of the appellant in 1972. The lease included, in paras. 14 and 15, the provisions which covered insurance of the demised premises and under which the lessor was to insure the buildings against fire or, if itself unable to procure insurance, to permit the lessee to acquire insurance on behalf of the lessor (para. 14) and under which both the lessor and the lessee were to arrange with their respective insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire occasioned by acts of the other (para. 15).

Neither party took any steps towards the performance of these agreements, though both parties were partially insured. On March 3, 1976, a fire which started in the premises leased by the company destroyed part of the shopping centre. The fire was caused by the negligence of the respondents, acting in the course of their employment. The action was brought on behalf of the appellant for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid to the appellant by the insurers.

At trial, the company, as the employer, was held vicariously liable in damages, but the judge held that the company was not liable to the appellant for losses which the appellant failed to insure against, or under any subrogated claim on behalf of the appellant's insurers, and that the respondents, as employees, could no more be sued by the appellant than the company itself. The Court of Appeal dismissed the appeal, being of the opinion that the landlord's covenant in the lease includ-

Greenwood Shopping Plaza Limited
(Demanderesse) Appelante;

et

Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas (Défendeurs) Intimés.

1980: 24 janvier; 1980: 17 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Contrats — Relativité des contrats — Propriétaire et locataire — Clauses d'assurance d'un bail exonérant ou pas les employés du locataire de leur responsabilité — Mandat — Fiducie — Contradiction d'une entente écrite.

L'appelante est propriétaire d'un centre commercial en Nouvelle-Écosse. Les intimés étaient des employés de la compagnie Neil J. Buchanan Limited, qui en 1972 est devenue locataire de l'appelante. Les clauses 14 et 15 du bail traitent de l'assurance des lieux loués. Le bailleur devait assurer les bâtiments contre l'incendie ou s'il ne pouvait lui-même obtenir une assurance, il devait autoriser le preneur à en obtenir une en son nom (clause 14). Le bailleur et le preneur devaient s'entendre avec leurs assureurs respectifs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie provoqué par le fait de l'autre (clause 15).

Aucune des parties n'a fait de démarches pour donner suite à ces dispositions quoique les deux parties fussent partiellement assurées. Le 3 mars 1976, un incendie a pris naissance dans les lieux loués par la compagnie et a détruit une partie du centre commercial. L'incendie est dû à la négligence des intimés dans l'exécution de leurs fonctions. L'action est intentée au nom de l'appelante qui cherche à se faire indemniser pour la perte non-assurée et au nom de ses assureurs contre l'incendie par voie de subrogation en vue de recouvrer les sommes qu'ils lui ont versées.

En première instance, la compagnie à titre d'employeur a été jugée responsable du fait d'autrui et tenue à des dommages-intérêts, mais le juge a conclu que la compagnie n'était ni responsable envers l'appelante des pertes contre lesquelles celle-ci ne s'était pas assurée ni responsable en vertu d'une subrogation exercée au nom des assureurs de l'appelante; il a aussi conclu que pas plus que la compagnie, les intimés, à titre d'employés, ne pouvaient être poursuivis par l'appelante. La Cour d'ap-

ed a promise to cover the employees and that there was an identification of the employees with the employer which saved them from being "strangers to the contract". Leave to appeal to this Court was granted on the narrow question of whether the respondents held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreements in paras. 14 and 15, may claim the benefit of those provisions and thereby receive the same protection as that afforded to the company, their employer.

Held: The appeal should be allowed.

The general rule of the common law is that no one but the parties to a contract can be bound by it, or entitled under it. This rule of privity has not always been applied with the rigor which has developed during modern times. There have been many attempts to break out of the rigid mould imposed by the concept of privity and some statutory relief has been provided in special cases but the concept remains one of general application. Exceptions have been recognized by the courts, in the cases of trust and of agency, but none of these exceptions is available to the respondents, in the case at bar: the implications of a contractual link between employer and employee in this case, sufficient to protect the employees from liability for their own separate negligence, cannot be supported on the limited evidence available, and the Court is not referred to any evidence from which a trust could be inferred. Courts must, in cases of this sort, be wary against drawing inferences upon vague and scanty evidence, where the result would be to contradict the clear words of a written agreement and where rectification is not sought or may not be had. Accordingly, whatever may have been in the minds of the contracting parties, the employees who seek the protection of paras. 14 and 15 were not parties to the contract and may neither sue to enforce nor benefit from it.

Agnew-Surpass Shoe Stores Limited v. Cummer-Yonge Investments Limited, [1976] 2 S.C.R. 221; *Ross Southward Tire Limited et al. v. Pyrotech Products Limited et al.*, [1976] 2 S.C.R. 35; *T. Eaton Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1978] 2 S.C.R. 749; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black Limited*, [1971] S.C.R. 41; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B.S. 393; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*, [1915] A.C. 847; *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co.*

pel a rejeté l'appel, étant d'avis que l'engagement du bailleur dans le bail englobe la promesse de garantir les employés et qu'il y a une identification des employés à l'employeur, ce qui leur évite d'être des «étrangers au contrat». L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour accordée en l'espèce est restreinte à la question de savoir si les intimés qui ont été jugés coupables de la négligence qui a entraîné la perte, mais qui ne sont pas parties au bail et aux ententes sur l'assurance des clauses 14 et 15, peuvent se prévaloir de ces dispositions et, de ce fait, recevoir la même protection que celle accordée à la compagnie, leur employeur.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La règle générale en *common law* est que nul autre que les parties à un contrat ne peut être lié par celui-ci. Cette règle de la relativité des contrats n'a pas toujours été appliquée avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui. On a tenté à plusieurs reprises de se dégager du moule rigide imposé par la notion de la relativité des contrats et dans des cas spéciaux, la correction est venue de la loi, mais la notion en demeure une d'application générale. Les tribunaux ont admis des exceptions dans les cas du mandat et de la fiducie, mais aucune de ces exceptions n'est applicable aux intimés dans la présente affaire: on ne peut appuyer les implications d'un lien contractuel entre l'employeur et l'employé, à même de suffire en l'espèce à protéger les employés contre toute responsabilité du fait de leur propre négligence, sur les éléments de preuve restreints, et on n'a pas produit devant la Cour d'éléments de preuve dont on pourrait déduire l'existence d'une fiducie. Dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent faire attention de ne pas tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve vagues et insuffisants lorsque cela aurait pour résultat de contredire le texte clair d'une entente écrite qu'on ne cherche pas à corriger ou qu'il serait impossible de corriger. En conséquence, quel que soit le but recherché par les cocontractants, il reste que les employés qui cherchent à être garantis par les clauses 14 et 15 ne sont pas parties au contrat et ils ne peuvent ni intenter de poursuites pour le faire respecter ni s'en prévaloir.

Jurisprudence: *Agnew-Surpass Shoe Stores Limited c. Cummer-Yonge Investments Limited*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Ross Southward Tire Limited et autres c. Pyrotech Products Limited et autres*, [1976] 2 R.C.S. 35; *La Compagnie T. Eaton Limitée et autre c. Smith et autre*, [1978] 2 R.C.S. 749; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Company Limited c. Pickford & Black Limited*, [1971] R.C.S. 41; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B.S. 393; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*, [1915] A.C. 847; *New Zealand Shipping Co.*

Ltd., [1975] A.C. 154; *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*, [1919] A.C. 801; *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*, [1933] A.C. 70, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹, dismissing an appeal from the judgment of the Trial Division. Appeal allowed.

Arthur Moreira, Q.C., Alexander S. Beveridge and A. Williams Moreira, for the plaintiff, appellant.

David Miller, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the doctrine of privity of contract and the question of the extent of third party rights under contract. The appellant is the owner of a shopping centre in Greenwood, Nova Scotia. Neil J. Buchanan Limited (the company) is a corporation whose shares are all beneficially owned by one Neil J. Buchanan who was active in the management of the company's affairs which concerned the operation of a Canadian Tire Store under franchise. The respondents, Beattie and Pettipas, were at all relevant times employees of the company. The company became a tenant of the appellant in 1972, occupying some of the space in the shopping centre. It took over the unexpired term of a lease with the former tenant and, on the expiration of that term, it was renewed. No new lease was executed but an exchange of letters covered the creation of a new term at a new rent subject to the other conditions contained in the lease. It was found at trial, and has not been since contested, that the terms of the tenancy are set out in the earlier lease, save as modified by the exchange of letters. The lease included, in paras. 14 and 15, the provisions which covered insurance of the demised premises. They are set out hereunder:

14. The Lessor shall insure the buildings on the Entire Premises against fire and supplemental risks on the basis of replacement cost to the extent obtainable and shall

¹ (1979), 6 B.L.R. 41.

Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd., [1975] A.C. 154; *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*, [1919] A.C. 801; *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*, [1933] A.C. 70.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, qui a rejeté un appel du jugement de la Division de première instance. Pourvoi accueilli.

Arthur Moreira, c.r., Alexander S. Beveridge et A. Williams Moreira, pour la demanderesse, appelante.

David Miller, pour les défendeurs, intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi porte sur la doctrine de la relativité des contrats et sur l'étendue des droits des tiers en vertu d'un contrat. L'appelante est propriétaire d'un centre commercial à Greenwood (Nouvelle-Écosse). Neil J. Buchanan Limited (la compagnie) est une société dont les actions appartiennent en propriété véritable à un nommé Neil J. Buchanan. Ce dernier prenait une part active dans la direction des affaires de la compagnie qui exploitait la concession d'un magasin Canadian Tire. Les intimés, Beattie et Pettipas, étaient pendant toute la période en cause des employés de la compagnie. En 1972, la compagnie a loué de l'appelante un local situé dans le centre commercial et a repris le bail en cours conclu avec l'ancien locataire. A son expiration, le bail a été renouvelé. Les parties n'ont pas signé un nouveau bail mais ont convenu, tel qu'il ressort d'un échange de correspondance, d'une nouvelle durée et d'un nouveau loyer et de la reconduction des autres clauses du bail. Le tribunal de première instance a conclu, et cela n'a pas été contesté depuis, que les conditions de location sont stipulées dans le bail primitif, sous réserve des modifications prévues par l'échange de correspondance. Les clauses 14 et 15 du bail traitent de l'assurance des lieux loués. Les voici:

[TRADUCTION] 14. Le bailleur doit assurer les bâtiments du Complexe contre l'incendie et les autres risques sur la base du coût de remplacement, dans la

¹ (1979), 6 B.L.R. 41.

furnish copies of all policies to the Lessee. The Lessor, if itself unable to procure insurance on this basis, and before insuring on a depreciated cost basis, undertakes to give notice to the Lessee of its inability to procure such insurance and to permit the Lessee to acquire insurance on the basis of replacement cost on behalf of the Lessor and for which the Lessor agrees to pay.

15. Both the Lessor and the Lessee will arrange, provided such arrangement is not contrary to the wishes of any existing or future mortgagee of the Entire Premises, with their respective insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire or supplemental perils occasioned by acts of the other, provided such loss is covered by insurance and to the extent only that payment of such loss is made by the insurer.

Neither party to the lease took any steps towards the performance of the agreements mentioned in paras. 14 and 15. The appellant did not insure to replacement cost and neither party took any steps to obtain express waivers of subrogation. The company did not request and the appellant did not deliver a copy of the policy of insurance mentioned in para. 14. The parties were not, however, wholly without insurance. The company secured a minimal amount of \$10,000 on some of its own property and the appellant insured the buildings on the basis of the cost of construction with a percentage addition but did not procure coverage for replacement cost nor did it make any arrangement regarding the waiver of subrogation rights. On the night of March 3, 1976, a large part of the shopping centre was destroyed or damaged by fire. The fire started in the premises leased by the company. It was found at trial—and these findings were accepted in the Court of Appeal and have not been contested here—that the fire was caused by the negligence of the respondents, Beattie and Pettipas, acting in the course of their employment, while using welding equipment to erect tire racks in a part of the demised premises used for garage and storage. The action was brought on behalf of Greenwood for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid to the appellant by the insurers. The company, Buchanan personally, and certain other parties were originally involved in this litigation, which involved three separate cases,

mesure où il pourra le faire, et doit remettre au preneur des exemplaires de toutes les polices d'assurance. S'il ne peut lui-même obtenir une assurance à ces conditions, le bailleur doit, avant de s'assurer sur la base de la valeur dépréciée, en aviser le preneur et l'autoriser à obtenir en son nom et sur la base du coût de remplacement une assurance dont les primes seront payées par le bailleur.

15. A la condition que cela ne soit pas contraire aux souhaits de tout créancier hypothécaire existant ou éventuel du Complexe, le bailleur et le preneur doivent s'entendre avec leurs assureurs respectifs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie ou d'autres sinistres provoqués par le fait de l'autre, à la condition que cette perte soit garantie par l'assurance et dans la mesure seulement où une indemnité est versée par l'assureur.

Aucune des parties au bail n'a fait de démarches pour donner suite aux dispositions des clauses 14 et 15. L'appelante n'a pas assuré les biens jusqu'à concurrence du coût de remplacement et aucune des parties n'a cherché à obtenir de renonciations expresses au bénéfice de subrogation. La compagnie n'a pas exigé la remise d'un exemplaire de la police conformément à la clause 14 et l'appelante n'en a pas délivré. Malgré tout, les parties n'étaient pas sans assurance. La compagnie a assuré une partie de ses biens pour un montant minimal de \$10,000 et l'appelante a assuré les bâtiments sur la base du coût de construction plus un certain pourcentage, mais n'a pas obtenu d'assurance pour garantir le coût de remplacement ni pris de dispositions pour la renonciation au bénéfice de subrogation. Dans la nuit du 3 mars 1976, une partie importante du centre commercial a été détruite ou endommagée par un incendie qui a pris naissance dans les lieux loués par la compagnie. Le tribunal de première instance a conclu—conclusions qui ont été acceptées en Cour d'appel et ne sont pas contestées ici—que l'incendie est dû à la négligence des intimés, Beattie et Pettipas qui, dans l'exécution de leurs fonctions, ont utilisé du matériel de soudure afin d'installer des râteliers à pneus dans une partie des lieux loués utilisés comme garage et entrepôt. L'action est intentée au nom de Greenwood qui cherche à se faire indemniser pour la perte non assurée et au nom de ses assureurs contre l'incendie, par voie de subrogation, en vue de recouvrer les sommes qu'ils ont

all of which were consolidated for trial and dealt with in one trial judgment. This appeal, however, concerns only the appellant and the two respondent employees of the company.

At trial, Cowan C.J.T.D. found the respondents' negligence caused the fire and held the company, as the employer, vicariously liable in damages. However, applying the judgments of this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Limited*², *Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd. et al.*³, and *T. Eaton Company Ltd. et al. v. Smith et al.*⁴, and upon a consideration of the effect of paras. 14 and 15 of the lease, he limited the recovery of the appellant as against the company to such damages which exceeded amounts which were or should have been insured against under the insurance provision in paras. 14 and 15. This excluded from the appellant's recovery against the company both subrogated damages and the appellant's damages consisting of the difference between the amount of insurance and the cost of reconstruction. Rental loss and some incidental expense resulting from the fire were allowed. Damages, however, were not finally fixed at trial or on appeal and remain to be assessed pending the determination of liability.

At the trial, while the respondents were joined as defendants, the question of their separate liability does not seem to have received serious or extensive argument. In supplementary reasons for judgment given on proceedings which were described as "an application for the order" and which followed the trial and the giving of reasons for judgment, Cowan C.J.T.D. disposed of the matter in these terms:

versées à l'appelante. La compagnie, Buchanan, en son nom personnel, et d'autres parties étaient impliqués à l'origine dans ce litige; trois actions distinctes ont été réunies en première instance et ont fait l'objet d'un seul jugement. Ce pourvoi ne concerne toutefois que l'appelante et les deux intimés, employés de la compagnie.

En Division de première instance, le juge en chef Cowan a conclu que la négligence des intimés était à l'origine de l'incendie et que la compagnie, à titre d'employeur, était responsable du fait d'autrui et devait répondre des dommages. Toutefois, en application des arrêts de cette Cour *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*², *Ross Southward Tire Ltd. et autres c. Pyrotech Products Ltd. et autres*³, et *La Compagnie T. Eaton Limitée et autre c. Smith et autre*⁴, et après une analyse de l'effet des clauses 14 et 15 du bail, le juge a limité le montant que l'appelante peut recouvrer de la compagnie aux dommages-intérêts dépassant les sommes qui étaient ou devaient être garanties conformément aux clauses 14 et 15. Cela excluait du redressement accordé à l'appelante contre la compagnie à la fois les dommages-intérêts à même d'être obtenus par subrogation et ceux qui correspondaient à la différence entre le montant de l'assurance et le coût de la reconstruction. Le jugement a fait droit à la perte de location et à des dépenses accessoires découlant de l'incendie. Toutefois, les dommages-intérêts n'ont pas été fixés de façon définitive en première instance ni en appel; ils devront être évalués une fois la responsabilité établie.

Bien que les intimés aient été joints en première instance comme codéfendeurs, la question de leur responsabilité distincte ne semble pas avoir fait l'objet de débats importants ou exhaustifs. Dans des motifs de jugement additionnels exposés à l'issue de ce qu'on a appelé [TRADUCTION] «une demande d'ordonnance» qui est postérieure à l'instruction et à la délivrance des motifs de jugement, le juge en chef Cowan règle cette question en ces termes:

² [1976] 2 S.C.R. 221.

³ [1976] 2 S.C.R. 35.

⁴ [1978] 2 S.C.R. 749.

² [1976] 2 R.C.S. 221.

³ [1976] 2 R.C.S. 35.

⁴ [1978] 2 R.C.S. 749.

A question was also raised as to the position of the defendants, Beattie and Pettipas, and as to whether or not the right of recovery of the Greenwood company against these defendants was similarly limited.

Clause 15 provided that the Greenwood company, as lessor, would arrange with its insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire or supplemental perils occasioned by acts of the lessee, provided such loss was covered by insurance and to the extent only that payment of such loss was made by the insurer. The defendants, Beattie and Pettipas, were not parties to the lease which was in force between the Greenwood company as lessor and the Buchanan company as lessee. It was suggested that the insurers of the Greenwood company were entitled to subrogation against Beattie and Pettipas, employees of the Buchanan company, acting within the scope of their authority, for whose negligence the Buchanan company is vicariously liable.

Counsel were not able to cite any authority in support of their respective views and the point appears to be one of first impression.

On consideration, it appears to me that the clause in question was intended by the parties to provide that there should be no right of subrogation on the part of the insurers of the Greenwood company in respect of losses, for which the Buchanan company might be liable, either because of its own negligence or because of the negligence of others, for whose actions it would be vicariously liable. That is the effect of the reasons for judgment which I delivered on May 26, 1978.

It seems to me that it follows logically that if there is no right of subrogation against the Buchanan company, in respect of the particular loss, there should be no right of subrogation against the employees of the Buchanan company for whose negligence the Buchanan company is responsible.

In the Court of Appeal, which affirmed the trial decision, MacKeigan C.J.N.S., after agreeing that the company was not liable to Greenwood for losses which Greenwood failed to insure against, or under any subrogated claim on behalf of Greenwood's insurers, dealt with the position of the respondents in these terms:

Greenwood's final contention, that in any event the respondents Beattie and Pettipas were not protected by the lease, must, in my opinion, fail. Buchanan, in obtain-

[TRADUCTION] La question de la situation des défendeurs, Beattie et Pettipas, a été soulevée de même que celle de savoir si le droit de la compagnie Greenwood à des dommages-intérêts contre ces défendeurs était également restreint.

La clause 15 prévoit que la compagnie Greenwood, à titre de bailleur, doit s'entendre avec ses assureurs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie ou d'autres sinistres provoqués par le fait du preneur, à la condition que cette perte soit garantie par l'assurance et dans la mesure seulement où une indemnité est versée par l'assureur. Les défendeurs Beattie et Pettipas n'étaient pas parties au bail conclu entre la compagnie Greenwood en sa qualité de bailleur et la compagnie Buchanan en sa qualité de preneur. On a allégué que les assureurs de la compagnie Greenwood étaient subrogés dans les droits de leur assurée contre Beattie et Pettipas, employés de la compagnie Buchanan, qui agissaient dans les limites de leurs fonctions et dont la négligence a engagé la responsabilité de la compagnie Buchanan.

Les avocats n'ont pu citer de jurisprudence à l'appui de leurs points de vue respectifs et la question semble en être une de première impression.

Après réflexion, j'estime qu'aux termes de la clause visée, les parties entendaient ne consentir aucune subrogation au profit des assureurs de la compagnie Greenwood pour les pertes dont la compagnie Buchanan pouvait être tenue responsable à cause de sa propre négligence ou de celle de tiers dont les actes la rendent responsable. C'est la portée des motifs de jugement que j'ai exposés le 26 mai 1978.

A mon avis, il s'ensuit nécessairement que s'il n'y a pas de droit de subrogation contre la compagnie Buchanan relativement à la perte en cause, il ne devrait pas y en avoir contre les employés de la compagnie Buchanan dont la négligence a entraîné la responsabilité de la compagnie.

La Cour d'appel a confirmé la décision de première instance. Après avoir reconnu que la compagnie n'était ni responsable envers Greenwood des pertes contre lesquelles celle-ci ne s'était pas assurée, ni responsable en vertu d'une subrogation exercée au nom des assureurs de Greenwood, le juge en chef MacKeigan traite en ces termes de la situation des intimés:

[TRADUCTION] La dernière prétention de Greenwood, savoir qu'en tout état de cause, les intimés Beattie et Pettipas n'étaient pas protégés par le bail, doit, à mon

ing indirect insurance coverage against liability for its own negligence, must have intended to cover also its employees' liability since its negligence as a corporation only arises vicariously from its employees' negligent acts or omissions.

Greenwood's insurance covers fire caused by any means and by any person, including Buchanan and its employees. Clause 14 gives Buchanan the benefit of that presumed insurance. Greenwood can, it seems to me, no more sue Buchanan's employees than it can sue Buchanan.

After making reference to *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*⁵, and to the comments on that case by Ritchie J. in this Court in *Canadian General Electric Company Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*⁶, at pp. 43 and 44, he dealt with those authorities in these terms:

I need not try to analyze whether the *Midland Silicones* principle has been diluted by *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*, [1975] A.C. 154 (P.C.), and other recent cases, although I have read with profit comments, generally critical of the principle in (1977) 55 Can. Bar Rev. 327 (S.M. Waddams), (1977) 40 Mod. L. Rev. 706 (Peter Handford), and 709, (J.L.R. Davis), and (1978) 28 U.T.L.J. 75 (Graham Battersby). I find the principle does not apply here because the employees of the tenant and of the landlord are not "strangers" to the contract. They are impliedly beneficiaries of the covenant to insure contained in the lease and thus fall within one of Lord Reid's exceptions (p. 474) to his "fundamental principle", namely, where the parties to the contract have intended the exemption from liability to extend to the alleged stranger or third party.

He was of the opinion that the landlord's covenant in the lease included a promise to cover the employees and he found an identification of the employees with the employer which saved them from being "strangers to the contract". He continued:

Here the landlord's covenant to insure implied, as we have seen, a promise by the landlord to the tenant to assume by insurance the risk of loss by fire caused by

avis, échouer. Lorsque Buchanan a obtenu indirectement une assurance contre toute responsabilité encourue par suite de sa propre négligence, elle entendait certainement garantir la responsabilité de ses employés puisque sa négligence en tant que compagnie ne naît que du fait d'autrui, par suite d'omissions ou d'actes négligents de ses employés.

L'assurance de Greenwood la garantit contre tout incendie provoqué de quelque manière que ce soit et peu importe par qui y compris Buchanan et ses employés. La clause 14 donne à Buchanan le droit d'être indemnisé au titre de cette assurance. A mon avis, Greenwood ne peut pas plus poursuivre les employés de Buchanan qu'elle ne peut poursuivre cette dernière.

Après avoir cité *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*⁵, et les commentaires de cet arrêt faits par le juge Ritchie de cette Cour dans *Canadian General Electric Company Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*⁶, aux pp. 43 et 44, il traite de cette jurisprudence en ces termes:

[TRADUCTION] Je n'ai pas à chercher à analyser si le principe énoncé dans l'arrêt *Midland Silicones* a été atténué par l'arrêt *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*, [1975] A.C. 154 (C.P.), et d'autres décisions récentes, même si j'ai lu avec profit des études généralement critiques de ce principe dans (1977) 55 R. du B. Can. 327 (S.M. Waddams), (1977) 40 Mod. L. Rev. 706 (Peter Handford) et 709, (J.L.R. Davis), et (1978) 28 U.T.L.J. 75 (Graham Battersby). J'estime que le principe ne s'applique pas en l'espèce puisque les employés du preneur et du bailleur ne sont pas des «étrangers» au contrat. Ils sont implicitement bénéficiaires de l'engagement de contracter une assurance contenu dans le bail et se trouvent ainsi dans l'une des exceptions énoncées par lord Reid (p. 474) à son «principe fondamental», savoir l'intention des parties au contrat d'exonérer de toute responsabilité les présumés étrangers ou tiers.

Il est d'avis que l'engagement du bailleur dans le bail englobe la promesse de garantir les employés et il conclut à une identification des employés à l'employeur, ce qui leur évite d'être des «étrangers au contrat». Il poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'engagement du bailleur de contracter une assurance comporte, comme on l'a déjà vu, une promesse faite au preneur d'assumer au

⁵ [1962] A.C. 446 (H.L.), [1962] 1 All E.R. 1.

⁶ [1971] S.C.R. 41.

⁵ [1962] A.C. 446 (Ch.L.), [1962] 1 All E.R. 1.

⁶ [1971] R.C.S. 41.

any means, including the negligence of the tenant and its employees. That assumption of risk implied a further promise not to sue the tenant for damage which would be covered by that risk. In my opinion, this latter promise must have been intended to extend to the employees through whom and for whom the tenant was responsible.

This presumed intent to benefit the employee, in my view, arises from the identification, in this type of case, of the employees with their corporate employer, an identification which does not occur, for example, between a shipper and an independent contractor, such as a stevedoring company. Their acts and omissions are the employer's act. All duties imposed on the tenant by the lease are performed by the employees, including the duty not to harm the landlord's property. Any right of the tenant under the lease, such as the right to occupy the demised premises, or to use the parking lot and other common facilities of the shopping centre, is exercised and enjoyed for the tenant by the employees and becomes a right of the employees, e.g., the implied "right" not to be sued for trespass. Why should the implied right not to be sued for negligence be different?

It will be seen that the learned Chief Justice recognized the general common law principle that a person not a party to a contract can neither sue to enforce it nor rely upon it to protect himself from liability. He considered, however, that the doctrine should be applied with some exceptions and that one was to be found in the case at bar, the respondents being identified with the employer and not independent contractors as in the stevedoring cases.

The order giving leave to appeal to this Court provided:

It is ordered that leave to appeal be granted from the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, insofar as it relates to the claim of the appellant as against the respondents, Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas.

This limits the scope of the appeal to the narrow question of whether the respondents, held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreements in paras. 14 and 15, may claim the benefit

moyen d'une police d'assurance le risque de perte résultant d'un incendie provoqué de quelque manière que ce soit, y compris par la négligence du preneur et de ses employés. Cette prise en charge du risque implique une autre promesse, celle de ne pas poursuivre le preneur pour des dommages découlant de la réalisation du risque. A mon avis, cette promesse doit s'étendre aux employés du fait desquels le preneur est responsable.

A mon avis, cette intention présumée de protéger l'employé provient dans ce genre d'affaire de l'identification des employés à la compagnie qui les emploie, identification qui ne se produit pas, par exemple, entre un affrèteur et un entrepreneur indépendant, telle une compagnie d'arrimage. Leurs actes et leurs omissions sont le fait de l'employeur. Toutes les obligations imposées au preneur par le bail sont exécutées par les employés, y compris l'obligation de ne pas endommager les biens du bailleur. Les droits du preneur aux termes du bail, tels que le droit d'occuper les lieux loués ou d'utiliser le stationnement et les autres installations communes du centre commercial, sont exercés au nom du preneur par les employés qui en jouissent. Ces droits deviennent ceux des employés comme, par exemple, le «droit» implicite de ne pas être poursuivi pour violation du droit de propriété. Pourquoi en serait-il autrement du droit implicite de ne pas être poursuivi pour négligence?

On notera que le savant Juge en chef a admis le principe général de *common law* voulant qu'une personne qui n'est pas partie à un contrat ne peut engager de poursuites pour en obtenir l'exécution ni se retrancher derrière pour se protéger contre toute responsabilité. Il a toutefois estimé que la doctrine devrait souffrir certaines exceptions: l'affaire en cause en constitue une, puisque les intimés s'identifient à l'employeur et non pas à des entrepreneurs indépendants comme dans les affaires d'arrimage.

L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] La cour autorise le pourvoi interjeté de l'arrêt rendu par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour ce qui est de la réclamation de l'appelante contre les intimés Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas.

Elle restreint le pourvoi à la question étroite de savoir si les intimés qui ont été jugés coupables de la négligence qui a entraîné la perte, mais qui ne sont pas parties au bail et aux ententes sur l'assurance des clauses 14 et 15, peuvent se prévaloir de

of those provisions and thereby receive the same protection as that afforded to the company, their employer, who was otherwise equally liable with them for their negligence.

This question, it was argued by the appellant, had been settled in England since *Tweddle v. Atkinson*⁷. It was restated in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*⁸, and put beyond doubt by the more recent *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, *supra*. This authority was approved in this Court in *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, *supra*, and thus the law in Canada has been settled upon this point.

The respondent contended that the case turned on a finding of fact made in the Courts below that the employees of the tenant were within the contemplation of the parties when the agreement regarding insurance revealed in paras. 14 and 15 of the lease was made and they were therefore entitled to its benefit. The effect of the argument was that the employees, if not formal parties to the contract, were nevertheless intended objects of its benefits along with their employer and accordingly the trial judgment was correct. In the alternative, it was contended that the *Midland Silicones* case had not settled the law in Canada and that the point relied upon by the appellant was still open in this Court.

The rule relating to privity of contract has been stated in many authorities in sometimes varying form, but a convenient expression may be found in *Anson's Law of Contract*, 25th ed., 1979, p. 411, in these terms:

We come now to deal with the effects of a valid contract when formed, and to ask, To whom does the obligation extend? What are the limits of a contractual agreement? This question must be considered under two separate headings: (1) the imposition of liabilities upon a third party, and (2) the acquisition of rights by a third party. We shall see that the general rule of the common law is that no one but the parties to a contract can be

ces dispositions et, de ce fait, recevoir la même protection que celle accordée à la compagnie, leur employeur, qui était, par ailleurs, responsable au même titre que ses employés de la négligence de ces derniers.

L'appelante fait valoir que cette question est réglée en Angleterre depuis l'arrêt *Tweddle v. Atkinson*⁷. Elle a été posée à nouveau dans *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*⁸, et définitivement résolue dans un arrêt plus récent *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, précité. Cette Cour a approuvé ce dernier arrêt dans *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, précité, et donc le droit au Canada est fixé sur ce point.

Les intimés font valoir que l'affaire dépend d'une conclusion de fait des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle lorsque les parties ont conclu l'entente sur l'assurance énoncée par les clauses 14 et 15 du bail, elles entendaient qu'elle s'applique aux employés du preneur et que, par conséquent, ceux-ci ont le droit d'en bénéficier. L'effet de l'argument est que, sans être explicitement parties au contrat, les employés n'en sont pas moins des bénéficiaires au même titre que leur employeur et que le jugement de première instance est donc bien fondé. Les intimés allèguent, à titre subsidiaire, que l'arrêt *Midland Silicones* ne fixe pas les principes de droit applicables au Canada et que cette Cour n'a pas encore statué sur le point invoqué par l'appelante.

La règle en matière de relativité des contrats a été énoncée dans la doctrine et la jurisprudence de diverses façons, mais c'est dans *Anson's Law of Contract*, 25^e éd, 1979, que l'on trouve la formulation la plus utile (p. 411):

[TRADUCTION] Passons maintenant à l'étude des effets d'un contrat valablement formé. Demandons-nous qui sont les parties à qui incombent les obligations? Quelles sont les limites d'une entente contractuelle? Cette question se divise en deux parties: 1) l'imposition de responsabilités à un tiers et 2) l'acquisition de droits par un tiers. Nous verrons qu'en *common law*, la règle générale est que nul autre que les parties à un contrat ne peut

⁷ (1861), 1 B.S. 393.

⁸ [1915] A.C. 847 (H.L.).

⁷ (1861), 1 B.S. 393.

⁸ [1915] A.C. 847 (Ch.L.).

bound by it, or entitled under it. This principle is known as that of privity of contract.

Paragraphs 14 and 15 of the lease are part of a valid contract between Greenwood and the company which confers rights and liabilities upon each of them and for which there was the necessary consideration. It is clear as well that in entering into that contract the parties were fully aware of the use to which the employer would put the demised premises and that the company would engage employees. There was at least some awareness of the risk of fire attendant upon such use because the parties agreed to guard against it by insurance arrangements. Whatever may have been in the minds of the contracting parties, however, the employees who seek the protection of paras. 14 and 15 were not parties to the contract and, according to the common law of contract, may neither sue to enforce nor benefit from it. We have here at most a contract where "A" and "B" entered into certain covenants for their mutual protection, from which it is said benefits were to flow to "C" and "D". There are many authorities of which agency and trust afford examples, "C" and "D" in the illustration above can take no benefit under the contract.

The rule of privity has not always been applied with the rigor which has developed during modern times. It has been clear, however, since *Tweddle v. Atkinson* that the rule has had decisive effect in this branch of the law. There are many cases which have applied this principle but those most commonly referred to in England in recent times are *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge and Company*, decided in 1915, and *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, decided in 1962, both in the House of Lords. The law on this point has been settled in England. In Canada, the same rule has generally been followed. In this Court, in *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, the case of *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, was adopted and approved as correctly stating the law but on facts which involved an

être lié par celui-ci ou avoir des droits en découlant. Ce principe est connu comme celui de la relativité des contrats.

Les clauses 14 et 15 du bail font partie d'un contrat valide entre Greenwood et la compagnie, aux termes duquel chacun des contractants a des droits et des obligations et pour lequel il y a eu la contrepartie nécessaire. Il est tout aussi évident qu'en concluant ce contrat, les parties étaient tout à fait au courant de l'utilisation que ferait l'employeur des lieux loués et de ce que la compagnie embaucherait des employés. Puisqu'elles se sont mises d'accord pour se garantir contre le risque d'incendie en concluant des ententes à cet effet, les parties étaient au moins partiellement au courant du risque d'incendie correspondant à cette utilisation. Toutefois, quel que soit le but recherché par les cocontractants, il reste que les employés qui cherchent à être garantis par les clauses 14 et 15 ne sont pas parties au contrat et que, conformément au droit des contrats en *common law*, ils ne peuvent ni tenter de poursuites pour le faire respecter ni s'en prévaloir. Nous sommes tout au plus en présence d'un contrat en vertu duquel «A» et «B» ont pris certains engagements en vue de leur protection mutuelle dont «C» et «D», allègue-t-on, devraient bénéficier. De nombreux arrêts étayaient la proposition que, sauf certaines exceptions, dont le mandat et la fiducie, «C» et «D» ne peuvent bénéficier du contrat.

La règle de la relativité des contrats n'a pas toujours été appliquée avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui. Il est clair toutefois depuis *Tweddle v. Atkinson* qu'elle a eu un effet décisif dans ce domaine du droit. De nombreux arrêts ont appliqué ce principe, mais les arrêts les plus couramment cités en Angleterre actuellement sont *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge and Company* et *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* rendus respectivement en 1915 et en 1962 par la Chambre des lords. Le droit en cette matière a été dit en Angleterre. Les tribunaux canadiens ont de façon générale suivi la même règle. Dans *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, cette Cour a adopté et approuvé l'arrêt *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, comme un énoncé correct du droit, mais les faits y met-

independent contractor rather than an employee. There have been many attempts to break out of the rigid mould imposed by the concept of privity and some statutory relief has been provided in special cases but the concept remains one of general application. If the case at bar cannot be brought into one or other of the exceptions which have become known in the law, or if it cannot be distinguished on its facts from the various cases which would otherwise bind us, this appeal would have to succeed.

The appellant's factum states the issue at the opening of the argument in these words:

It is respectfully submitted that the overwhelming weight of modern authority, including an applicable series of decisions in this Court, holds that a person can in no circumstances claim the benefit of a contract in which he is not a party, unless it is a contract made on his behalf by his agent, or unless a trust has been constituted of which he is the beneficiary.

For the two exceptions referred to, agency and trust, authority may be found. In *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*⁹, the benefit of an exemption from liability provided for in a contract of carriage was extended to the non-party stevedore on the basis that the carrier, a party to the contract, had contracted as agent for the stevedore. In this case, however, the stevedore was the carrier's agent in New Zealand and the Court concluded that the carrier had authority when entering into the contract of carriage to contract for the stevedore. In addition, it was considered that the stevedore, in performing the service of unloading the ship for the shipper, had given consideration. In the case at bar, we were not furnished in this Court with a full transcript of the evidence heard at trial. We are, therefore, unable to ascertain the evidentiary base for the findings which identified the respondents with the company for contractual purposes. The implication of a contractual link between employer and employee in this case, sufficient to protect the employees from liability for their own separate negligence, cannot, in my view, be supported on

taient en cause un entrepreneur indépendant plutôt qu'un employé. On a tenté à plusieurs reprises de se dégager du moule rigide imposé par la notion de la relativité des contrats et, dans des cas spéciaux, la correction est venue de la loi, mais la notion en demeure une d'application générale. Si la présente affaire ne relève pas de l'une ou l'autre des exceptions connues en droit, ou si elle ne peut être distinguée vu ses faits des diverses affaires qui autrement lient la Cour, il faudra alors accueillir ce pourvoi.

L'appelante dans son factum pose la question en litige au début de l'argumentation en ces termes:

[TRADUCTION] Avec égards, l'appelante fait valoir que suivant le poids accablant de la jurisprudence moderne, y compris une série pertinente d'arrêts de cette Cour, une personne ne peut en aucun cas se prévaloir d'un contrat auquel elle n'est pas partie à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat conclu en son nom par son mandataire ou à moins qu'une fiducie dont elle est la bénéficiaire n'ait été constituée.

Les deux exceptions précitées, savoir le mandat et la fiducie, ont fait l'objet de décisions judiciaires. Dans *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*⁹, le bénéfice d'une exemption de responsabilité prévu dans un contrat de transport a été étendu à l'acconier, un tiers au contrat, parce que le transporteur, partie au contrat, avait passé ce contrat en sa qualité de mandataire de l'acconier. Dans cette affaire, toutefois, l'acconier était le mandataire du transporteur en Nouvelle-Zélande et la Cour a conclu que le transporteur avait le pouvoir, en passant le contrat de transport, d'engager l'acconier. De plus, la Cour a considéré que l'acconier, en déchargeant le navire pour l'expéditeur, avait fourni une contrepartie. Puisqu'en l'espèce, on n'a pas produit devant cette Cour une transcription complète des témoignages entendus en première instance, il nous est impossible de vérifier dans la preuve le fondement des conclusions qui ont identifié les intimés à la compagnie à des fins contractuelles. On ne peut à mon avis appuyer les implications d'un lien contractuel entre l'employeur et l'employé, à même de suffire en l'espèce à protéger les employés contre toute

⁹ [1975] A.C. 154.

⁹ [1975] A.C. 154.

the limited evidence available for our consideration. It therefore appears impossible to give effect to the agency exception.

The other avenue of escape for the respondents would be that of trust. To succeed upon that footing, the respondents would have to show that for the purposes of the covenants in paras. 14 and 15, the company was contracting as their trustee. The base for this argument has frequently been said to be the case of *Les Affrêteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*¹⁰ It has also been recognized in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*¹¹ by Lord Wright at pp. 79-80:

It cannot be questioned that abstractly such a trusteeship is competent. No doubt at common law no one can sue on a contract except those who are contracting parties and (if the contract is not under seal) from and between whom consideration proceeds: the rule is stated by Lord Haldane in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*: "My Lords in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a *jus quaesitum tertio* arising by way of contract. Such a right may be conferred by way of property, as, for example, under a trust, but it cannot be conferred on a stranger to a contract as a right to enforce the contract in personam." In that case, as in *Tweddle v. Atkinson*, only questions of direct contractual rights in law were in issue, but Lord Haldane states the equitable principle which qualifies the legal rule, and which has received effect in many cases, as, for instance, *Robertson v. Wait*; *Affrêteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*; *Lloyd's v. Harper* namely, that a party to a contract can constitute himself a trustee for a third party of a right under the contract and thus confer such rights enforceable in equity on the third party. The trustee then can take steps to enforce performance to the beneficiary by the other contracting party as in the case of other equitable rights. The action should be in the name of the trustee; if, however, he refuses to sue, the beneficiary can sue, joining the trustee as a defendant. But, though the general rule is clear, the present question is whether R.E. Berry can be held in this case to have constituted such a trust. But

responsabilité du fait de leur propre négligence, sur les éléments de preuve restreints dont nous disposons. Il est donc impossible de donner effet à l'exception du mandat.

L'autre choix qui s'offre aux intimés serait celui de la fiducie. Pour avoir gain de cause sur ce moyen, les intimés doivent démontrer qu'aux fins des engagements stipulés dans les clauses 14 et 15, la compagnie passait le contrat en tant que fiduciaire des intimés. On a souvent allégué que cet argument trouvait son fondement dans l'arrêt *Les Affrêteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*¹⁰ L'argument a également été reconnu dans l'arrêt *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*¹¹, où lord Wright tient les propos suivants aux pp. 79 et 80:

[TRADUCTION] Il est indubitable que théoriquement, pareille fiducie est valable. Il est évident qu'en *common law*, seules les parties contractantes et (si le contrat n'est pas scellé) celles qui ont convenu d'une contrepartie et qui l'ont fournie peuvent engager des poursuites en vertu d'un contrat: la règle est énoncée par lord Haldane dans *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*: «*Vos Seigneuries, en droit anglais, il y a certains principes fondamentaux. Ainsi, seule une personne partie à un contrat peut engager des poursuites en vertu de ce contrat. Notre droit ne sait rien du *jus quaesitum tertio* né d'un contrat. Un tel droit peut être conféré par le biais du droit des biens, par exemple en vertu d'une fiducie, mais il ne peut être conféré à un étranger au contrat pour lui donner le droit de faire exécuter le contrat *in personam*.*» Dans cet arrêt, comme dans l'arrêt *Tweddle v. Atkinson*, seules des questions de droits contractuels directs étaient en cause, ce qui n'a pas empêché lord Haldane de citer le principe d'*equity* qui tempère la règle de droit et qui a été mis en application dans de nombreux arrêts, tels *Robertson v. Wait*; *Affrêteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*; *Lloyd's v. Harper*; savoir qu'une partie à un contrat peut se constituer fiduciaire, au nom d'un tiers, d'un droit découlant du contrat et ainsi lui conférer des droits exécutoires en *equity*. Le fiduciaire peut alors prendre des mesures pour que soit exécuté le contrat par l'autre partie contractante au profit du bénéficiaire, comme dans le cas d'autres droits en *equity*. L'action doit être intentée au nom du fiduciaire; si, toutefois, il refuse d'engager des poursuites, le bénéficiaire peut le

¹⁰ [1919] A.C. 801.

¹¹ [1933] A.C. 70.

¹⁰ [1919] A.C. 801.

¹¹ [1933] A.C. 70.

here again the intention to constitute the trust must be affirmatively proved.

The question then is, can the trust be shown in the case at bar? Upon this point, I must again conclude against the respondents. We were not referred to any evidence from which a trust could be inferred. Indeed, the issue of trust does not seem to have been argued in the Courts below, and neither trust nor agency was pleaded. I am unable, on a consideration of the limited evidence before this Court, to draw an inference that the company was contracting with Greenwood as a trustee for its employees. A common test applied to determine whether a trust has been created has been to pose the question whether the parties to the contract could change the contractual terms without reference to the alleged cestui que trust. If the answer is yes, no trust has been created. The contracting parties could surely have altered the terms of paras. 14 and 15 without the respondent's consent in this case. MacKeigan C.J.N.S., in his judgment, nevertheless seems to have had in mind something in the nature of a trust relationship when he referred to the respondents as not being "strangers to the contract". Despite this fact, it is not, in my view, open to this Court to reach such a conclusion and, in my opinion, the trust exception may not be inferred. Counsel for the respondents argued that in the trial and appeal Courts there had been a concurrent finding of fact to the effect that the parties intended that clause 14 of the lease would require the landlord to assume by insurance the risk of loss by fire and would not sue the tenant or the tenant's employees for loss or damage caused by fire, whether the loss was occasioned by negligence or otherwise. He argued as well that such findings of fact should not be lightly set aside by this Court. I am in agreement that we should not interfere lightly with findings of fact, but we are referred to no evidence which supports such findings and counsel agrees in his factum that it "undoubtedly rests largely on inference". It must also be observed that the clear and precise words of paras. 14 and 15 limit the application of the insurance provisions to the parties to the lease, the

faire tout en joignant le fiduciaire à titre de défendeur. Mais, malgré la clarté de la règle générale, la question en cause est de savoir si R.E. Berry a constitué une telle fiducie. Mais encore une fois l'intention de constituer la fiducie doit être prouvée de façon positive.

La question est donc de savoir si on peut en l'espèce démontrer l'existence d'une fiducie. Sur ce point, je dois encore une fois me prononcer contre les intimés. Ces derniers ne nous ont présenté aucun élément de preuve dont on pourrait déduire l'existence d'une fiducie. De fait, la question d'une fiducie ne semble pas avoir été débattue devant les tribunaux d'instance inférieure; ni la fiducie ni le mandat n'y ont été plaidés. Il m'est impossible après avoir étudié la preuve restreinte produite devant cette Cour, de déduire que la compagnie a conclu le contrat avec Greenwood en qualité de fiduciaire de ses employés. Un des critères habituels qui sert à déterminer s'il y a création d'une fiducie consiste à se demander si les parties au contrat peuvent en modifier les termes sans faire référence aux prétendus bénéficiaires de la fiducie. Si la réponse est affirmative, alors aucune fiducie n'a été constituée. Les parties contractantes pouvaient sans nul doute modifier les termes des clauses 14 et 15 sans obtenir en l'espèce le consentement des intimés. Il reste que le juge en chef MacKeigan semble avoir retenu l'idée de rapports de type fiduciaire lorsqu'il dit dans son jugement que les intimés n'étaient pas des «étrangers au contrat». Malgré ce fait, cette Cour ne peut conclure en ce sens; à mon avis, on ne peut conclure par déduction à l'exception de fiducie. L'avocat des intimés fait valoir que les tribunaux de première instance et d'appel sont arrivés à une conclusion de fait concordante, savoir que les parties entendaient par la clause 14 du bail exiger du bailleur qu'il prenne en charge, au moyen d'une assurance, le risque de perte découlant d'un incendie et qu'il ne poursuive pas le preneur ni les employés de ce dernier pour perte ou dommages causés par un incendie, que la perte soit imputable à la négligence ou à autre chose. Il fait également valoir que des conclusions de fait semblables ne devraient pas être rejetées à la légère par cette Cour. Je suis d'accord pour dire que nous ne devrions pas toucher à la légère aux conclusions de fait, mais on ne nous a présenté aucun élément de

appellant and the company. Courts must, in cases of this sort, be wary against drawing inferences upon vague and scanty evidence, where the result would be to contradict the clear words of a written agreement and where rectification is not sought or may not be had.

I would allow the appeal with costs in this Court, set aside the judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, as against the respondents Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas and vary the judgment of the Trial Division so that para. 4 of the Order will read:

(4) THAT Greenwood Shopping Plaza Limited do have Judgment against the Defendants Neil J. Buchanan Limited, Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas in the amounts of its damages excepting as against the Defendant Neil J. Buchanan Limited those losses which were insured or which should have been insured by virtue of the provisions of clauses 14 and 15 of the lease referred to in the reasons for judgment, together with its costs of the action to be taxed.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the plaintiff, appellant: Arthur R. Moreira, Halifax.

Solicitor for the defendants, respondents: David R. Chipman, Halifax.

preuve à même de les étayer et l'avocat reconnaît dans son factum que ces conclusions [TRADUCTION] «reposent largement sans aucun doute sur une déduction». Il faut également souligner que le texte clair et précis des clauses 14 et 15 restreint aux parties au bail, savoir l'appelante et la compagnie, l'application des dispositions en matière d'assurance. Dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent faire attention de ne pas tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve vagues et insuffisants lorsque cela aurait pour résultat de contredire le texte clair d'une entente écrite qu'on ne cherche pas à corriger ou qu'il serait impossible de corriger.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en cette Cour, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse quant aux intimés Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas et de modifier le jugement de la Division de première instance de façon que le par. 4 du dispositif se lise comme suit:

(4) QUE Greenwood Shopping Plaza Limited recouvre des défendeurs Neil J. Buchanan Limited, Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas le montant de ses dommages excepté quant à la défenderesse Neil J. Buchanan Limited les pertes qui étaient couvertes par assurance ou auraient dû l'être selon les stipulations des clauses 14 et 15 du bail mentionné dans les motifs de jugement, avec en outre ses dépens de l'action à taxer.

Appel accueilli avec dépens.

Procureur de la demanderesse, appelante: Arthur R. Moreira, Halifax.

Procureur des défendeurs, intimés: David R. Chipman, Halifax.