

London Drugs Limited *Appellant*

v.

**Dennis Gerrard Brassart and Hank
Vanwinkel** *Respondents*

and

**Kuehne & Nagel International Ltd. and
Federal Pioneer Limited** *Third Parties*

and

**General Truck Drivers and Helpers Local
Union No. 31** *Intervener*

INDEXED AS: LONDON DRUGS LTD. v. KUEHNE & NAGEL
INTERNATIONAL LTD.

File No.: 21980.

1991: October 29; 1992: October 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory,
McLachlin, Stevenson* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Duty of care — Transformer
being stored in warehouse facility — Warehouse
employees negligently damaging transformer —
Whether employees owed duty of care to employer's
customer — Whether employees can benefit from limita-
tion of liability clause in contract of storage between
employer and customer.*

*Contracts — Privity of contract — Limitation of li-
ability clause — Transformer being stored in warehouse
facility — Warehouse employees negligently damaging
transformer — Whether employees owed duty of care to
employer's customer — Whether employees can benefit
from limitation of liability clause in contract of storage
between employer and customer.*

The appellant delivered a transformer to a warehouse
company for storage pursuant to the terms and condi-
tions of a standard form contract, which included a limi-

* Stevenson J. took no part in the judgment.

London Drugs Limited *Appelante*

c.

^a **Dennis Gerrard Brassart et Hank
Vanwinkel** *Intimés*

et

^b

**Kuehne & Nagel International Ltd. et
Federal Pioneer Limited** *Mises en cause*

et

^c

**General Truck Drivers and Helpers Local
Union No. 31** *Intervenant*

^d RÉPERTORIÉ: LONDON DRUGS LTD. c. KUEHNE &
NAGEL INTERNATIONAL LTD.

N° du greffe: 21980.

1991: 29 octobre; 1992: 29 octobre.

^e

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obliga-
tion de diligence — Transformateur gardé dans un
entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la
négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés
avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du
client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invo-
quer la clause de limitation de responsabilité du contrat
d'entreposage conclu par l'employeur et le client?*

^h *Contrats — Lien contractuel — Clause de limitation
de responsabilité — Transformateur gardé dans un
entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la
négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés
avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du
client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invo-
quer la clause de limitation de responsabilité du contrat
d'entreposage conclu par l'employeur et le client?*

L'appelante a livré à une entreprise d'entreposage un
transformateur qui devait être entreposé conformément
aux modalités d'un contrat type, qui comportait une

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

tation of liability clause limiting the warehouseman's liability on any one package to \$40. With full knowledge and understanding of this clause, the appellant chose not to obtain additional insurance from the warehouse company and instead arranged for its own all-risk coverage. When the respondent employees tried to move the transformer using two forklift vehicles, contrary to safe practice, it toppled over and fell, causing extensive damage. The appellant sued the warehouse company and the employees for damages for breach of contract and negligence. The trial judge found the employees personally liable for the full amount of the damages, limiting the company's liability to \$40. The Court of Appeal, in a majority decision, reduced the employees' liability to \$40. The appellant appealed this decision and the respondent employees cross-appealed, arguing that they should be completely free of liability. The principal issues raised are the duty of care owed by employees to their employer's customers, and the extent to which employees can claim the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause.

Held (La Forest J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The respondent employees unquestionably owed a duty of care to the appellant when handling the transformer. In all the circumstances of this case, it was reasonably foreseeable to them that negligence on their part in the handling of the transformer would result in damage to the appellant's property. There was such a close relationship between the parties as to give rise to a duty on the employees to exercise reasonable care. Reliable, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care. There is no general rule in Canada to the effect that an employee acting in the course of his or her employment and performing the "very essence" of the employer's contractual obligations with a customer does not owe a duty of care to the employer's customer. According to the uncontested findings of the trial judge, the respondents breached their duty of care, causing damage to the transformer.

clause limitant la responsabilité de l'entreposeur à 40 \$ par colis. Connaissant et comprenant parfaitement cette clause, l'appelante a choisi de ne pas souscrire une assurance supplémentaire auprès de l'entreposeur, mais de souscrire plutôt sa propre assurance tous risques. Quand les employés intimés ont tenté de déplacer le transformateur à l'aide de deux chariots élévateurs à fourche, alors que la prudence l'interdisait, le transformateur a basculé et est tombé, ce qui a entraîné des dommages considérables. Invoquant l'inexécution du contrat et la négligence, l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts contre la compagnie d'entreposage et les employés. Le juge de première instance a tenu les employés personnellement responsables de la totalité des dommages causés et a limité la responsabilité de la compagnie à 40 \$. La Cour d'appel, à la majorité, a abaissé le montant de la responsabilité des intimés à 40 \$. L'appelante a fait appel de cette décision et les employés intimés ont formé un pourvoi incident afin d'être dégagés de toute responsabilité. Les deux questions principales sont: l'obligation de diligence des employés envers la clientèle de leur employeur et la mesure dans laquelle les employés peuvent invoquer la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de leur employeur.

Arrêt (le juge La Forest est dissident dans le pourvoi incident): Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et Iacobucci: Les employés intimés avaient indéniablement une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé le transformateur. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, les employés intimés pouvaient raisonnablement prévoir que leur négligence dans la manipulation du transformateur causerait des dommages au bien de l'appelante. Il existait un lien suffisamment étroit entre les parties pour imposer aux employés l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable. La confiance, dont on peut se servir ici, touche l'existence d'une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence. Au Canada, aucune règle générale n'a pour effet de soustraire l'employé qui agit dans l'exercice de ses fonctions et dans l'exécution de ce qui constitue «l'essence même» des obligations contractuelles de son employeur envers un client, à une obligation de diligence envers le client de l'employeur. Selon les conclusions de fait non contestées du juge de première instance, les intimés ont manqué à leur obligation de diligence et causé des dommages au transformateur.

Although the respondents were not a signing party to the contract of storage between their employer and the appellant, they were third party beneficiaries to the limitation of liability clause found in it and, in view of the circumstances involved, may benefit directly from this clause. While none of the traditional exceptions to privity of contract is applicable here, the doctrine should be relaxed in the circumstances. Most of the traditional reasons or justifications for the doctrine are of little application in cases such as this, where a third party beneficiary is relying on a contractual provision as a defence in an action brought by one of the contracting parties. Further, the doctrine of privity fails to appreciate the special considerations which arise from the relationships of employer-employee and employer-customer. There is clearly an identity of interest between the employer and his or her employees as far as the performance of the employer's contractual obligations is concerned. When an employer and a customer enter into a contract for services and include a clause limiting the liability of the employer for damages arising from what will normally be conduct contemplated by the contracting parties to be performed by the employer's employees, there is no valid reason for denying the benefit of the clause to employees who perform the contractual obligations. The nature and scope of the limitation of liability clause in such a case coincides essentially with the nature and scope of the contractual obligations performed by the third party beneficiaries (employees). It would be absurd in the circumstances of this case to let the appellant get around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort. Such an attempt to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort should not be sanctioned in the name of privity of contract. Finally, there are sound policy reasons for relaxing the doctrine of privity in this case. It simply does not make commercial sense to hold that the term "warehouseman" was not intended to cover the respondent employees and as a result to deny them the benefit of the limitation of liability clause for a loss which occurred during the performance of the very services contracted for. Such a result creates uncertainty and requires excessive expenditures on insurance in that it defeats the allocations of risk specifically made by the contracting parties and the reasonable expectations of everyone involved, including the employees. When parties enter into commercial agreements and decide that one of them and its employees will benefit from limited liability, or when these parties choose language such as "warehouseman" which implies that employees will also

Les intimés étaient des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de responsabilité figurant dans le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appellante et, dans les circonstances, ils peuvent bénéficier directement de cette clause même s'ils ne sont pas signataires du contrat. Bien qu'aucune des exceptions traditionnelles au principe du lien contractuel ne s'applique en l'espèce, ce principe devrait être assoupli dans les circonstances. La plupart des raisons et des justifications traditionnelles qui sous-tendent le principe ne s'appliquent guère dans le cas où, comme en l'espèce, un tiers bénéficiaire invoque une disposition contractuelle comme moyen de défense à l'action intentée par l'une des parties contractantes. De plus, le principe du lien contractuel ne tient pas compte des conséquences particulières qui découlent des relations employeur-employé et employeur-client. L'employeur et l'employé partagent manifestement les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur. Lorsqu'un employeur et un client concluent un contrat de prestation de services et insèrent une clause limitant la responsabilité de l'employeur relativement aux dommages imputables aux actes qui, dans l'esprit des parties contractantes et dans les faits, sont normalement accomplis par les employés de l'employeur, il n'existe tout simplement aucun motif valable de refuser le bénéfice de la clause aux employés qui exécutent les obligations contractuelles. La nature et la portée de la clause de limitation de la responsabilité correspondent, pour l'essentiel, à la nature et à la portée des obligations contractuelles exécutées par les tiers bénéficiaires (les employés). Il serait absurde, dans les circonstances de l'espèce, de permettre à l'appelante de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. Une telle tentative de contourner ou d'é luder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de la responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil ne devrait pas être sanctionnée au nom du principe du lien contractuel. Enfin il existe de solides raisons d'ordre public qui justifient l'assouplissement du principe du lien contractuel en l'espèce. Il est tout simplement illogique, sur le plan commercial, de conclure que le mot «entreposeur» n'était pas destiné à viser les employés intimés, de manière à leur refuser le bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité à l'égard d'une perte survenue pendant l'exécution des services mêmes que vise le contrat. Pareil résultat crée aussi de l'incertitude et nécessite des frais d'assurance excessifs dans la mesure où il contrecarre la répartition des risques expressément prévue par les parties contractantes, ainsi que les attentes raisonnables de tous les intéressés, y compris les

benefit from a protection, the doctrine of privity should not stand in the way of commercial reality and justice.

Employees should be entitled to benefit from a limitation of liability clause in a contract between their employer and the plaintiff if the following requirements are satisfied: (1) the clause must, either expressly or impliedly, extend its benefits to the employee or employees seeking to rely on it; and (2) the employee or employees seeking the benefit of the clause must have been acting in the course of their employment and must have been performing the very services provided for in the contract when the loss occurred. The only question in this case is whether the first requirement is met, since the employees were acting in the course of their employment and were performing the very services provided for in the contract. The parties have not chosen language which inevitably leads to the conclusion that the respondent employees were not to benefit from the limitation of liability clause. When all the circumstances of this case are taken into account, including the nature of the relationship between employees and their employer, the identity of interest with respect to contractual obligations, the fact that the appellant knew that employees would be involved in performing the contractual obligations, and the absence of a clear indication in the contract to the contrary, the term "warehouseman" in the limitation of liability clause in the contract must be interpreted as meaning "warehousemen". As such, the respondent employees are not complete strangers to the clause, but are unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to it. Accordingly, the first requirement of this new exception to the doctrine of privity is also met.

Per McLachlin J.: Tort and contract constitute separate legal regimes, and the appellant's action against the employees in this case is necessarily in-tort, since there was no contract between them. The theory of voluntary assumption of the risk permits an employee sued in tort to rely on a term of limitation in his employer's contract. On this theory, the plaintiff, having agreed to the limitation of liability vis-à-vis the employer, must be taken to have done so with respect to the employer's employees. The concept of voluntary assumption of the risk has been characterized both as a negation or limita-

employés. Lorsque des parties concluent des contrats commerciaux et qu'elles décident que l'une d'elles et ses employés auront une responsabilité limitée, ou lorsque ces parties décident d'utiliser un terme comme «entreposeur» qui implique que les employés jouiront également d'une protection, le principe du lien contractuel ne devrait pas faire obstacle à la réalité commerciale et à la justice.

Les employés devraient avoir le droit de bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat liant leur employeur et le demandeur si les conditions suivantes sont remplies: (1) la clause doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés (ou à l'employé) qui cherchent à l'invoquer; (2) les employés (ou l'employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes que visait le contrat au moment où la perte est survenue. La seule question qui se pose ici est de savoir si la première condition est remplie car les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et ils exécutaient alors les services mêmes que prévoyait le contrat. Les parties n'ont pas choisi des mots qui amènent inévitablement à conclure que les employés intimés ne devaient pas bénéficier de l'application de la clause de limitation de responsabilité. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, y compris la nature de la relation qui existe entre les employés et leur employeur, le fait que les mêmes intérêts soient partagés relativement aux obligations contractuelles, le fait que l'appelante savait que des employés participeraient à l'exécution des obligations contractuelles et l'absence, dans le contrat, d'une disposition non équivoque à l'effet contraire, le mot «entreposeur» employé dans la clause de limitation de responsabilité doit être interprété comme signifiant «les entreposeurs». En ce sens, les employés intimés ne sont pas totalement étrangers à la clause mais sont plutôt, à l'égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites. En conséquence, la première condition de cette nouvelle exception au principe du lien contractuel est également remplie.

Le juge McLachlin: Le droit de la responsabilité délictuelle et celui des contrats constituent des régimes distincts et l'action intentée par l'appelante contre les employés en l'espèce est nécessairement fondée sur la responsabilité délictuelle puisqu'aucun contrat ne la lieait aux employés. Le principe de l'acceptation volontaire du risque permet à l'employé poursuivi en matière délictuelle d'invoquer une clause de limitation figurant dans le contrat de son employeur. Selon cette théorie, il faut considérer que l'acceptation par la demanderesse de la limitation de la responsabilité de l'employeur vaut éga-

tion of the duty of care and as a waiver of an existing cause of action (i.e. a bar to recovery). Quite apart from the particular contract term, it can be argued that the circumstances giving rise to the tort duty, of which the contract with its exemption of liability is one, are such that they limit the duty of care the employees owed to the plaintiff. The law of tort has long recognized that circumstances may negate or limit the duty of care. Waivers and exemption clauses, whether contractual or not, have long been accepted as having this effect on the duty in tort. In this case the duty of care of the respondent employees was limited to damage under \$40, the appellant having accepted all risk of damage over that amount.

Per La Forest J. (dissenting on the cross-appeal): The respondent employees did not owe any duty of care to the appellant in the circumstances of this case. The House of Lords decision in the *Anns* case sets out the two criteria for determining whether a duty of care exists. Since the damage in question here was reasonably foreseeable, the first branch of the test is satisfied. The second branch, which asks whether there are any considerations which ought to negate or limit the scope of the duty, is broad enough to allow the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test to be taken into account. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty. Courts must be sensitive to the impact that an imposition of tort liability would have on the contractual allocation of risk, whether the damage incurred is economic loss or property damage, although tort liability may be less likely to disrupt contractual arrangements in property damage cases. While this has now been most clearly recognized in cases of concurrent liability, it has also been recognized in cases involving parties who are not in contractual privity. The mere fact that this case involves property damage rather than economic loss cannot be sufficient to eliminate inquiry into whether the recognition of a duty of care in these circumstances is justified on policy grounds.

Neither the *Warehouse Receipt Act* nor the contract of storage confirms or negates the existence of a duty

lement pour les employés de ce dernier. La notion d'acceptation volontaire du risque est définie à la fois comme la suppression et la limitation de l'obligation de diligence et comme une renonciation à un droit d'action existant (empêchant ainsi l'indemnisation). Indépendamment de la condition du contrat en cause, on peut soutenir que les circonstances donnant naissance à l'obligation en matière délictuelle, dont fait partie le contrat prévoyant l'exonération de responsabilité, sont de nature à limiter l'obligation de diligence des employés envers la demanderesse. Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît depuis longtemps que les circonstances peuvent supprimer ou limiter l'obligation de diligence. On reconnaît depuis longtemps que les renonciations et les clauses d'exonération, qu'elles soient contractuelles ou non, ont un tel effet sur l'obligation en matière délictuelle. En l'espèce, l'obligation de diligence des employés intimés était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$, la demanderesse ayant accepté tous les risques de dommage excédant cette somme.

Le juge La Forest (dissident dans le pourvoi incident): Les employés intimés n'avaient aucune obligation de diligence envers l'appelante, dans les circonstances de l'espèce. L'arrêt *Anns* de la Chambre des lords énonce deux critères permettant de déterminer si l'obligation de diligence existe. Puisque les dommages en question étaient raisonnablement prévisibles, on satisfait au premier volet du critère. Le second volet, consistant à se demander s'il existe des motifs de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, est suffisamment général pour permettre d'examiner les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait supprimer l'obligation. Les tribunaux doivent se montrer sensibles aux effets que l'imposition de la responsabilité délictuelle aurait sur la répartition contractuelle du risque, et ce, peu importe que le préjudice subi soit une perte économique ou un dommage matériel, quoique la responsabilité délictuelle risque peut-être moins de perturber les ententes contractuelles dans les affaires de dommage matériel. Si cela est maintenant très clairement reconnu dans les affaires de responsabilité concomitante, cela a également été reconnu dans les affaires mettant en cause des parties non liées par un contrat. Le simple fait que cette affaire met en cause un dommage matériel plutôt qu'une perte économique ne saurait être suffisant pour éviter de déterminer si, en l'espèce, il est justifié de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence pour des motifs de principe.

Ni la *Warehouse Receipt Act*, ni le contrat d'entreposage ne confirment ou nient l'existence d'une obligation

owed by the employees of the warehouseman. The scope of the duty the employees may or may not have to the warehouseman or its customers must thus be determined by the application of the common law principles of tort. The vicarious liability regime, which holds the employer liable for the misconduct of his employee, is best seen as a response to a number of policy concerns. The most important policy considerations are based on the perception that the employer is better placed to incur liability, in terms of both fairness and effectiveness, than the employee. The vicarious liability regime is not merely a mechanism by which the employer guarantees the employee's primary liability, but has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents. Elimination of the possibility of the employee bearing the loss is not only logically compatible with the vicarious liability regime, it is practically compelled by the developing logic of that regime. The employer will almost always be insured against the risk of being held liable to third parties by reason of his vicarious liability: the cost of such liability is thus internalized to the profitable activity that gives rise to it. There is no requirement for double insurance, covering both the employee and his employer against the same risk. Further, imposing tort liability on the employee in these circumstances cannot be justified by the need to deter careless behaviour. An employee subjects himself to discipline or dismissal by a refusal to perform work as instructed by the employer, and the employer is free to establish contractual schemes of contribution from negligent employees. Finally, the elimination of employee liability will have no impact on the plaintiff's compensation in the vast majority of cases.

In a "classic" or non-contractual vicarious liability case, in which there are no "contractual overtones" concerning the plaintiff, the concern over compensation requires that as between the plaintiff and the negligent employee, the employee must be held liable for property damage and personal injury caused to the plaintiff. As between the employee and employer, however, the employer should still bear the risk even in this kind of case. The best solution would probably be an indemnity regime operating between employer and employee. Such cases can be distinguished from those like the pre-

de la part des employés de l'entreposeur. L'étendue de l'obligation que les employés d'un entreposeur peuvent éventuellement avoir envers ce dernier ou ses clients doit être déterminée au moyen de l'application des principes de common law en matière de responsabilité délictuelle. Le régime de la responsabilité du fait d'autrui, sous lequel l'employeur est responsable de l'inconduite de son employé, est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe. Les considérations de principe les plus importantes sont fondées sur l'idée selon laquelle l'employeur est mieux placé que l'employé pour assumer la responsabilité, tant au point de vue de l'équité et qu'à celui de l'efficacité. Le régime de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas simplement un mécanisme qui permet à l'employeur de garantir la responsabilité primaire de l'employé mais a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires. L'élimination de la possibilité que l'employé assume la perte est non seulement logiquement compatible avec le régime de la responsabilité du fait d'autrui, mais elle est aussi rendue nécessaire en pratique, compte tenu de l'évolution de la logique sur laquelle ce régime se fonde. L'employeur est presque toujours assuré contre le risque d'être tenu responsable envers les tiers en raison de la responsabilité du fait d'autrui qui lui incombe: le coût de cette responsabilité est donc imputé à l'activité rentable qui y donne lieu. Il n'est pas nécessaire d'avoir une double assurance qui protège à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. De plus, la nécessité de décourager le manque de diligence ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'employé dans ces conditions. L'employé risque d'être assujéti à des mesures disciplinaires ou d'être congédié s'il refuse d'accomplir le travail conformément aux directives de l'employeur, et l'employeur est libre d'établir des régimes contractuels de contribution des employés négligents. Enfin, dans la plupart des cas, l'élimination de la responsabilité de l'employé n'aura aucun effet sur l'indemnisation du demandeur.

Dans un cas «classique» de responsabilité du fait d'autrui non contractuelle, où il n'y a pas de «cadre contractuel» en ce qui concerne le demandeur, la question de l'indemnisation exige qu'en ce qui concerne le demandeur et l'employé négligent, ce dernier soit tenu responsable des dommages matériels et lésions corporelles causés au demandeur. Toutefois, en ce qui concerne l'employé et l'employeur, l'employeur devrait encore assumer le risque même dans un cas de ce genre. La meilleure solution serait probablement un régime d'indemnisation s'appliquant entre l'employeur et l'em-

sent case, which involve a planned transaction, in which someone acquires or disposes of property or services of any kind. Whenever a planned transaction is involved, there are foreseeable risks, and the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance must be taken into account, even if the plaintiff's action is in tort. Where the plaintiff has suffered injury to his property pursuant to contractual relations with a company, he can be considered to have chosen to deal with a company. A plaintiff who chooses to enter into a course of dealing with a limited liability company can, in most cases, be held to have voluntarily assumed the risk of the company being unable to satisfy a judgment in contract or for vicarious liability. Now that many contractual claims are brought concurrently as tort claims, the customer should not be able to shift this risk to the employee by claiming in tort. In this case the employer was able to limit its tort and contract liability for property damage, but the employees had no real opportunity to decline the risk. Placing the onus to contract out of their tort liability on the employees is not justified in this context.

There is no logical necessity that the employer's liability in tort depend on the personal liability of the servant. The negligent act of the employee can be attributed to the company for the purposes of applying the vicarious liability regime in this context. Because of the proximity created by contract, the company owes a duty of care to the customer and is vicariously liable for the negligent acts of its employees.

A requirement of reasonable reliance akin to that required in negligent misrepresentation cases should be adopted for employee negligence. While the policy concerns are different, a requirement of reasonable reliance is equally justified. Reasonable reliance is a necessary condition for recovery in cases of employee negligence where the law provides for compensation through recourse to the employer and where, accordingly, the plaintiff's interest in compensation is substantially looked after. It is necessary in cases in which the defendant has no real opportunity to decline the risk. Reliance on an ordinary employee will rarely if ever be reasonable. In most if not all situations, it will not be reasonable in the absence of an express or implied undertaking of responsibility by the employee to the plaintiff. Mere

ployé. Ces cas peuvent être distingués des cas tels que l'espèce, où est en cause une opération planifiée dans laquelle quelqu'un acquiert ou cède un bien ou un service quelconque. Dès qu'une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles et la possibilité de répartir ou de traiter autrement ces risques à l'avance doit entrer en ligne de compte, même si l'action intentée par le demandeur est fondée sur la responsabilité délictuelle. Lorsque le demandeur a subi un dommage matériel dans le cadre de rapports contractuels avec une société, on peut considérer qu'il a choisi de traiter avec une société. Le demandeur qui choisit de traiter avec une société à responsabilité limitée peut, la plupart du temps, être considéré comme ayant volontairement assumé le risque que la compagnie ne soit pas en mesure d'exécuter un jugement fondé sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité du fait d'autrui. Maintenant que de nombreuses réclamations sont fondées à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle, le client ne devrait pas être en mesure de transférer ce risque à l'employé en présentant une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. En l'espèce, l'employeur a pu limiter sa responsabilité délictuelle et contractuelle à l'égard des dommages matériels mais les employés n'ont eu aucune possibilité réelle de refuser le risque. Il n'est pas justifié dans ce contexte d'imposer aux employés la charge d'exclure par contrat leur responsabilité délictuelle.

Il n'y a aucune nécessité logique que la responsabilité délictuelle de l'employeur dépende de la responsabilité personnelle du préposé. L'acte négligent de l'employé peut être attribué à la société lorsqu'il s'agit d'appliquer le régime de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Étant donné le lien étroit créé par le contrat, la société a une obligation de diligence envers le client et est assujettie à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actes négligents de ses employés.

Pour ce qui est de la négligence de l'employé, il faudrait adopter une exigence de confiance raisonnable similaire à celle qui est requise dans un cas de déclaration inexacte faite par négligence. Les questions de principe sont différentes, mais une exigence de confiance raisonnable est également justifiée. La confiance raisonnable est une condition d'indemnisation nécessaire dans les cas de négligence de la part d'un employé, où la loi prévoit l'indemnisation au moyen d'un recours contre l'employeur et où, par conséquent, le droit à l'indemnisation du demandeur est en bonne partie protégé. Cela est nécessaire dans les cas où le défendeur n'a pas réellement l'occasion de refuser le risque. La confiance en un employé ordinaire ne sera que rarement ou pour ainsi dire jamais raisonnable. Dans la plupart des cas, sinon

performance of the contract by the employee, without more, is not evidence of the existence of such an undertaking since such performance is required under the terms of the employee's contract with his employer. Any reliance by the appellant on the respondent employees was certainly not reasonable in this case.

The employee remains liable to the plaintiff for his independent torts. An independent tort may fall within or outside the range of the employer's liability under the vicarious liability regime. The first question to be resolved in cases of this kind is whether the tort alleged against the employee is an independent tort or a tort related to a contract between the employer and the plaintiff. In answering this question, it is legitimate to consider the scope of the contract, the nature of the employee's conduct and the nature of the plaintiff's interest. If the alleged tort is independent, the employee is liable to the plaintiff if the elements of the tort action are proved. The liability of the company to the plaintiff is determined under the ordinary rules applicable to cases of vicarious liability. If the tort is related to the contract, the next question to be resolved is whether any reliance by the plaintiff on the employee was reasonable. The question here is whether the plaintiff reasonably relied on the eventual legal responsibility of the defendants under the circumstances. In this case the tort was related to the contract and any reliance by the plaintiff on the respondent employees was not reasonable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **distinguished:** *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228; *Canadian General Electric Co. v. Pickford and Black Ltd.*, [1971] S.C.R. 41; **referred to:** *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, [1975] A.C. 154; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *Pacific Associates*

dans tous les cas, elle ne sera pas raisonnable si l'employé n'assume pas expressément ou implicitement de responsabilité envers le demandeur. La simple exécution du contrat par l'employé, sans plus, n'est pas une preuve qu'il a assumé pareille responsabilité étant donné que l'exécution est requise aux termes du contrat que l'employé a passé avec l'employeur. En l'espèce, il n'était pas raisonnable pour l'appelante de se fier aux employés intimés.

L'employé demeure responsable envers le demandeur des délits indépendants qu'il a commis. Un délit indépendant peut entraîner ou non la responsabilité de l'employeur sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. La première question à régler dans des cas de ce genre est celle de savoir si le délit qu'on impute à l'employé est un délit indépendant ou un délit lié à un contrat intervenu entre l'employeur et le demandeur. En répondant à cette question, il est légitime de tenir compte de la portée du contrat, de la nature de la conduite de l'employé et de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans le cas d'un délit indépendant, l'employé est responsable envers le demandeur si les éléments de l'action délictuelle sont établis. La responsabilité de la société envers la demanderesse est déterminée selon les règles ordinaires qui s'appliquent aux affaires de responsabilité du fait d'autrui. Dans le cas d'un délit lié à un contrat, il faut se demander s'il était raisonnable pour le demandeur de faire confiance à l'employé. Ici, il s'agit de savoir si, dans les circonstances, la demanderesse a compté raisonnablement sur la responsabilité éventuelle des défendeurs sur le plan juridique. En l'espèce, le délit était lié au contrat et il n'était pas raisonnable pour la demanderesse de se fier aux employés intimés.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **distinction d'avec les arrêts:** *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228; *Canadian General Electric Co. c. Pickford and Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41; **arrêts mentionnés:** *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *New Zealand Shipping Co. c. A. M. Satterthwaite & Co. (The «Eurymedon»)*, [1975] A.C. 154; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Norwich City Council c. Harvey*,

Inc. v. Baxter, [1990] 1 Q.B. 993; *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; *R.M. & R. Log Ltd. v. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744; *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847; *Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385; *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500; *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250; *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Beswick v. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), aff'g [1966] Ch. 538 (C.A.); *Olsson v. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Swain v. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598; *Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574; *Lawrence v. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859); *Choate, Hall & Stewart v. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979); *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959); *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")*, [1980] 3 All E.R. 257; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Mayfair Fabrics v. Henley*, 244 A.2d 344 (1968); *Employers Casualty Co. v. Wainwright*, 473 P.2d 181 (1970).

By McLachlin J.

Referred to: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322;

[1989] 1 All E.R. 1180; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989; *R.M. & R. Log Ltd. c. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744; *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Tweddle c. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847; *Coulls c. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385; *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. c. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500; *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. c. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250; *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Beswick c. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), conf. [1966] Ch. 538 (C.A.); *Olsson c. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365; *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Swain c. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598; *Trident General Insurance Co. c. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574; *Lawrence c. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859); *Choate, Hall & Stewart c. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979); *Robert C. Herd & Co. c. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959); *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. c. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")*, [1980] 3 All E.R. 257; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Mayfair Fabrics c. Henley*, 244 A.2d 344 (1968); *Employers Casualty Co. c. Wainwright*, 473 P.2d 181 (1970).

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956]

Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd., [1988] 1 S.C.R. 1186; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.

By La Forest J. (dissenting on the cross-appeal)

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **considered:** *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, rev'g (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Neil Buccanan Ltd. (No. 1)* (1979), 31 N.S.R. (2d) 135 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.); *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413; **distinct-**
guished: *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Johnson Matthey & Co. v. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamahap Enterprises Ltd. v. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167; *Winterbottom v. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402; *Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones*, [1956] A.C. 627; *Kooragang Investments Pty.*

R.C.S. 322; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

Citée par le juge La Forest (dissident dans le pourvoi incident)

Arrêt appliqué: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts examinés:** *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, inf. (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Neil Buccanan Ltd. (No. 1)* (1979), 31 N.S.R. (2d) 135 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.); *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413; **distinction d'avec les arrêts:** *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *District of Surrey c. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Johnson Matthey & Co. c. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamahap Enterprises Ltd. c. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167; *Winterbottom c. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402; *Staveley Iron &*

Ltd. v. Richardson & Wrench Ltd., [1981] 3 All E.R. 65; *Morris v. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792; *Hamilton v. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; Bundesarbeitsgericht (Seventh Senate), judgment of 23 March 1983, BAG 42, 130; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Co-Operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; *Durham Condominium Corp. No. 34 v. Shoreham Apartments Ltd.*, Ont. H.C., April 23, 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155; *O'Keefe v. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232; *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Ont. H.C., July 6, 1983, 20 A.C.W.S. 482, rev'd Ont. C.A., January 12, 1984, endorsement reproduced at (1984), 2 C.P.C. (2d) 24; *Leon Kentridge Associates v. Save Toronto's Official Plan Inc.*, Ont. Dist. Ct., No. 301678/87, March 27, 1990; *British Columbia Automobile Association v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237; *Herrington v. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54; *Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, leave to appeal granted, [1992] 2 S.C.R. vi.

Chemical Co. c. Jones, [1956] A.C. 627; *Kooragang Investments Pty. Ltd. c. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65; *Morris c. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792; *Hamilton c. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382; *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; Bundesarbeitsgericht (septième sénat), jugement du 23 mars 1983, BAG 42, 130; *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106; *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989; *Durham Condominium Corp. No. 34 c. Shoreham Apartments Ltd.*, H.C. Ont., 23 avril 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155; *O'Keefe c. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232; *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, H.C. Ont., 6 juillet 1983, 20 A.C.W.S. 482, inf. par C.A. Ont., 12 janvier 1984, jugement manuscrit reproduit à (1984), 2 C.P.C. (2d) 24; *Leon Kentridge Associates c. Save Toronto's Official Plan Inc.*, C. dist. Ont., n° 301678/87, 27 mars 1990; *British Columbia Automobile Association c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237; *Herrington c. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54; *Great West Steel Industries Ltd. c. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, autorisation d'appel accordée, [1992] 2 R.C.S. vi.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1023, 1029.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1444-50.
Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 16, 130.
Contracts (Privity) Act 1982, Stat. N.Z. 1982, No. 132, ss. 2, 4.
Engineers Act, R.S.B.C. 1979, c. 109, s. 10(5).
Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 12.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 4.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 5.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1023, 1029.
Code Civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1444 à 1450.
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 16, 130.
Contracts (Privity) Act 1982, Stat. N.Z. 1982, n° 132, art. 2, 4.
Engineers Act, R.S.B.C. 1979, ch. 109, art. 10(5).
Loi sur le ministère des Services correctionnels, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 12.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 5.

- Property Law Act, 1969*, W. Austl. Acts 1969, No. 32, s. 11.
- Property Law Act 1974*, Queensl. Stat. 1974, No. 76, s. 55.
- Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, c. 428, ss. 1, 2(4), 13.
- Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 4.
- Property Law Act, 1969*, W. Austl. Acts 1969, n° 32, art. 11.
- Property Law Act 1974*, Queensl. Stat. 1974, n° 76, art. 55.
- Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 428, art. 1, 2(4), 13.

Authors Cited

- Adams, John N., and Roger Brownsword. "Privity and the Concept of a Network Contract" (1990), 10 *Legal Studies* 12.
- Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Battersby, Graham. "Exemption Clauses and Third Parties" (1975), 25 *U.T.L.J.* 371.
- Battersby, Graham. "Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions" (1978), 28 *U.T.L.J.* 75.
- Blom, Joost. Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156.
- Blom, Joost. "The Evolving Relationship Between Contract and Tort" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257.
- Blom, Joost. "Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract". In Paisley Conference on the Law of Negligence, *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, 139.
- Blom, Joost. "Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43.
- Caplan, G. M., and A. I. Schein, "Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort" (1987), 8 *Advocates' Q.* 243.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.
- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, vol. I, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Adams, John N., and Roger Brownsword. «Privity and the Concept of a Network Contract» (1990), 10 *Legal Studies* 12.
- Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Battersby, Graham. «Exemption Clauses and Third Parties» (1975), 25 *U.T.L.J.* 371.
- Battersby, Graham. «Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions» (1978), 28 *U.T.L.J.* 75.
- Blom, Joost. Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* (1991), 70 *R. du B. can.* 156.
- Blom, Joost. «The Evolving Relationship Between Contract and Tort» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257.
- Blom, Joost. «Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract». In Paisley Conference on the Law of Negligence, *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, 139.
- Blom, Joost. «Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43.
- Caplan, G. M., and A. I. Schein, «Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort» (1987), 8 *Advocates' Q.* 243.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.
- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, vol. I, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.

b Doctrine citée

- Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Coote, Brian. *Exception Clauses*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
- Corbin, Arthur Linton. "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12.
- Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1952.
- de Cruz, S. P. "Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation" (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265.
- England. Law Commission. *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*. Consultation Paper No. 121. London: H.M.S.O., 1991.
- England. Law Commission. *Twenty-fifth Annual Report: 1990*. Law Comm. No. 195, para. 2.14.
- Flannigan, Robert. "Privity—The End of an Era (Error)" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Great Britain. Law Revision Committee. *Sixth Interim Report*. London: H.M.S.O., 1937.
- Halpern, Paul, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull. "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" (1980), 30 *U.T.L.J.* 117.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Livermore, John. *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts*. Sydney: Law Book, 1986.
- Markesinis, B. S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- McCamus, John D., and Peter D. Maddaugh. "Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1983.
- Millner, M. A. "Jus Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis" (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446.
- New Zealand. Contracts and Commercial Law Reform Committee. *Report on Privity of Contract*, 1981.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Reif, Linda C. "A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity
- Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Coote, Brian. *Exception Clauses*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
- Corbin, Arthur Linton. «Contracts for the Benefit of Third Persons» (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12.
- Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1952.
- de Cruz, S. P. «Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation» (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265.
- England. Law Commission. *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*. Consultation Paper No. 121. London: H.M.S.O., 1991.
- England. Law Commission. *Twenty-fifth Annual Report: 1990*, Law Comm. No. 195, para. 2.14.
- Flannigan, Robert. «Privity—The End of an Era (Error)» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Great Britain. Law Revision Committee. *Sixth Interim Report*. London: H.M.S.O., 1937.
- Halpern, Paul, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull. «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law» (1980), 30 *U.T.L.J.* 117.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.
- Livermore, John. *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts*. Sydney: Law Book, 1986.
- Markesinis, B. S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- McCamus, John D., and Peter D. Maddaugh. «Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1983.
- Millner, M. A. «Jus Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis» (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446.
- New Zealand. Contracts and Commercial Law Reform Committee. *Report on Privity of Contract*, 1981.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Reif, Linda C. «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity

- of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Reiter, Barry J. "Contracts, Torts, Relations and Reliance". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 235. *a*
- Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Adopted and promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1973.
- Reynolds, F. M. B. "Tort Actions in Contractual Situations" (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215. *b*
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Stieber, Steven. Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 *C.L.R.* 189. *c*
- Swadling, W. J. "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208.
- Swan, John. "Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129.
- Swan, John, and Barry J. Reiter. "Developments in Contract Law: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125. *d*
- Tedeschi, Mark. "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *Aust. L.J.* 876. *e*
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988. *f*
- Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Stevens & Sons, 1991.
- Waddams, S. M. "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties" (1977), 55 *g* *Can. Bar Rev.* 327.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
- Waddams, S. M. "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 549. *h*
- Walker, David M. *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, 2nd ed. London: Butterworths, 1985.
- Wallace, I. N. Duncan. "Anns Beyond Repair" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228. *i*
- Waters, Anthony Jon. "The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109.
- Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. *j*
- of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Reiter, Barry J. «Contracts, Torts, Relations and Reliance». In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 235.
- Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Adopted and promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1973.
- Reynolds, F. M. B. «Tort Actions in Contractual Situations» (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Stieber, Steven. Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 *C.L.R.* 189.
- Swadling, W. J. «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208.
- Swan, John. «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129.
- Swan, John, and Barry J. Reiter. «Developments in Contract Law: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125.
- Tedeschi, Mark. «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *Aust. L.J.* 876.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988.
- Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Stevens & Sons, 1991.
- Waddams, S. M. «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties» (1977), 55 *R. du B. can.* 327.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
- Waddams, S. M. «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada» (1981), 59 *R. du B. can.* 549.
- Walker, David M. *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, 2nd ed. London: Butterworths, 1985.
- Wallace, I. N. Duncan. «Anns Beyond Repair» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228.
- Waters, Anthony Jon. «The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109.
- Williams, Granville. «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, 70 D.L.R. (4th) 51, [1990] 4 W.W.R. 289, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 31 C.C.E.L. 67, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, [1986] 4 W.W.R. 183, allowing appellant's action against respondents. Appeal and cross-appeal dismissed, La Forest J. dissenting on the cross-appeal.

Richard B. Lindsay and Michael J. Jackson, for the appellant.

Bryan G. Baynham and William S. Clark, for the respondents.

No one appeared for the intervener.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting on the cross-appeal)—

Introduction

In this case, the appellant seeks to recover damages against the respondent employees for their negligence in the performance of a duty their employer undertook by contract to do. The issues are whether the employees have a duty in tort towards the appellant and, if so, whether a clause in the contract limiting the employer's liability in the performance of the duty will serve to protect the employees as well.

My colleague Justice Iacobucci has set out the facts and judicial history of the appeal, but for convenience I shall briefly reiterate the facts. The appellant London Drugs Limited purchased a transformer for its new warehouse facility and arranged for storage of the transformer with Kuehne & Nagel International Ltd. (KNI). London Drugs knew or can be taken to have known that KNI was a limited liability company and that KNI's employees would be responsible for carrying out the contract. The terms of storage were set

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, 70 D.L.R. (4th) 51, [1990] 4 W.W.R. 289, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 31 C.C.E.L. 67, infirmant une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, [1986] 4 W.W.R. 183, qui avait accueilli l'action intentée par l'appelante contre les intimés. Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés, le juge La Forest est dissident dans le pourvoi incident.

Richard B. Lindsay et Michael J. Jackson, pour l'appelante.

Bryan G. Baynham et William S. Clark, pour les intimés.

Aucune comparution pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident dans le pourvoi incident)—

Introduction

En l'espèce, l'appelante cherche à obtenir des dommages-intérêts contre les employés intimés en raison de la négligence dont ils ont fait preuve dans l'exécution d'un travail que leur employeur s'était engagé à faire par contrat. Il s'agit de savoir si les employés ont une obligation délictuelle envers l'appelante et, dans l'affirmative, si une clause du contrat limitant la responsabilité de l'employeur dans l'exécution du travail en question peut servir à protéger les employés également.

Mon collègue le juge Iacobucci a énoncé les faits et a fait l'historique judiciaire de l'appel, mais pour plus de commodité, je les reprendrai brièvement. L'appelante, London Drugs Limited, a acheté un transformateur pour son nouvel entrepôt et a pris des dispositions pour le faire entreposer chez Kuehne & Nagel International Ltd. (KNI). London Drugs savait, ou on peut considérer qu'elle savait, que KNI était une société à responsabilité limitée et que les employés de KNI seraient chargés d'exécuter le contrat. Les conditions d'en-

forth in a standard form contract, which included a limitation of liability clause limiting the warehouseman's liability to \$40. This clause having been brought to its attention, London Drugs declined to purchase extra insurance through KNI and chose instead to arrange for its own all-risk coverage. The defendant employees, Dennis Gerard Brassart and Hank Vanwinkel, having received orders to load the transformer onto a truck which would deliver it to London Drugs' new warehouse, negligently damaged the transformer and caused damages in the amount of \$33,955.41. The trial judge allowed the action against Vanwinkel and Brassart for the full amount of the damage but limited judgment against KNI to \$40 in accordance with the terms of the contract. The Court of Appeal of British Columbia, sitting as a panel of five, limited judgment against both the employees and KNI to \$40.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues McLachlin and Iacobucci JJ. Both would decide this case by applying the clause in the contract limiting the liability of the employer (KNI) to the employees, McLachlin J. on the basis of a tort analysis, Iacobucci J. in terms of a contractual analysis. For reasons that will appear, however, I think the best solution would be to hold that the respondent employees did not, in the circumstances of this case, owe any duty to the appellant. Although my colleagues have given this possibility short shrift, I think it deserves more extensive examination.

In my view, before turning to the examination of any specific provision of the contract between the employer and the customer, it is necessary to consider the difficult issue of whether the employees had any duty of care to the appellant. Such an approach has the advantage of being more comprehensive, since it is not dependent on the specific terms of the employer's contract with the customer. The issue was raised by the parties before all the courts that have heard the case and is the object of conflicting jurisprudence. At all events,

treposage étaient stipulées dans un contrat type, qui comprenait une clause limitant à 40 \$ la responsabilité de l'entreposeur. On a attiré l'attention de London Drugs sur cette clause, mais cette dernière a refusé de souscrire une assurance supplémentaire par l'entremise de KNI et a plutôt choisi de souscrire sa propre assurance tous risques. Les employés défendeurs, Dennis Gerrard Brassart et Hank Vanwinkel, qui avaient reçu l'ordre de charger le transformateur dans un camion pour qu'il soit livré au nouvel entrepôt de London Drugs, ont endommagé par négligence le transformateur et causé des dommages s'élevant à 33 955,41 \$. Le juge de première instance a accueilli l'action intentée contre Vanwinkel et Brassart et les a tenus responsables du plein montant des dommages causés, mais a limité à 40 \$ le jugement contre KNI conformément aux conditions du contrat. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, constituée de cinq juges, a limité à 40 \$ le montant du jugement rendu contre les employés et contre KNI.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Iacobucci. Les deux juges trancheraient l'affaire en appliquant aux employés la clause du contrat limitant la responsabilité de l'employeur (KNI), le juge McLachlin en se fondant sur une analyse délictuelle et le juge Iacobucci sur une analyse contractuelle. Toutefois, pour les motifs ci-dessous énoncés, je crois que la meilleure solution serait de juger que, dans les circonstances de l'espèce, les employés intimés n'avaient aucune obligation envers l'appelante. Mes collègues ne se sont pas attardés à cette possibilité, mais je crois qu'elle mérite d'être examinée plus à fond.

À mon avis, avant d'examiner une disposition précise du contrat entre l'employeur et la cliente, il faut trancher la question difficile de savoir si les employés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Cette méthode a l'avantage d'être plus globale, étant donné qu'elle ne dépend pas des conditions précises du contrat que l'employeur a passé avec la cliente. La question a été soulevée par les parties devant tous les tribunaux qui ont entendu l'affaire et fait l'objet d'arrêts contradictoires. Quoi qu'il en soit, la question de

the question of the duty of care determines whether Vanwinkel and Brassart are jointly liable with KNI for the \$40 or whether KNI alone will be liable for that amount.

The latter point was what impelled me to write. My colleagues have ably advanced views that seem to me to be tenable and I was particularly attracted to Iacobucci J.'s view, which would go a long way towards ridding us of many of the consequences of that pestilential nuisance, privity. However, the difficulty with accepting their positions in the present context is that it would have the effect, given the manner in which the case has come to us, of barring us from subsequently dealing with the underlying issues in a comprehensive way. For what their approaches do is to focus on an incidental aspect of the matter—the fact that London Drugs and KNI inserted a clause in their contract allocating liability as between themselves. But the real issue is no different from what it would be if no such clause appeared in the contract. Ultimately what we are concerned with is whether it is appropriate to impose a duty on employees to compensate their employers or those who contract with them for the employees' negligence in carrying out an activity the contracting parties have set in motion. Reading the limiting clause as applying by implication to the employees or as restricting their tort liability is simply to reach out for a convenient device that partially solves the problem, but which depends on underlying policies applicable to the whole problem—whether the employees should be subject to a duty of care for ordinary, and so foreseeable negligence, in performing work arising out of the contract.

My colleagues justify their unwillingness to enter into the matter on the basis of what they perceive as the proper institutional role of the courts in modifying law and suggest that it should be left to the legislature. I do not agree. The relevant law,

l'obligation de diligence doit être résolue afin de déterminer si Vanwinkel et Brassart sont conjointement responsables avec KNI, du paiement des 40 \$, ou si seule KNI est responsable du paiement de cette somme.

Ce dernier point est celui qui m'a poussé à rédiger ces motifs. Mes collègues ont bien exprimé des opinions qui me semblent soutenables; l'opinion du juge Iacobucci m'a particulièrement attiré, puisqu'elle contribuerait énormément à nous débarrasser d'un grand nombre des conséquences de ce fléau qu'est le principe du lien contractuel ou la relativité des contrats. Cependant, il est difficile de souscrire à leur point de vue dans le présent contexte parce que, compte tenu de la façon dont nous avons été saisis de l'affaire, cela nous empêcherait d'examiner à fond par la suite les questions fondamentales. En effet, mes collègues mettent l'accent sur un élément accessoire de l'affaire—le fait que London Drugs et KNI ont incorporé dans le contrat une clause répartissant la responsabilité entre elles. Cependant, la véritable question litigieuse n'est pas différente de ce qu'elle serait si aucune clause de ce genre ne figurait dans le contrat. En fin de compte, il s'agit de savoir s'il convient d'imposer aux employés l'obligation de dédommager l'employeur ou les parties qui passent un contrat avec celui-ci lorsqu'ils se livrent d'une façon négligente à une activité que les parties contractantes ont mise en branle. Interpréter la clause de limitation comme s'appliquant implicitement aux employés ou comme restreignant leur responsabilité délictuelle revient simplement à recourir à un mécanisme commode qui permet de résoudre partiellement le problème, mais qui dépend de principes fondamentaux qui s'appliquent à l'ensemble du problème—à savoir s'il y a lieu d'assujettir les employés à une obligation de diligence lorsqu'ils font preuve de négligence ordinaire et, par conséquent, prévisible dans l'exécution du travail prévu au contrat.

Mes collègues justifient leur refus d'aborder la question par la perception qu'ils ont du rôle institutionnel que doivent jouer les tribunaux en matière de modification du droit, et affirment qu'il appartient au législateur de trancher cette question.

the doctrine of vicarious liability, is a judicial creation devised in Holmes' phrase, in response to "the felt necessities of the time". In my view, like the judges who created the doctrine, it is incumbent on present day judges to adapt the law to new and evolving social and organizational realities. The present situation, it seems to me, is ideally suited to a principled case by case approach, subject to legislative intervention if need be to meet special situations not easily resolvable by doctrinal development. Compared to other areas, economic loss for example, into which courts have ventured without any prompting by the legislature, employee liability does not appear to raise that formidable doctrinal task. On the other hand, a general legislative response seems inappropriate to a task that requires great sensitivity to the specific context in which a claim arises. The courts created the law; it is up to them to adapt it to meet modern needs.

As I mentioned, my colleagues say very little about this duty of care issue. Nor can much help be derived from the reasons in the courts below, possibly because it has so little practical importance in the present case. It means a variation of \$40 in the amount granted by the Court of Appeal. Its importance in other situations, however, is far from negligible, and the manner in which my colleagues have dealt with the case precludes our taking what appears to me the proper approach to the problem in different fact situations.

Of the judges in the Court of Appeal, only Lambert J.A. clearly addressed the question of the employees' duty of care in the absence of a contractual limitation clause. He found that "if there were no express contract governing the storage", he would have had no hesitation in saying that the two employees were directly liable to the customer

Je ne suis pas de cet avis. Le principe de droit applicable, celui de la responsabilité du fait d'autrui, est une création des tribunaux destinée, pour reprendre les termes de Holmes, à répondre [TRANSDUCTION] «aux besoins ressentis à l'époque». À l'instar des juges qui ont créé ce principe, j'estime qu'il incombe aux juges actuels d'adapter le droit aux réalités nouvelles et changeantes sur les plans social et organisationnel. Il me semble que la situation présente se prête idéalement à une approche cas par cas fondée sur des principes, sous réserve d'une intervention législative s'il est nécessaire de répondre à des situations spéciales que l'évolution de la théorie juridique ne permet pas de résoudre aisément. Comparativement à d'autres domaines, comme par exemple celui de la perte économique, dans lesquels les tribunaux se sont aventurés sans aucune incitation de la part du législateur, la responsabilité de l'employé ne semble pas donner lieu à une tâche si redoutable sur le plan de la théorie juridique. Par ailleurs, une réponse législative générale ne semble pas se prêter à une tâche qui exige une sensibilité vive au contexte précis dans lequel surgit une réclamation. Ce sont les tribunaux qui ont créé le principe; il leur appartient de l'adapter aux besoins contemporains.

Comme je l'ai mentionné, mes collègues disent fort peu de choses au sujet de cette question d'obligation de diligence. Les motifs prononcés par les tribunaux d'instance inférieure ne nous aident pas beaucoup non plus, et ce, peut-être bien parce qu'en pratique la question a si peu d'importance en l'espèce. En effet, le montant accordé par la Cour d'appel différerait de 40 \$. Toutefois, son importance dans d'autres cas est loin d'être négligeable, et la façon dont mes collègues ont traité l'affaire nous empêche d'adopter ce qui me semble être la bonne façon d'aborder le problème dans des situations de fait différentes.

Parmi les juges de la Cour d'appel, seul le juge Lambert a clairement examiné la question de l'obligation de diligence incombant aux employés en l'absence d'une clause de limitation contractuelle. Il a conclu qu'[TRANSDUCTION] «en l'absence d'un contrat exprès régissant l'entrepôtage», il n'hésiterait pas à dire que les deux employés

London Drugs ((1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, at p. 40).

McEachern C.J. expressly declined to address the question. He stated, at p. 28:

(3) *Do employees owe any duty of care except to their employer?*

While Mr. Baynham did not stress this argument, he cited cases such as *Sealand* and *Summitville* where the contract did not limit the employer's liability. It is unnecessary to deal with this question and I prefer to leave it to be decided, if necessary, when it arises squarely for decision. [Italics in original, emphasis added.]

Earlier in his judgment, McEachern C.J.B.C. had already expressly declined to consider the general question of the duty of care because of the existence of the limitation clause in this case (at p. 23). He did, however, apparently jump to the conclusion that the employees owed a duty of care for the purposes of his disposition of the case, but in light of his express refusal to consider the issue of the duty of care in the relevant part of his judgment and his failure to consider at any length the cases cited by counsel or the policy issues, I do not place great significance on this conclusion.

Wallace J.A. examined the recent English cases applying the "just and reasonable" test at length. He noted that in the absence of special circumstances that would negate or qualify their duty of care, the employees would be liable for the damage to the transformer: citing *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Accordingly, the question that fell to be decided was (at p. 69): what are the circumstances that would qualify or negate the *prima facie* duty of care required of employees of the warehouse? He concurred with the finding of Purchas L.J. in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), at p. 1011, that "this question can only be answered in the context of the factual matrix including especially the contractual structure against which such duty is said to arise". He considered that "[t]he principle that, where the relationship between the parties arises from a con-

étaient directement responsables envers la cliente London Drugs ((1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, à la p. 40).

Le juge en chef McEachern a expressément refusé d'examiner la question. À la page 28, il déclare:

[TRADUCTION] (3) *Les employés ont-ils une obligation de diligence sauf envers leur employeur?*

Tout en n'insistant pas sur cet argument, M^e Baynham a cité des arrêts comme *Sealand* et *Summitville* dans lesquels le contrat ne limitait pas la responsabilité de l'employeur. Il est inutile d'examiner cette question et je préfère attendre qu'elle se pose carrément pour la trancher, au besoin. [En italique dans l'original, je souligne.]

Dans son jugement, le juge en chef McEachern avait déjà expressément refusé d'examiner la question générale de l'obligation de diligence pour le motif qu'il existait une clause de limitation en l'espèce (à la p. 23). Certes, il a apparemment conclu tout de suite que les employés avaient une obligation de diligence afin de trancher le litige, mais étant donné qu'il a expressément refusé d'examiner la question de l'obligation de diligence dans la partie pertinente de ses motifs et qu'il n'a examiné à fond ni les arrêts cités par les avocats ni les questions de principe, je n'accorde pas beaucoup d'importance à cette conclusion.

Le juge Wallace a examiné minutieusement la jurisprudence anglaise récente dans laquelle le critère de «ce qui est juste et raisonnable» avait été appliqué. Il a fait remarquer qu'en l'absence de circonstances spéciales qui auraient pour effet de supprimer ou d'atténuer leur obligation de faire preuve de diligence, les employés seraient responsables des dommages causés au transformateur et, à cet égard, il a cité *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Par conséquent, la question à trancher était la suivante (à la p. 69): dans quelles circonstances l'obligation *prima facie* de diligence des employés de l'entrepôt serait-elle atténuée ou supprimée? Le juge a souscrit à la conclusion tirée par le lord juge Purchas dans *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993, à la p. 1011, selon laquelle [TRADUCTION] «cette question peut être tranchée uniquement en fonction du cadre factuel

tract, the contractual structure may well qualify or negate any liability in tort, is well recognized" (at p. 78), and referred notably to *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, in this regard. However, Wallace J.A. limited his consideration of the impact of the contractual structure to the single question of the impact of the limitation of liability clause. He did not consider any of the cases cited by counsel to which I shall later refer where the issue of the duty of care of an employee in the absence of such a clause was specifically considered.

Two judges in the Court of Appeal did not find a duty of care to exist. Hinkson J.A. concluded that the employees did not owe any duty of care, although he based that conclusion on the contractual limitation of liability clause. Southin J.A. found that the duty of care issue was irrelevant since she considered that the case sounded in trespass.

The trial judge decided that "there is no general rule that an employee cannot be sued for tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his employer" ((1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, at p. 189).

The Duty of Care Since *Anns*

General

The duty of care issue was reviewed by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. In that case Wilson J., speaking for the majority, adopted the criteria for determining the question set forth by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. She restated in the following way the two

et, en particulier, de la structure contractuelle dans laquelle on allègue que cette obligation prend naissance». Il considèrerait qu' [TRADUCTION] «[i]l est bien établi que la structure contractuelle peut bien atténuer ou supprimer toute responsabilité délictuelle lorsque les rapports entre les parties découlent d'un contrat» (à la p. 78) et il a notamment cité, à cet égard, l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Toutefois, le juge Wallace a limité son examen de l'effet de la structure contractuelle à la seule question de l'effet de la clause de limitation de la responsabilité. Il n'a tenu compte d'aucun des arrêts cités par les avocats, sur lesquels je reviendrai plus loin et dans lesquels on a expressément examiné la question de l'obligation de diligence d'un employé, en l'absence d'une telle clause.

Deux juges de la Cour d'appel n'ont pas conclu à l'existence d'une obligation de diligence. Le juge Hinkson a conclu que les employés n'avaient aucune obligation de diligence, mais il a fondé cette conclusion sur la clause contractuelle de limitation de la responsabilité. Le juge Southin a conclu que la question de l'obligation de diligence n'était pas pertinente car, à son avis, il semblait s'agir d'une affaire d'atteinte à la possession mobilière.

Le juge de première instance a conclu qu' [TRADUCTION] «il n'existe aucune règle générale voulant qu'un employé ne puisse être poursuivi s'il commet un délit dans la prestation des services mêmes pour lesquels le demandeur a passé un contrat avec son employeur» ((1986) 2 B.C.L.R. (2d) 181, à la p. 189).

L'obligation de diligence depuis l'arrêt *Anns*

Considérations générales

La question de l'obligation de diligence a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette affaire, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a adopté les critères énoncés par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Elle a refor-

questions that must be asked in order to determine whether a duty of care exists (at pp. 10-11):

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

I agree with McLachlin J. that *Anns*, as adopted by this Court in *Kamloops* and *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, governs this case. I agree with both my colleagues that the damage in question in this case was reasonably foreseeable and that as a result, the first branch of the *Anns* test is satisfied. In my view, the second branch of the *Anns* test is broad enough to allow for the consideration, where relevant, of the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty; see *Central Trust Co. v. Rafuse*, *supra*; *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, *supra*.

The Application of the Second Branch of Anns: Property Damage and Economic Loss

In my view, in applying *Anns* and *Rafuse*, the courts must be vigilant to guide the development of concurrent liability in such a manner as to avoid unacceptable results. In *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.), I surveyed a number of the potential difficulties and juridical solutions in the context of concurrent liability between two parties. I stated, at p. 512:

mulé comme suit les deux questions qu'il faut se poser pour déterminer s'il existe une obligation de diligence (aux pp. 10 et 11):

(1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

(2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Je suis d'accord avec le l'avis du juge McLachlin pour dire que l'arrêt *Anns*, adopté par notre Cour dans les arrêts *Kamloops* et *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, s'applique en l'espèce. Je souscris à l'avis de mes deux collègues lorsqu'ils disent que les dommages dont il est question ici étaient raisonnablement prévisibles et qu'on satisfait donc au premier volet du critère de l'arrêt *Anns*. J'estime que le second volet du critère de l'arrêt *Anns* est suffisamment général pour permettre d'examiner, lorsque cela est pertinent, les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait supprimer l'obligation; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité; *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, précité.

L'application du second volet du critère de l'arrêt Anns: dommage matériel et perte économique

À mon avis, en appliquant les arrêts *Anns* et *Rafuse*, les tribunaux doivent veiller à orienter l'évolution de la notion de responsabilité concomitante de façon à éviter des résultats inacceptables. Dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.), j'ai passé en revue un certain nombre de problèmes possibles ainsi que de solutions juridiques, dans le contexte de la responsabilité concomitante de deux parties. À la page 512, j'ai déclaré:

The question may also arise regarding the application of this general approach [the concurrent application of tort and contract] to certain fact situations; for example sales of real estate by the owner as occurred in *McGrath v. MacLean et al.* [(1979), 22 O.R. (2d) 784 (C.A.)]. But if it is felt the principle advanced here should not be applied to such cases, it could be distinguished either on general policy or the particular facts of a situation on the basis of an implied term (for example *caveat emptor*) read into the contract having regard to the relation of the parties or on the ground that there is no duty of care under such circumstances. Such an approach has the advantage that it is based on policy or factual grounds rather than mere formalism.

The problems posed by the concurrent application of contract and tort in a two-party context pale in comparison with the difficulties raised by the extensive overlapping of tort and contract claims in multi-party contexts. Rules and approaches that were acceptable or at least tolerable in the relatively narrow field of tort liability that existed before the full development of the concurrent application of the two regimes of liability may need to be re-examined. The extent of overlap is obviously most acute in cases of economic loss, and the court must take due account, neither more nor less, of the contractual context in which the alleged tort duty is said to exist; see my reasons in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021. But the critical new interaction of tort and contract is not limited to cases involving economic loss. In the vast new areas in which tort applies in conjunction with contract, *Rafuse*, or in contexts with contractual overtones, *Norsk* and the case at bar, sensitive approaches will be required. The relaxation of privity by Iacobucci J. in this case is an example of that adaptation. So too is the application by

[TRADUCTION] La question peut aussi être soulevée dans le cas de l'application de cette approche générale [l'application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle] à certaines situations de fait; par exemple, les ventes de biens-fonds effectuées par le propriétaire, comme l'arrêt *McGrath v. MacLean et al.* [(1979), 22 O.R. (2d) 784 (C.A.)]. Cependant, si l'on est d'avis que le principe avancé ici ne devrait pas s'appliquer à ces causes, celui-ci pourrait être distingué à partir d'une politique générale ou à partir des faits particuliers d'une situation sur la base d'une clause implicite (par exemple, la règle *Caveat emptor*) imputée au contrat, en tenant compte de la relation des parties ou au motif qu'il n'existe pas d'obligation de diligence en pareilles circonstances. Cette approche a l'avantage d'être fondée sur une politique générale ou sur des motifs factuels plutôt que sur un formalisme pur.

Les problèmes que pose l'application concomitante de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, lorsqu'il y a deux parties, sont minimes comparativement aux difficultés que comporte le chevauchement considérable des réclamations délictuelles et contractuelles lorsque plusieurs parties sont en cause. Il faut peut-être réexaminer les règles et méthodes qui étaient acceptables ou du moins tolérables dans le domaine relativement restreint de la responsabilité délictuelle qui existait avant que l'application concomitante des deux régimes de responsabilité soit implantée entièrement. Le chevauchement est de toute évidence plus prononcé dans les cas de perte économique, et le tribunal doit accorder l'importance nécessaire, ni plus ni moins, au contexte contractuel dans lequel on affirme que la présumée obligation délictuelle existe; voir les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. Cependant, la nouvelle interaction cruciale de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle n'est pas limitée aux cas de perte économique. Dans les importants nouveaux domaines où la responsabilité délictuelle existe en même temps que la responsabilité contractuelle (*Rafuse*), ou existe dans un contexte contractuel (*Norsk* et la présente espèce), il faudra adopter une attitude souple. L'assouplissement de la notion de lien contractuel par le juge Iacobucci en l'espèce est un exemple de cette adaptation. Il en est de même pour l'applica-

McLachlin J. of the theory of voluntary assumption of risk.

This case involves a claim for property damage. Undoubtedly, if the case involved economic loss, the court would undertake a searching inquiry into policy concerns under the second branch of *Anns* before concluding as to the existence of a duty of care; see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Norsk, supra*. Since this case concerns property damage, however, the venerable authority of *Donoghue* is invoked in support of the simple and straightforward application of the foreseeability test established in that great case. This approach harkens back to an era in which tort law divided most losses into three broad categories: personal injury, property damage and economic loss. In the first two areas, a duty of care was established based on mere foreseeability on the authority of *Donoghue*. In the third area, economic loss, an expansive reading of early cases such as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, led to a broad exclusionary rule for pure economic loss.

Whatever the benefits of such a rigid approach, it has now been clearly rejected in the case of economic loss; see *Kamloops* and *Norsk*. One of the principal reasons behind the softening of the broad rule prohibiting recovery for pure economic loss is the by now oft repeated statement that the differences between property damage and economic loss have been vastly exaggerated. This view has accompanied the development of jurisprudence on economic loss since *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

It is important to note that comparisons between economic loss and property damage in tort cases operate on at least two planes. On one plane there is the question of the relative social importance of the two types of loss. In *Norsk*, Stevenson J. con-

tion de la théorie de l'acceptation volontaire du risque par le juge McLachlin.

Cette affaire concerne une réclamation découlant de dommages matériels. Sans aucun doute, si une perte économique était en cause, la Cour effectuerait un examen soigné des questions de principe, conformément au second volet du critère de l'arrêt *Anns*, avant de tirer une conclusion au sujet de l'existence d'une obligation de diligence; voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Norsk*, précité. Toutefois, puisque cette affaire porte sur des dommages matériels, le vénérable arrêt *Donoghue* est invoqué à l'appui de l'application simple et directe du critère de la prévisibilité qui y a été établi. Cette méthode remonte à une époque où le droit de la responsabilité délictuelle rangeait la plupart des pertes dans trois catégories générales: les lésions corporelles, les dommages matériels et la perte économique. Dans les deux premiers cas, une obligation de diligence était établie en raison de la simple prévisibilité, conformément à l'arrêt *Donoghue*. Dans le troisième cas, soit la perte économique, une interprétation large des premiers jugements rendus à ce sujet, comme *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, est à l'origine d'une règle d'exclusion générale dans le cas d'une perte purement économique.

Quels que soient ses avantages, une méthode aussi rigoureuse est maintenant clairement rejetée lorsqu'une perte économique est en cause; voir *Kamloops* et *Norsk*. L'assouplissement de la règle générale interdisant l'indemnisation d'une perte purement économique a été justifié en grande partie par la prise de conscience que les différences entre les dommages matériels et la perte économique ont souvent été exagérées. Cette prise de conscience, évoquée à maintes reprises, a accompagné la jurisprudence qui a porté sur la perte économique depuis l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

Il importe de noter que toute comparaison entre la perte économique et les dommages matériels, dans les affaires de responsabilité délictuelle, comporte au moins deux aspects. D'une part, il y a la question de l'importance sociale relative des deux

sidered that there was no distinction to be made on this plane. At page 1173, he states:

Some argue that there is a fundamental distinction between physical damage (personal and property damage) and pure economic loss and that the latter is less worthy of protection. Professor Feldthusen has attempted to make this argument in *Economic Negligence, supra*, at pp. 8-14, but I am left unconvinced. Although I am prepared to recognize that a human being is more important than property and lost expectations of profit, I fail to see how property and economic losses can be distinguished.

McLachlin J. adopted a much less trenchant position, noting only that even if pure economic loss were to be considered less deserving, as Professor Feldthusen suggests, that should not preclude recovery of such loss where justice so requires (at p. 1138). In my reasons, I did not find it necessary to comment explicitly on this question. I did find that property damage, since it is in some sense there first, was sufficient to establish deterrence in cases of contractual relational economic loss. In my view, it is unlikely that any broad comparison is possible. Property damage is more likely to occur in contexts that raise concerns other than compensation, such as safety and the desire to deter dangerous activity.

However, where the loss is suffered by a corporation, as in this case, I can see little reason to distinguish in social importance between the two types of loss from the perspective of compensation. Thus, for London Drugs, it is of little consequence that their loss of \$33,000 occurred as a result of damage to a transformer rather than through, say, the late delivery of an envelope, as in *Hofstrand*. Of course, other concerns may arise that justify distinctions.

genres de perte. Dans l'arrêt *Norsk*, le juge Stevenson a considéré qu'aucune distinction ne devait être faite à cet égard. À la page 1173, il déclare:

a Certains font valoir qu'il existe une distinction fondamentale entre le préjudice physique (lésion corporelle et dommage matériel) et la perte purement économique, et que cette dernière ne mérite pas la même indemnisation. Le professeur Feldthusen a tenté de faire valoir cela dans *Economic Negligence, op. cit.*, aux pp. 8 à 14, mais il ne m'a pas convaincu. Bien que je sois disposé à reconnaître que l'être humain est plus important que les biens ou les chances perdues de réaliser des profits, je ne vois pas comment on peut faire une distinction entre les pertes matérielles et les pertes économiques.

d Le juge McLachlin a adopté une position beaucoup moins ferme; elle s'est contentée de faire remarquer que même si la perte purement économique devait être considérée comme méritant moins de faire l'objet d'une indemnisation, comme le professeur Feldthusen le laisse entendre, cela ne devrait pas empêcher l'indemnisation de la perte lorsque la justice l'exige (à la p. 1138). Dans mes motifs, je n'ai pas jugé nécessaire de faire des remarques expresses à ce sujet. J'ai conclu que l'indemnisation d'un dommage matériel, qui est une obligation déjà existante, suffisait pour qu'il y ait dissuasion dans les affaires de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, il est peu probable qu'une comparaison générale soit possible. Le dommage matériel risque davantage de se produire dans un contexte qui sou-

e lève une question autre que l'indemnisation, comme par exemple la sécurité et la volonté de décourager une activité dangereuse.

h Toutefois, lorsque la perte est subie par une société, comme en l'espèce, je ne vois pas pourquoi il faudrait, du point de vue de l'indemnisation, établir entre les deux genres de perte une distinction fondée sur l'importance sociale. Par conséquent, en ce qui concerne London Drugs, il importe peu que sa perte de 33 000 \$ résulte du dommage causé à un transformateur plutôt que, par exemple, de la livraison tardive d'une enveloppe, comme dans l'arrêt *Hofstrand*. Bien sûr, des distinctions peuvent être justifiées en vertu d'autres caractéristiques des deux genres de pertes.

The second plane on which economic loss and property damage are compared in tort law is with respect to the policy concerns they raise in the context of allowing recovery for them in courts of law based on tort principles. The institutional limitations of courts are such that even those who adopt the position that there is no difference in social importance between the two types of damage recognize that many if not all economic loss cases pose policy problems, such as the problem of indeterminacy, not present with the same acuity in the vast majority of property damage cases; see the reasons of Stevenson J. in *Norsk*.

Until now, the insight that there may be less difference between economic loss and property damage than was formerly thought has been principally used to justify limited extensions of liability in the field of economic loss, for example in cases of negligent misrepresentation, e.g., *Hedley Byrne*, or in cases involving the liability of public authorities, e.g., *Kamloops* and *Rothfield*. As we examine the different types of economic loss cases with more care, however, we are discovering additional policy concerns. What is important for present purposes is that certain of the policy concerns most evidenced in some economic loss cases may not really have much to do with the specific nature of economic loss; it may just be that the concern is present with particular force in such cases and less often in cases involving physical damage to property. As Professor Blom has noted, the present case requires us to apply what we have learnt from our confrontation with economic loss in property damage cases that arise in contractual contexts; see "Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156.

Le second élément de comparaison entre la perte économique et le dommage matériel en droit de la responsabilité délictuelle se rapporte aux questions de principe qu'ils soulèvent lorsqu'il s'agit de permettre aux tribunaux judiciaires d'accorder une indemnisation à leur égard en se fondant sur des règles de responsabilité délictuelle. Les limitations institutionnelles des tribunaux sont telles que même ceux qui adoptent la position voulant qu'il n'y ait pas de différence, au point de vue de l'importance sociale, entre les deux genres de dommage reconnaissent que de nombreux cas de perte économique sinon tous posent des problèmes de principe, comme par exemple celui du caractère indéterminé, qui ne se présentent pas avec la même acuité dans la plupart des cas où un dommage matériel est en cause; voir les motifs du juge Stevenson dans l'arrêt *Norsk*.

Jusqu'à maintenant, l'idée que la différence entre la perte économique et le dommage matériel puisse être moins importante que ce qu'on croyait antérieurement a principalement servi à justifier un élargissement contrôlé de la responsabilité pour les pertes économiques, par exemple lorsqu'une déclaration inexacte est faite par négligence, comme dans *Hedley Byrne*, ou lorsque la responsabilité des autorités publiques est en jeu, comme dans *Kamloops* et *Rothfield*. Toutefois, l'examen plus approfondi des différents genres de cas de perte économique nous permet de découvrir d'autres questions de principe. Aux fins de la présente affaire, ce qui importe c'est que certaines des questions de principe les plus évidentes dans certaines affaires de perte économique n'ont peut-être pas vraiment grand-chose à voir avec la nature précise de la perte économique; il se peut que le problème se pose avec une force particulière dans ces affaires et moins souvent dans celles où un préjudice physique est causé à un bien. Comme le professeur Blom l'a fait remarquer, la présente affaire nous oblige à appliquer ce que nous avons appris en nous attaquant à la question de la perte économique dans les affaires de dommage matériel qui s'inscrivent dans un contexte contractuel; voir «Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*» (1991), 70 *R. du B. can.* 156.

In my view, it is now clearly recognized that courts must be sensitive to the impact that an imposition of tort liability would have on the contractual allocation of risk, whether the damage incurred is economic loss or property damage. Tort liability, however, may be less likely to disrupt contractual arrangements in property damage cases. As Professor Blom notes, one reason why property damage cases are generally unproblematic from a policy perspective is that they are much less likely than economic loss cases to be associated with planned transactions and contractual expectations; see Blom, "Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract" in *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence* (1991), at p. 181 (hereinafter cited as "Fictions and Frictions"). As he notes, physical damage to person or property can result from being run down in the street, from fire destroying your house or from a street-cleaning machine bumping your car. Economic loss, on the other hand, very often occurs in a contractual context.

This has now been most clearly recognized in cases of concurrent liability. However, it has also been recognized, and for good reason, in cases involving parties who are not in contractual privity; such parties may be linked by a chain of contracts or not. I shall examine these different situations in turn.

Concurrent Application of Tort and Contract

The most obvious case of this interaction is undoubtedly where tort and contract apply concurrently between two parties. This issue arose on the facts in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, and was also considered in *Rafuse*, *supra*. In *Nunes Diamonds*, Pigeon J. used the independent tort

À mon avis, il est maintenant clairement reconnu que les tribunaux doivent se montrer sensibles aux effets que l'imposition de la responsabilité délictuelle aurait sur la répartition contractuelle du risque, et ce, peu importe que le préjudice subi soit une perte économique ou un dommage matériel. Toutefois, la responsabilité délictuelle risque peut-être moins de perturber les ententes contractuelles dans les affaires de dommage matériel. Comme le professeur Blom le fait remarquer, l'une des raisons pour lesquelles les affaires de dommage matériel ne posent généralement pas de problèmes en principe est qu'elles sont beaucoup moins susceptibles d'être associées à des opérations planifiées et à des attentes contractuelles que les affaires de perte économique; voir Blom, «Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract», dans *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence* (1991), à la p. 181 (ci-après appelé «Fictions and Frictions»). Comme Blom le fait remarquer, le préjudice physique causé à la personne ou aux biens peut résulter du fait qu'une personne est renversée dans la rue, qu'un incendie détruit une demeure ou qu'une nettoyeuse de rues entre en collision avec une voiture. En revanche, la perte économique se produit très souvent dans un contexte contractuel.

Cela a maintenant été très clairement reconnu dans les affaires de responsabilité concomitante. Toutefois, cela a également été reconnu, à bon droit, dans les affaires mettant en cause des parties non liées par un contrat; ces parties peuvent être liées ou non par une série de contrats. J'examinerai ces différentes situations à tour de rôle.

Application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle

Le cas le plus évident d'interaction de ce genre est sans doute celui où la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle s'appliquent en même temps entre deux parties. Cette question s'est posée dans *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, et a également été examinée dans *Rafuse*, précité. Dans l'arrêt *Nunes Diamond*, le juge Pigeon a utilisé l'exigence de délit indépendant pour tenir

requirement to take account of the contractual bargain between the parties. He stated, at pp. 777-78:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

Arguably, in light of the decision of this Court in *Rafuse*, the same result would be achieved today by first finding concurrent liability to exist in tort and contract and then finding that the contractual exclusion applied to tort liability arising from the same circumstances. It would appear that Nunes Diamonds, in drafting their exclusion of liability, relied on the inapplicability of tort in contractual situations. As Le Dain J. noted in *Rafuse*, *supra*, at p. 163, it appears to have been assumed by Pigeon J. as by the trial judge in *Nunes Diamonds* that the clause in the contract limiting liability in the cases of loss to \$50 did not cover negligence. Nonetheless, I think today it is apparent that the case turned on the interaction of tort and contract. As Hinkson J.A. noted in delivering the unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal in *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, at p. 236:

In the *Nunes* case, the parties had by their contract agreed on the extent of the liability of the defendant in the event a breach of contract occurred. In those circumstances, it was held that it was not appropriate to rewrite the terms of the agreement between the parties to impose a greater liability than that agreed upon between the parties.

In *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201, Jessup J.A., writing for the majority (at p. 215), wrote that *Nunes*

compte de l'entente contractuelle entre les parties. Aux pages 777 et 778, il déclare:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat [. . .] En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

On pourrait soutenir, à la lumière de l'arrêt *Rafuse* de notre Cour, qu'on parviendrait de nos jours au même résultat en concluant d'abord qu'il y a concomitance de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, pour ensuite conclure que l'exclusion contractuelle s'applique à la responsabilité délictuelle découlant des mêmes circonstances. Il semblerait que Nunes Diamonds, en rédigeant sa clause d'exonération de responsabilité, se soit fiée à l'inapplicabilité de la responsabilité délictuelle dans le cas où un contrat a été passé. Comme le juge Le Dain l'a fait remarquer dans l'arrêt *Rafuse*, précité, à la p. 163, le juge Pigeon ainsi que le juge de première instance dans l'affaire *Nunes Diamonds* semblent avoir tenu pour acquis que la clause du contrat qui limitait à 50 \$ la responsabilité en cas de perte ne s'appliquait pas à la négligence. Néanmoins, je crois qu'il est maintenant évident que l'affaire portait sur l'interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Comme le juge Hinkson l'a fait remarquer en rendant l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *District of Surrey c. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, à la p. 236:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Nunes*, les parties s'étaient entendues dans leur contrat sur l'étendue de la responsabilité de la défenderesse en cas de rupture de contrat. On a jugé que, dans cette situation, il ne serait guère approprié de modifier les conditions du contrat entre les parties de manière à imposer une responsabilité plus lourde que celle convenue par ces dernières.

Dans l'arrêt *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201, le juge Jessup affirme, au nom de la majorité (à la p. 215),

Diamonds was a case that stood for the proposition that a plaintiff cannot escape a contractual exclusion of liability, whether express or implied, by reliance on a concurrent liability in tort. In *Maryon*, *supra*, I noted that the point made in *Dominion Chain* and *Carroll-Hatch* was that *Nunes Diamonds* stands for the proposition that “the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract” (at p. 506). The reasons of Jessup J.A. were cited in *Rafuse* as being “of particular significance for subsequent consideration of the principle for which those cases [*Nunes Diamonds* and other cases which have applied *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)] stand” (at p. 185). Both my reasons in *Maryon* and those of Hinkson J.A. in *Carroll-Hatch* were also cited with apparent approval by Le Dain J. in *Rafuse*.

Today, courts are perhaps readier to extend a limitation of liability for contractual breach to a tort claim arising out of the same circumstances if it is necessary to do so to prevent tort being unjustifiably used to avoid obligations and limitations freely accepted in contract. The need to impose an independent tort requirement to achieve the basic policy aim is accordingly reduced. Parties should by now be well aware of the need to include exclusions of both contractual and tort liability in most cases, however, and concurrent liability cases in which it is necessary to interpret a clause, limited on its face to contractual liability, to cover tort liability should become increasingly rare.

que l’arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle le demandeur ne peut pas se soustraire à une exonération contractuelle de responsabilité, expresse ou implicite, en se fondant sur une responsabilité délictuelle concomitante. Dans *Maryon*, précité, j’ai fait remarquer que ce qui se dégageait des arrêts *Dominion Chain* et *Carroll-Hatch* était que l’arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «on ne saurait se servir du droit en matière de négligence pour accorder à une personne un redressement pour une rupture de contrat dont elle ne peut être tenue responsable aux termes du contrat» (à la p. 506). Les motifs du juge Jessup ont été cités dans l’arrêt *Rafuse* comme revêtant «une importance particulière pour son étude subséquente du principe établi par cette jurisprudence» [*Nunes Diamonds* et d’autres décisions où l’on a appliqué l’arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)] (à la p. 185). Les motifs que j’ai prononcés dans *Maryon* et ceux que le juge Hinkson a prononcés dans *Carroll-Hatch* ont également été cités, apparemment avec approbation, par le juge Le Dain dans l’arrêt *Rafuse*.

De nos jours, les tribunaux sont peut-être plus disposés à étendre la limitation de la responsabilité découlant de la violation d’un contrat à une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle découlant des mêmes circonstances, s’il est nécessaire de le faire pour empêcher qu’on se serve sans justification d’un délit pour éviter des obligations et des limitations volontairement acceptées par contrat. Il s’avère donc moins nécessaire d’imposer l’exigence de délit indépendant pour réaliser l’objet de principe fondamental. Toutefois, les parties devraient maintenant être bien au courant de la nécessité d’inclure des exonérations de responsabilité tant contractuelle que délictuelle dans la plupart des cas, et les affaires de responsabilité concomitante dans lesquelles il faut interpréter une clause, limitée à première vue à la responsabilité contractuelle, comme s’appliquant à la responsabilité délictuelle devraient se faire de plus en plus rares.

Parties Linked by a Chain of Contracts

Similar considerations arose in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, a case in which there was no direct contractual relationship between the plaintiff and the defendants. Rather, there was a chain of contracts linking the two parties, as in the present case. Despite the lack of contractual privity, Ritchie J., as I noted in *Norsk*, at p. 1066, expressly considered whether the tort duty he imposed would have the effect of disrupting contractual relations. He stated, at p. 1214:

In the present case, however, I am of opinion that the failure to warn was "an independent tort" unconnected with the performance of any contract either express or implied. [Emphasis added.]

In *Kamloops*, *supra*, at p. 34, Wilson J. noted that the contractual aspects of *Rivtow* played a "major role" in the restrictive approach taken by the majority.

Rivtow was not a true concurrent liability case because of the lack of privity between *Rivtow* and the defendants: *Rivtow* had no contractual claim against the defendants. Nonetheless, it was concurrent in the broader sense that I prefer to refer to as tort liability in a contractual context or matrix; see the reasons of Purchas L.J. in *Pacific Associates*, which as I noted were concurred in by Wallace J.A. in the Court of Appeal. Many issues raised in concurrent cases like *Nunes Diamonds* and *Rafuse* must also be considered where there is no privity of contract between the plaintiff and defendant. The mere lack of privity does not justify the complete disregard of contractual concerns. In fact, since in such circumstances it is more difficult for the parties to contract out of tort liability, tort law may need to be more attuned to the contractual

Les parties liées par une série de contrats

Des considérations similaires existaient dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, où il n'y avait pas de lien contractuel direct entre la demanderesse et les défenderesses. Il y avait plutôt une série de contrats liant les deux parties, comme en l'espèce. Malgré l'absence de lien contractuel, le juge Ritchie, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1066, a examiné expressément si l'obligation délictuelle qu'il avait imposé aurait eu pour effet de perturber les rapports contractuels. À la p. 1214, il déclare:

En l'espèce présente, toutefois, je suis d'avis que l'omission d'avertir a été «un délit civil indépendant» n'ayant aucun rapport avec l'exécution d'un contrat exprès ou implicite. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, à la p. 34, le juge Wilson a fait remarquer que les aspects contractuels de l'affaire *Rivtow* avaient joué un «rôle important» dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité.

L'arrêt *Rivtow* ne mettait pas vraiment en cause la responsabilité concomitante en raison de l'absence de lien contractuel entre *Rivtow* et les défenderesses: *Rivtow* n'avait aucun droit d'action fondé sur un contrat contre les défenderesses. Néanmoins, il y avait responsabilité concomitante au sens large, que je préfère désigner par l'expression responsabilité délictuelle dans un contexte ou un cadre contractuel; voir les motifs du lord juge Purchas dans *Pacific Associates*, auxquels a souscrit, comme je l'ai fait remarquer, le juge Wallace de la Cour d'appel. De nombreuses questions se posant dans des affaires de responsabilité concomitante comme *Nunes Diamonds* et *Rafuse* doivent également être prises en considération lorsqu'il n'existe aucun lien contractuel entre le demandeur et le défendeur. La simple absence de lien contractuel ne nous permet pas de faire abstraction complètement des questions contractuelles. En fait, étant donné qu'en pareil cas il est plus difficile pour les parties d'exclure par contrat la responsabilité délictuelle, il faut peut-être que le droit de la responsabilité délictuelle s'harmonise davantage

allocation of risk than in cases of concurrent liability.

On the other hand, it is apparent that the values protected by tort may predominate in a given context, and the nature of the damage may be a relevant consideration. This is revealed by an examination of cases involving products liability. Since *Donoghue*, it is well established that manufacturers are liable for negligence causing property damage to end users of their products: the safety concerns are obvious. When the question of recovery for economic loss in a products liability case arises, however, the case becomes more difficult. For example, in *Rivtow*, the crux of the disagreement between the majority and the dissent turned on whether the safety concerns underlying the law on products liability for physical damage justified allowing recovery for economic loss. Laskin J. felt that safety concerns should take precedence on the facts of that case. At pages 1218-19, he stated:

It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened: see Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, pp 164-5, 444-5.

The present case is concerned . . . (and here I repeat myself) with economic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ.

Ritchie J. gave precedence in that context to contractual concerns. He based his rejection of recovery on the fact that (at p. 1207) "liability for the cost of repairing damage to the defective article itself and for the economic loss flowing directly from the negligence, is akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and as it is contractual in origin cannot be enforced

avec la répartition contractuelle du risque que dans les affaires de responsabilité concomitante.

Par ailleurs, il appert que les valeurs protégées par la responsabilité délictuelle peuvent l'emporter dans un contexte donné et que la nature du dommage peut être une considération pertinente. C'est ce que révèle l'examen des arrêts dans lesquels la responsabilité du fabricant est en cause. Depuis l'arrêt *Donoghue*, il est bien établi que les fabricants sont responsables de la négligence causant un dommage matériel aux utilisateurs ultimes de leurs produits: les questions de sécurité sont évidentes. Toutefois, lorsque la question de l'indemnisation d'une perte économique se pose dans une affaire de responsabilité du fabricant, elle devient plus difficile à résoudre. Par exemple, dans *Rivtow*, le désaccord entre la majorité et les juges dissidents portait essentiellement sur le point de savoir si les questions de sécurité qui sous-tendent le droit en matière de responsabilité du fabricant, dans le cas d'un préjudice physique, justifiaient l'indemnisation de la perte économique. Le juge Laskin a cru que les questions de sécurité devraient avoir préséance d'après les faits de l'affaire. Aux pages 1218 et 1219, il a déclaré:

Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées: voir Fleming, *Law of Torts*, 4^e éd., 1971, pages 164-5, 444-5.

Dans la présente affaire, il s'agit [...] (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service.

Le juge Ritchie a accordé plus d'importance, dans ce contexte, aux questions contractuelles. Il a fondé son refus d'accorder une indemnité sur le fait que (à la p. 1207) «la responsabilité du coût de réparation du dommage subit par l'objet défectueux lui-même, et de la perte économique découlant directement de la négligence, ressemble à la responsabilité en vertu d'une garantie explicite ou

against the manufacturer by a stranger to the contract”.

In my view, Ritchie J.’s reference to the contractual “origin” of the manufacturer’s liability must be read as a conclusion that, in his opinion, the contractual aspects of that case outweighed the safety concerns. For it is clear that the manufacturer’s undoubted liability for physical damage is also akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and is no less contractual in “origin” than liability for economic loss. Nonetheless, liability in tort undoubtedly exists in those circumstances essentially because of the safety concerns. Thus, to be precise, it is not the contractual origin but rather the concern with upsetting the contractual bargain struck that lies behind the majority decision in *Rivtow*. Where the concern with safety becomes more tenuous, as in a products liability economic loss case, the contractual aspects begin to predominate. The decision of the majority may also have been prompted by concerns about the difficulty of applying the minority’s criteria. It would appear that an unjustified extension of recovery in a number of English cases of the *Rivtow* variety beyond those cases which truly raise safety concerns may have been a key factor in the recent overruling of *Anns* (which relied on the dissent in *Rivtow*) by the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.); see I. N. Duncan Wallace, “Anns Beyond Repair” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228, at pp. 230-31.

Laskin J. was of the opinion that the safety concerns, although they might perhaps be attenuated, should still prevail. As I noted in *Norsk* (at p. 1065), however, he was most careful to exclude recovery in tort for “safe but shoddy” products and to exclude recovery in cases “where a manufactured product proves to be merely defective (in short, where it has not met promised expecta-

implicite de bon état, et que puisque son origine est contractuelle, un tiers au contrat ne peut la faire valoir contre le fabricant».

^a À mon avis, la mention par le juge Ritchie de l’«origine» contractuelle de la responsabilité du fabricant doit être interprétée comme une conclusion qu’à son avis les aspects contractuels de cette affaire l’emportaient sur les questions de sécurité. ^b En effet, il est clair que la responsabilité indubitable du fabricant pour le préjudice physique ressemble également à la responsabilité en vertu d’une garantie explicite ou implicite de bon état et que son «origine» n’est pas moins contractuelle ^c que celle de la responsabilité pour la perte économique. Néanmoins, en pareil cas, la responsabilité délictuelle existe sans aucun doute essentiellement à cause des questions de sécurité. Ainsi, pour être ^d précis, c’est non pas l’origine contractuelle mais plutôt la crainte de modifier l’entente contractuelle intervenue qui sous-tend la décision de la majorité dans *Rivtow*. Lorsque la question de la sécurité ^e devient plus ténue, comme dans le cas de la responsabilité liée à un produit qui a causé une perte économique, les aspects contractuels commencent à l’emporter. La décision de la majorité peut s’expliquer également par le fait qu’elle craignait qu’il soit difficile d’appliquer les critères énoncés par la ^f minorité. Il semblerait que l’indemnisation ordonnée par les cours, dans un certain nombre d’arrêts anglais du genre *Rivtow*, où des questions de sécurité n’étaient guère soulevées, a pu être un facteur ^g clé dans le récent rejet de l’arrêt *Anns* (qui s’appuyait sur la dissidence exprimée dans *Rivtow*) par la Chambre des lords dans l’arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 ^h (H.L.); voir I. N. Duncan Wallace, «Anns Beyond Repair» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228, aux pp. 230 et 231.

ⁱ Le juge Laskin estimait que les préoccupations de sécurité, bien qu’elles puissent peut-être être atténuées, devraient encore l’emporter. Toutefois, comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Norsk* (à la p. 1065), il a bien pris soin d’exclure l’indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle pour des produits «sûrs mais de mauvaise qualité», ainsi ^j que dans le cas où «un produit fabriqué s’avère

tions)". In such cases, tort has no role since the contractual aspects take precedence. The plaintiff should not be able to use tort law merely to improve its contractual bargain.

Nunes Diamonds was concerned with loss of property, *Rivtow* with economic loss. The fact that a particular case concerns property damage rather than economic loss, while undoubtedly relevant and important to the resolution of the case, does not preclude the consideration of the issue of the interaction of tort and contract. This is most obvious in concurrent liability cases. No one suggests that the ability of one party to exclude its tort liability by contract should be limited to its tort liability for economic loss. As the reasons of Iacobucci and McLachlin JJ. in this case indicate, it is also apparent in third party beneficiary cases. I note that Iacobucci J. in his reasons does not for a moment consider that the benefit of exclusion clauses should be limited to cases of economic loss, even though some earlier cases had drawn such a distinction, perhaps because they felt constrained by the House of Lords decision in *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; see *Johnson Matthey & Co. v. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215 (Q.B. (Com. Ct.)), at p. 222; F. M. B. Reynolds, "Tort Actions in Contractual Situations" (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215, at p. 222. Similarly, McLachlin J. does not limit the operation of the doctrine of voluntary assumption of risk to economic loss. What these holdings recognize is that there is no reason to limit the effect of the limitation of privity or of voluntary assumption of risk to economic loss because the policy reasons lying behind their application are linked, not to the nature of the loss, but to the contractual allocation of risk between the parties and the general context of the case.

simplement défectueux (bref lorsqu'il n'a pas donné les résultats escomptés)». En pareil cas, la responsabilité délictuelle ne joue aucun rôle étant donné que les aspects contractuels l'emportent. Le demandeur ne devrait pas pouvoir recourir au droit de la responsabilité délictuelle simplement pour améliorer l'entente contractuelle qu'il a conclue.

L'arrêt *Nunes Diamonds* portait sur la perte d'un bien, et l'arrêt *Rivtow* sur une perte économique. Le fait qu'une affaire particulière porte sur un dommage matériel plutôt que sur une perte économique, tout en étant sans doute pertinent et important pour régler l'affaire, n'empêche pas d'examiner la question de l'interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Cela est très évident dans les affaires de responsabilité concomitante. Personne ne laisse entendre que la capacité d'une partie d'exclure sa responsabilité délictuelle par contrat devrait être limitée à sa responsabilité délictuelle pour les pertes économiques. Comme le montrent les motifs des juges Iacobucci et McLachlin en l'espèce, cela ressort également des affaires où une tierce partie bénéficiaire est en cause. Je remarque que, dans ses motifs, le juge Iacobucci n'envisage absolument pas de limiter les clauses d'exonération aux affaires de perte économique, bien que dans certains arrêts antérieurs, pareille distinction ait été faite, peut-être parce que les tribunaux se croyaient obligés de le faire par suite de l'arrêt de la Chambre des lords *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; voir *Johnson Matthey & Co. c. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215 (Q.B. (Com. Ct.)), à la p. 222; F. M. B. Reynolds, «Tort Actions in Contractual Situations» (1984-1985), 11 *N.Z.U.L.R.* 215, à la p. 222. De même, le juge McLachlin ne limite pas l'application de la règle de l'acceptation volontaire du risque à la perte économique. Ces jugements reconnaissent qu'il n'y a pas lieu de restreindre l'effet de la limitation du lien contractuel ou de l'acceptation volontaire du risque à la perte économique parce que les raisons de principe qui sous-tendent leur application sont liées, non pas à la nature de la perte, mais à la répartition contractuelle du risque entre les parties et au contexte général de l'affaire.

Parties in a Contractual Context

Norsk raised the issue of the interaction between tort liability and contract in a different context. In *Norsk* the principal relevant contract was between the plaintiff and the property owner. (Other contracts, such as the plaintiff's contracts with its customers and suppliers, were also peripherally relevant.) Not only was there no privity of contract between the plaintiff and the defendant but the defendant's contractual arrangements were largely irrelevant (except for the potential effect of imposing liability on the defendant's insurance contracts). Despite the lack of privity and the lack of a chain of contracts linking the plaintiff and the defendant, six of the judges hearing that case agreed that the contractual allocation of risk was a relevant consideration in the imposition of tort liability in that case (see my reasons, at pp. 1125-27, and those of McLachlin J., at p. 1164). There was a three-three split as to its application on the facts of that case. Stevenson J. was the lone judge to find (implicitly) that the contractual allocation of risk was not a relevant consideration and that only the problem of indeterminacy needed to be considered in that context.

Policy concerns about contractual allocation of risk in cases in which tort and contract claims co-exist arise regardless of whether the damage incurred is property damage or economic loss. As Professor Blom notes in his article "Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd." (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43, at p. 64:

These problems of the relationship between the obligations undertaken by the defendant by contract, the risks assumed by the plaintiff by contract (which may be a different contract), and the tort duties and rights that may be superimposed on these contractual duties and

Les parties dans un contexte contractuel

L'arrêt *Norsk* a soulevé la question de l'interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle dans un contexte différent. Dans *Norsk*, le principal contrat pertinent avait été passé par la demanderesse et par la propriétaire du bien en cause. (D'autres contrats, comme les contrats que la demanderesse avait passés avec ses clients et fournisseurs, étaient aussi accessoirement pertinents.) Non seulement n'existait-il aucun lien contractuel entre la demanderesse et la défenderesse, mais les ententes contractuelles de la défenderesse étaient en bonne partie non pertinentes (sauf en ce qui concerne l'effet possible de l'imposition d'une responsabilité sur les contrats d'assurance de cette dernière). Malgré l'absence de lien contractuel et l'absence d'une série de contrats liant la demanderesse et la défenderesse, six des juges qui ont entendu l'affaire ont convenu que la répartition contractuelle du risque était une considération pertinente pour imposer une responsabilité délictuelle dans cette affaire (voir mes motifs, aux pp. 1125 à 1127, et ceux du juge McLachlin, à la p. 1164). Les voix étaient partagées à trois contre trois au sujet de son application aux faits de l'affaire. Seul le juge Stevenson a conclu (implicitement) que la répartition contractuelle du risque n'était pas une considération pertinente et que seul le problème du caractère indéterminé devait entrer en ligne de compte dans ce contexte.

Les questions de principe relatives à la répartition contractuelle du risque dans les affaires où des réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle et sur la responsabilité contractuelle coexistent se posent indépendamment de la question de savoir si le préjudice subi est un dommage matériel ou une perte économique. Comme le professeur Blom le fait remarquer dans son article intitulé «Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43, à la p. 64:

[TRADUCTION] Ces problèmes de relation entre les obligations assumées par contrat par le défendeur, les risques assumés par contrat (qui peut être un contrat différent) par le demandeur et les droits et obligations de nature délictuelle qui peuvent venir s'ajouter à ces droits

rights, exist irrespective of whether the damage in question is physical or economic loss. [Emphasis added.]

Taylor J.A. referred to a similar idea in writing for the British Columbia Court of Appeal in *Kamahap Enterprises Ltd. v. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167, at p. 170:

Reliance on the carefulness of another is reasonably to be expected as a general rule when it is foreseeable that a person may suffer personal injury or physical property damage as a result of the carelessness of another, subject, no doubt, to exception where such reliance would not be reasonable or expected, by reason, for instance, of the existence of some special knowledge, contractual arrangements, or legal relationship. [Emphasis added.]

I re-emphasize that the recognition that contractual concerns must be considered in tort cases like the present is not to be interpreted as a return to the now discredited reasoning in *Winterbottom v. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402. It is now recognized that it would be anomalous if a person who has assumed responsibility gratuitously is subject to the legal consequences of tortious liability but a person who had assumed such responsibility under contract is not; see my reasons in *Maryon*, and *Rafuse*, at pp. 506 and 204-5. *Rafuse* establishes that tort liability cannot be excluded by the mere presence or existence of a contract in a particular situation. Undoubtedly in past cases, once a particular situation had been analyzed and a conclusion reached that contractual concerns should predominate, this conclusion was often expressed in terms of the "contractual origin" of particular duties, or in terms of the existence of a contract barring liability in tort. In my view, such phrases must be interpreted as shorthand for the conclusion reached as a result of the balancing of tort and contract concerns in a particular situation.

et obligations contractuels, existent indépendamment du fait que le préjudice en question est un préjudice physique ou une perte économique. [Je souligne.]

a Le juge Taylor a fait mention d'une idée similaire lorsqu'il a rédigé les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Kamahap Enterprises Ltd. c. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167, à la p. 170:

b [TRADUCTION] En règle générale, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne compte sur la diligence d'une autre personne lorsqu'il est prévisible qu'elle risque de subir une lésion corporelle ou un dommage matériel par suite d'un manque de diligence, sauf, sans doute, lorsqu'il ne serait pas raisonnable de compter sur cette diligence ou qu'on ne s'y attendrait pas de la part de l'autre personne, en raison, par exemple, de l'existence de connaissances, d'ententes contractuelles ou de relations juridiques spéciales. [Je souligne.]

d Je souligne de nouveau que le fait de reconnaître que les questions contractuelles doivent entrer en ligne de compte dans les affaires de responsabilité délictuelle comme celle-ci ne doit pas être interprété comme un retour au raisonnement maintenant discrédité de l'arrêt *Winterbottom c. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402. Il est maintenant reconnu qu'il serait anormal qu'une personne qui a assumé une responsabilité à titre gracieux soit assujettie aux conséquences juridiques de la responsabilité délictuelle, mais qu'une personne qui a assumé pareille responsabilité en vertu d'un contrat ne le soit pas; voir mes motifs dans *Maryon* et *Rafuse*, aux pp. 506 ainsi que 204 et 205 respectivement. L'arrêt *Rafuse* établit que la responsabilité délictuelle ne peut pas être écartée par la simple présence ou existence d'un contrat dans un cas particulier. Sans aucun doute, par le passé, une fois qu'une situation particulière avait été analysée et qu'on avait conclu que les questions contractuelles devaient l'emporter, cette conclusion était souvent exprimée en fonction de l'«origine contractuelle» d'obligations particulières ou de l'existence d'un contrat empêchant la responsabilité délictuelle. À mon avis, pareilles expressions doivent être interprétées comme résumant la conclusion tirée après avoir soupesé les questions délictuelles et les questions contractuelles dans un cas particulier.

I conclude that the mere fact that this case involves property damage rather than economic loss cannot be sufficient to eliminate inquiry into whether the recognition of a duty of care in these circumstances is justified on policy grounds. Before leaving the issue of the application of *Anns* in this case, I note that my colleague McLachlin J., at p. 460, states that *Anns* permits and indeed requires the court to take account of all relevant circumstances in assessing the duty of care which a particular defendant owes a particular plaintiff and makes no reference to the type of loss involved in the case. While I agree generally with that statement, I would underline the policy interest in stability of the law expressed notably by Lord Brandon in *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, at pp. 815-16. As noted by Taylor J.A. in *Kamahap*, *supra*, in the vast majority of property damage cases, the straightforward application of the foreseeability test is sufficient to found a duty of care. Accordingly, it should only rarely be necessary to examine such cases under the second branch of *Anns*.

Many property damage cases occur outside of a contractual context, and as I noted, a duty of care is justified in those cases based on foreseeability. Even in property damage cases with contractual overtones, it undoubtedly makes sense in almost all cases to allow the risk of damage to accompany the property in the absence of some express contractual stipulation. In most contractual contexts, all parties are able to plan for potential tort liability for property damage based on foreseeability. For the reasons set out below, I am of the opinion that in general employees are not realistically in a position to so plan.

Property damage is also a criterion that has the significant advantage of being relatively easy for

Je conclus que le simple fait que cette affaire met en cause un dommage matériel plutôt qu'une perte économique ne saurait être suffisant pour éviter de déterminer si, en l'espèce, des motifs de principe justifient la reconnaissance d'une obligation de diligence. Avant de laisser la question de l'application de l'arrêt *Anns* en l'espèce, je remarque que ma collègue le juge McLachlin affirme, à la p. 460, que l'arrêt *Anns* permet, et en fait exige, que le tribunal tienne compte de toutes les circonstances pertinentes dans l'évaluation de l'obligation de diligence qu'un défendeur a envers un demandeur, sans mentionner le genre de perte dont il est question dans cette affaire. Tout en souscrivant d'une façon générale à cet énoncé, je tiens à souligner qu'on a intérêt en principe à ce que le droit soit stable, comme l'a dit notamment lord Brandon dans l'arrêt *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, précité, aux pp. 815 et 816. Comme le juge Taylor l'a fait remarquer dans l'arrêt *Kamahap*, précité, dans la grande majorité des cas où un dommage matériel est en cause, la simple application du critère de la prévisibilité suffit pour fonder une obligation de diligence. En conséquence, ce n'est que rarement qu'il devrait être nécessaire d'examiner pareils cas sous l'angle du second volet du critère de l'arrêt *Anns*.

De nombreuses affaires de dommage matériel se produisent en dehors d'un contexte contractuel et, comme je l'ai noté, une obligation de diligence fondée sur la prévisibilité est justifiée dans ces cas. Même dans les affaires de dommage matériel où il y a un cadre contractuel, il est sans doute logique, la plupart du temps, de permettre que le risque de dommage suive le bien en l'absence de stipulation contractuelle expresse. Dans la plupart des contextes contractuels, toutes les parties sont capables de prévoir les risques de responsabilité délictuelle découlant d'un dommage matériel, fondée sur la prévisibilité, et de se protéger contre ceux-ci. Pour les raisons exposées plus bas, je suis d'avis qu'il n'est pas réaliste de conclure que les employés sont, de manière générale, en mesure de se protéger ainsi.

Le dommage matériel est également un critère qui a l'avantage important d'être relativement

courts to apply. It responds to the strong policy interest in having workable rules. Even in those cases that do have contractual overtones, parties benefit greatly from clear rules attributing liability. In sum, a return to first principles will rarely be necessary in property damage cases. I shall set out below the reasons why I am of the opinion that an exception to the general rule of foreseeability should apply here.

I conclude that the considerations put forward in support of an application of the simple foreseeability test, while undoubtedly important, are not sufficient to preclude policy analysis in this case under the second branch of *Anns*. In today's world, in which the gradual extension of tort liability means that many losses incurred as a result of breaches of contract will give rise to a concurrent or associated claims in tort, the question of the employee's liability in cases that trigger the operation of vicarious liability needs to be examined more closely. Accordingly, I turn to an examination of the operation of vicarious liability in this case.

Vicarious Liability

This case raises the question of the employee's personal liability within the context of the vicarious liability regime. Under that regime, the law holds the employer liable for the misconduct of another person, his employee. Although the regime has traditionally also held the employee to be liable, the respondents and the interveners point to the arguments put forward by leading tort scholars such as John Fleming and to a number of cases which suggest that that rule should be reconsidered. They also suggest that to apply the traditional rules of vicarious liability to tort claims arising in contractual situations as a result of the recent development of concurrent liability in tort and contract would be inappropriate. The appellant, on the other hand, contends that the employees owed a

facile à appliquer par les tribunaux. Il répond à l'important intérêt qu'il y a en principe à avoir des règles fonctionnelles. Même dans les cas où il y a effectivement un cadre contractuel, les parties bénéficient grandement de règles claires d'imputation de la responsabilité. Somme toute, il sera rarement nécessaire de remonter aux premiers principes dans les affaires de dommage matériel. J'énoncerai ci-dessous les raisons pour lesquelles j'estime qu'en l'espèce, il y a lieu de faire exception à la règle générale de la prévisibilité.

Je conclus que les considérations invoquées à l'appui de l'application du critère de la simple prévisibilité, malgré leur importance indubitable, ne sont pas suffisantes pour nous empêcher d'effectuer en l'espèce l'analyse de principe prévue au second volet du critère de l'arrêt *Anns*. Dans le monde d'aujourd'hui, où l'élargissement progressif de la responsabilité délictuelle signifie qu'un grand nombre de pertes découlant de la violation d'un contrat donneront lieu à une réclamation fondée sur la responsabilité concomitante ou à une réclamation connexe fondée sur la responsabilité délictuelle, il faut examiner plus attentivement la question de la responsabilité de l'employé dans le cas où la responsabilité du fait d'autrui s'applique. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de l'application de la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce.

La responsabilité du fait d'autrui

La présente affaire soulève la question de la responsabilité personnelle de l'employé sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. Sous ce régime, l'employeur est responsable en droit de l'inconduite d'une autre personne, à savoir son employé. Même si l'employé a également coutume d'être tenu responsable sous ce régime, les intimés et l'intervenant signalent les arguments avancés par des auteurs comme John Fleming qui font autorité en matière de responsabilité délictuelle, ainsi qu'un certain nombre d'arrêts qui donnent à entendre que cette règle devrait être reconsidérée. Ils laissent également entendre qu'il ne conviendrait pas d'appliquer les règles traditionnelles de la responsabilité du fait d'autrui aux réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle qui sont

duty of care to London Drugs at common law as well as by virtue of the *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, c. 428.

I agree with Wallace J.A. (at p. 79) that neither ss. 2(4)(b) and 13 of the *Warehouse Receipt Act* nor s. 11(b) of the contract of storage confirms or negates the existence of a duty owed by the employees of the warehouseman; nor do they create a duty on the part of such employees. In my view, that statute does not apply to employees. It is limited to a "warehouseman". Accordingly, I agree with Wallace J.A. that the scope of the duty the employees of a warehouseman may, or may not, have to the warehouseman or its customers must be determined by the application of the common law principles of tort.

Before I examine the common law authorities on the question of employee liability, I shall explain why I think that the law, if settled as counsel for the appellant says it is, would be defective.

Vicarious liability is generally considered to rest on one of two logical bases; see Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 314-15; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at pp. 6-7. The first, encapsulated by the Latin maxim *qui facit per alium facit per se*, considers the employer to be vicariously liable for the acts of his employee because the acts are regarded as being authorized by him so that in law the acts of the employee are the acts of the employer. This first basis was termed the "master's tort theory" by Glanville Williams, "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. The second approach, which is described by the maxim *respondeat superior*, attributes liability to the employer simply because the employer was the employee's superior and in consequence in charge or command of the employee. In Williams'

faites dans un contexte contractuel, compte tenu de l'évolution récente de la responsabilité concomitante en matière délictuelle et contractuelle. En revanche, l'appelante soutient que les employés avaient envers London Drugs une obligation de diligence en vertu de la common law ainsi qu'en vertu de la *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 428.

Je souscris à l'avis du juge Wallace (à la p. 79), selon lequel ni l'al. 2(4)(b) ni l'art. 13 de la *Warehouse Receipt Act*, ni l'al. 11(b) du contrat d'entreposage ne confirment ou ne nient l'existence d'une obligation de la part des employés de l'entreposeur; ils ne créent pas non plus d'obligation de la part de ces employés. À mon avis, cette loi ne s'applique pas aux employés. Elle est limitée à l'[TRADUCTION] «entreposeur». Par conséquent, je suis d'accord avec le juge Wallace pour dire que l'étendue de l'obligation que les employés d'un entreposeur peuvent éventuellement avoir envers ce dernier ou ses clients doit être déterminée au moyen de l'application des principes de common law en matière de responsabilité délictuelle.

Avant d'examiner la jurisprudence et la doctrine de common law portant sur la question de la responsabilité de l'employé, je vais expliquer pourquoi je crois que le droit, s'il était tel que le décrit l'avocat de l'appelante, serait défectueux.

On considère généralement que la responsabilité du fait d'autrui repose sur l'un de deux fondements logiques; voir Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 314 et 315; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), aux pp. 6 et 7. Selon le premier, que résume la maxime latine *qui facit per alium facit per se*, l'employeur est tenu responsable des actes de son employé parce qu'on considère qu'il les a autorisés de sorte qu'en droit les actes de l'employé sont ceux de l'employeur. Glanville Williams, dans «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522, a appelé ce premier fondement la [TRADUCTION] «théorie du délit de l'employeur». Le second fondement, décrit par la maxime *respondeat superior*, impute la responsabilité à l'employeur simplement parce qu'il est le supérieur de l'employé et que ce dernier est donc

terminology, this basis is termed the “servant’s tort theory”.

Fridman has noted how neither of the logical bases for vicarious liability succeeds completely in explaining the operation of the doctrine. As he notes, “[b]oth these maxims express not so much the true rationale of vicarious liability but an attempt by the law to give some formal, technical explanation of why the law imposes vicarious liability” (at p. 315). Lord Reid was hardly more respectful of the doctrine’s supposed logical foundations; in *Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones*, [1956] A.C. 627 (H.L.), at p. 643, he said: “[t]he former [*respondeat superior*] merely states the rule baldly in two words, and the latter merely gives a fictional explanation of it”. Even concerted attempts to establish theoretical distinctions, such as that by Professor Williams, end up by concluding that recourse to at least two theories is necessary to obtain satisfactory results in the various scenarios in which vicarious liability comes into play; see Williams, *supra*; Atiyah, *supra*, at p. 7.

In my opinion, the vicarious liability regime is best seen as a response to a number of policy concerns. In its traditional domain, these are primarily linked to compensation, deterrence and loss internalization. In addition, in a case like the one at bar, which involves a planned transaction or a contractual matrix, the issue of tort liability in the context of contractual relations involves a wider range of policy concerns. Alongside those respecting compensation, deterrence and loss internalization, there are important concerns regarding planning and agreed risk allocation.

Before I examine the policy concerns raised by the operation of vicarious liability in this case, I wish to underline that I am considering here a case

sous ses ordres. Williams donne à ce fondement le nom de [TRADUCTION] «théorie du délit de l’employé».

Fridman a fait remarquer que ni l’un ni l’autre de ces deux fondements logiques ne permet d’expliquer complètement l’application de la règle de la responsabilité du fait d’autrui. Comme il le dit, [TRADUCTION] «[c]es deux maximes n’expriment pas tant la raison d’être véritable de la responsabilité du fait d’autrui, mais constituent une tentative, en droit, d’expliquer d’une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d’autrui existe en droit» (à la p. 315). Lord Reid a été à peine plus respectueux des soi-disant fondements logiques de la règle; dans *Staveley Iron & Chemical Co. c. Jones*, [1956] A.C. 627 (H.L.), à la p. 643, il a dit: [TRADUCTION] «[l]e premier [*respondeat superior*] se contente d’énoncer carrément la règle en deux mots, et le second en donne simplement une explication fictive». Même des tentatives concertées d’établir des distinctions théoriques, comme celle du professeur Williams, aboutissent à la conclusion qu’il faut recourir à au moins deux théories pour obtenir des résultats satisfaisants dans les diverses situations où la responsabilité du fait d’autrui entre en jeu; voir Williams, *loc. cit.*; Atiyah, *op. cit.*, à la p. 7.

À mon avis, le régime de la responsabilité du fait d’autrui est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe. Dans le domaine traditionnel de l’application de la responsabilité du fait d’autrui, ces questions sont principalement liées au dédommagement, à la dissuasion et à l’imputation de la perte. De plus, dans un cas comme celui-ci, où il est question d’une opération planifiée ou d’un cadre contractuel, la question de la responsabilité délictuelle dans le contexte des liens contractuels fait entrer en ligne de compte une gamme plus vaste de questions de principe. En plus des questions de dédommagement, de dissuasion et d’imputation de la perte, des questions importantes se posent au sujet de la planification et de la répartition convenue du risque.

Avant d’examiner les questions de principe que soulève en l’espèce l’application du régime de la responsabilité du fait d’autrui, je tiens à souligner

in which the regime clearly operates. This case involves a situation in which no difficulties arise as to the scope of employee behaviour covered or the range of agents for whom the employer is responsible or other similar concerns. Nothing I say here should be taken as having any relevance to the question of whether the employer's liability should be extended or restricted in other types of cases.

The most important policy considerations lying behind the doctrine of vicarious liability are based on the perception that the employer is better placed to incur liability, both in terms of fairness and effectiveness, than the employee. Fleming admirably summarizes the policy concerns in the following passage from *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 340:

Despite the frequent invocation of such tired tags as *Respondeat superior* or *Qui facit per alium, facit per se*, the modern doctrine of vicarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations. Most important of these is the belief that a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise; that the master is a more promising source for recompense than his servant who is apt to be a man of straw; and that the rule promotes wide distribution of tort losses, the employer being a most suitable channel for passing them on through liability insurance and higher prices. The principle gains additional support for its admonitory value in accident prevention. In the first place, deterrent pressures are most effectively brought to bear on larger units like employers who are in a strategic position to reduce accidents by efficient organisation and supervision of their staff. Secondly, the fact that employees are, as a rule, not worth suing because they are rarely financially responsible, removes from them the spectre of tort liability as a discouragement of wrongful conduct. By holding the master liable, the law furnishes an incentive to disci-

qu'il s'agit ici d'un cas auquel ce régime s'applique clairement. Nous sommes en présence d'une situation qui ne pose aucun problème en ce qui concerne l'étendue du comportement visé de l'employé ou la gamme des mandataires dont l'employeur est responsable ou d'autres questions similaires. Rien de ce que je dis ici ne devrait être interprété comme se rapportant de quelque façon que ce soit à la question de savoir si la responsabilité de l'employeur doit être élargie ou limitée dans d'autres genres d'affaires.

Les considérations de principe les plus importantes qui sous-tendent la règle de la responsabilité du fait d'autrui sont fondées sur l'idée selon laquelle l'employeur est mieux placé que l'employé pour assumer la responsabilité, tant au point de vue de l'équité et qu'à celui de l'efficacité. Fleming résume admirablement bien les questions de principe dans l'extrait suivant de l'ouvrage intitulé *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 340:

[TRADUCTION] Bien que des clichés rebattus comme les maximes *Respondeat superior* ou *Qui facit per alium, facit per se*, soient souvent invoqués, la règle contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduction fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme fondée sur une combinaison de considérations de principe dont la plus importante est la conviction qu'une personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imposer une responsabilité correspondante à l'égard des pertes causées dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, que l'employeur est une source de récompense plus prometteuse que son employé qui est susceptible d'être un homme de paille, et que la règle encourage la répartition étendue des pertes causées par un délit, l'employeur étant un intermédiaire particulièrement apte à les transmettre à quelqu'un d'autre au moyen d'une assurance-responsabilité et d'une hausse des prix. L'utilité de la règle contemporaine est de plus manifestée par sa capacité de promouvoir la lutte contre les accidents. En premier lieu, il est plus efficace d'exercer des pressions dissuasives sur des unités plus importantes, comme les employeurs, qui sont dans une situation stratégique leur permettant de réduire le nombre d'accidents au moyen de l'organisation et de la supervision efficaces du personnel. En second lieu, le fait qu'en règle générale il ne vaut pas la peine de poursuivre les employés parce qu'ils sont rarement sol-

pline servants guilty of wrongdoing, if necessary by insisting on an indemnity or contribution.

It is useful to separate out the various policy concerns identified by Fleming.

First, the vicarious liability regime allows the plaintiff to obtain compensation from someone who is financially capable of satisfying a judgment. As Lord Wilberforce noted in *Kooragang Investments Pty. Ltd. v. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65 (P.C.), at p. 68, the manner in which the common law has dealt with the liability of employers for acts of employees (masters for servants, principals for agents) has been progressive: the tendency has been toward more liberal protection of innocent third parties; see also Fridman, at pp. 315-16. The plaintiff benefits greatly from the doctrine of vicarious liability, which allows access to the deep pocket of the company, even where the company is blameless in any ordinary sense.

Second, a person, typically a corporation, who employs others to advance its own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise. As Lord Denning noted in *Morris v. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792 (C.A.), at p. 798, the courts "would not find negligence so readily—or award sums of such increasing magnitude—except on the footing that the damages are to be borne, not by the man himself, but by an insurance company" through coverage purchased by the employer.

Third, the regime promotes a wide distribution of tort losses since the employer is a most suitable channel for passing them on through liability insurance and higher prices. In *Hamilton v. Farm-*

ables, les soustrait à l'effet dissuasif de la responsabilité délictuelle. En tenant l'employeur responsable, le droit l'incite à imposer des mesures disciplinaires aux employés qui ont commis un méfait, en insistant, si nécessaire, sur une indemnité ou une contribution.

Il est utile de distinguer les diverses questions de principe mentionnées par Fleming.

Premièrement, le régime de la responsabilité du fait d'autrui permet au demandeur d'être dédommagé par quelqu'un qui est financièrement en mesure d'exécuter un jugement. Comme lord Wilberforce l'a fait remarquer dans *Kooragang Investments Pty. Ltd. c. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65 (C.P.), à la p. 68, la façon dont la common law a considéré la responsabilité qu'ont les employeurs à l'égard des actes de leurs employés (commettants et préposés, mandants et mandataires) a été progressive: la tendance a été d'assurer une protection plus libérale des tierces parties innocentes; voir également Fridman, aux pp. 315 et 316. Le demandeur profite largement de la règle de la responsabilité du fait d'autrui, qui lui permet d'accéder aux coffres de l'entreprise, même lorsque cette dernière n'est pas à blâmer au sens ordinaire du terme.

Deuxièmement, une personne, soit habituellement une société, qui en emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imposer une responsabilité correspondante à l'égard des pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Comme lord Denning l'a fait remarquer dans *Morris c. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792 (C.A.), à la p. 798, les tribunaux [TRADUCTION] «ne concluraient pas à la négligence si facilement—ou n'accorderaient pas des sommes de plus en plus considérables—s'ils ne se fondaient sur le fait que les dommages doivent être assumés, non par l'homme lui-même, mais par une compagnie d'assurances» grâce à la protection souscrite par l'employeur.

Troisièmement, le régime encourage la répartition étendue des pertes causées par un délit étant donné que l'employeur est un intermédiaire particulièrement apte à les transmettre à quelqu'un

ers' Ltd., [1953] 3 D.L.R. 382 (N.S.S.C.), MacDonald J. noted, at p. 393, that the principle of vicarious liability "probably reflects a conclusion of public policy that the master should be held liable for the incidental results of the conduct of his business by means of his servants as a means of distributing the social loss arising from the conduct of his enterprises".

Fourth, vicarious liability is also a coherent doctrine from the perspective of deterrence. KNI is in a much better situation than Vanwinkel and Brassart to adopt policies with respect to the use of cranes, the inspection of stickers and so on in order to prevent accidents of this type. Given that it will either be held liable or its customers' insurance costs will reflect its carefulness, KNI has every incentive to encourage its employees to perform well on the job and to discipline those who are guilty of wrongdoing.

It is apparent that the vicarious liability regime is not merely a mechanism by which the employer guarantees the employee's primary liability. The regime responds to wider policy concerns than simply the desire to protect the plaintiff from the consequences of the possible and indeed likely incapacity of the employee to afford sufficient compensation, although obviously that concern remains of primary importance. Vicarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents.

The question in this case is whether the elimination of the employee's liability would significantly impact on the policies advanced by vicarious liability. In my view, it would impact favourably on the second and third considerations set out above and have negligible impact on the fourth. Again, Fleming, *supra*, at pp. 340-41, sets out the reasons

d'autre au moyen d'une assurance-responsabilité et d'une hausse des prix. Dans *Hamilton c. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382 (C.S.N.-É.), le juge MacDonald a fait remarquer, à la p. 393, que le principe de la responsabilité du fait d'autrui [TRANSDUCTION] «reflète probablement la conclusion d'intérêt public que l'employeur devrait être tenu responsable des résultats accessoires de l'exploitation de son entreprise par l'entremise de ses employés comme moyen de répartir la perte sociale découlant de ses activités».

Quatrièmement, la responsabilité du fait d'autrui est également une règle cohérente au point de vue de la dissuasion. KNI est beaucoup plus en mesure que Vanwinkel et Brassart d'adopter des politiques relativement à l'utilisation des grues, à l'inspection des étiquettes, et ainsi de suite, afin d'éviter les accidents de ce genre. Puisque ou bien elle sera tenue responsable ou bien les coûts d'assurance de ses clients traduiront sa diligence, KNI a tous les motifs voulus d'encourager ses employés à bien accomplir leur travail et de prendre des mesures disciplinaires contre les auteurs d'un méfait.

Il appert que le régime de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas simplement un mécanisme qui permet à l'employeur de garantir la responsabilité primaire de l'employé. Le régime répond à des questions de principe plus vastes que la simple volonté de protéger le demandeur contre les conséquences de l'incapacité possible, voire probable, de l'employé de payer une indemnité suffisante, bien que, de toute évidence, cette préoccupation continue à avoir une importance primordiale. La responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires.

En l'espèce, il s'agit de savoir si l'élimination de la responsabilité de l'employé influencerait sensiblement sur les considérations de principe qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. À mon avis, cela influencerait favorablement sur les deuxième et troisième considérations susmentionnées et aurait des répercussions minimales sur la quatrième. Ici encore, Fleming, *op. cit.*, énonce, aux pp. 340 et 341, les raisons pour lesquelles il est

why the elimination of the employee's liability is generally desirable:

As already noted, the master's vicarious liability does not displace the servant's personal liability to the tort victim. But this conclusion is neither self-evident nor beyond all objection. For one thing, ordinarily it is positively desirable that the master absorb the cost as a matter of sound resource allocation rather than that he be considered merely as guaranteeing the servant's primary responsibility to pay for the damage. For another, to hold the servant liable will either tend to overtax his financial resources (especially under modern conditions when these have become increasingly unequal to his capacity for causing great loss) or require double insurance, covering both him and his employer against the same risk. For these reasons, there is now a growing momentum in many countries for "channelling" liability to the employer alone; the employee being freed altogether from claims by third parties and liable at most to his employer for a limited contribution when this is justified on disciplinary grounds. This mostly corresponds with our own *practices*—damages are rarely collected from employees by their tort victims or indemnity sought by their employers—but except in South Australia and the Northern Territory, the popular notion that the primary responsibility should be the employer's rather than the employee's is as yet hardly reflected by the law in books. [Emphasis added.]

In my view, not only is the elimination of the possibility of the employee bearing the loss logically compatible with the vicarious liability regime, it is practically compelled by the developing logic of that regime. In our modern economy, an employee's capacity to cause loss does not bear any relation to his salary. As was stated by a Committee set up in England to inquire into the implications of the case of *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (Atiyah, *supra*, at p. 426):

There can . . . be no doubt that if there were any real possibility of employees regularly being called upon to pay out of their own pockets damages resulting from acts of carelessness or inattention occurring in the

généralement souhaitable d'éliminer la responsabilité de l'employé:

[TRANSDUCTION] Comme on l'a déjà souligné, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur ne remplace pas la responsabilité personnelle de l'employé envers la victime du délit. Cependant, cette conclusion n'est ni évidente en soi ni incontestable. D'une part, il est habituellement tout à fait souhaitable que l'employeur absorbe le coût, pour des motifs de saine répartition des ressources, plutôt que d'être considéré simplement comme garantissant la responsabilité primaire de l'employé de payer pour le dommage causé. D'autre part, tenir l'employé responsable aura tendance à surtaxer ses ressources financières (particulièrement de nos jours, ces ressources étant devenues de plus en plus disproportionnées à sa capacité de causer une lourde perte) ou à nécessiter une double assurance, protégeant à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. C'est pourquoi, dans de nombreux pays, on a maintenant de plus en plus tendance à «canaliser» la responsabilité vers l'employeur seulement, l'employé étant complètement libéré des réclamations faites par les tierces parties et tout au plus responsable envers l'employeur jusqu'à concurrence d'une contribution restreinte, lorsque cela est justifié pour des raisons d'ordre disciplinaire. Cela correspond surtout à nos propres *pratiques*—les victimes d'un délit obtiennent rarement des dommages-intérêts des employés et l'employeur demande rarement une indemnité—mais, sauf en Australie-Méridionale et dans le Territoire du Nord, le droit écrit ne reflète guère, jusqu'à maintenant, l'idée populaire selon laquelle la responsabilité primaire devrait incomber à l'employeur, plutôt qu'à l'employé. [Je souligne.]

À mon avis, l'élimination de la possibilité que l'employé assume la perte est non seulement logiquement compatible avec le régime de la responsabilité du fait d'autrui, mais elle est aussi rendue nécessaire en pratique, compte tenu de l'évolution de la logique sur laquelle ce régime se fonde. Dans notre économie moderne, la capacité de l'employé de causer une perte n'a rien à voir avec son salaire. Comme l'a mentionné un comité constitué en Angleterre pour enquêter sur les répercussions de l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (Atiyah, *op. cit.*, à la p. 426):

[TRANSDUCTION] Il ne peut [. . .] y avoir de doute que s'il était réellement possible que les employés soient régulièrement appelés à payer de leur poche les dommages résultant du manque de diligence ou de l'inatten-

course of their employment, a situation would be created for which some remedy would have to be provided.

The employer will almost always be insured against the risk of being held liable to third parties by reason of his vicarious liability: the cost of such liability is thus internalized to the profitable activity that gives rise to it. There is no requirement for double insurance, covering both the employee and his employer against the same risk. Shifting the loss to the employee, either by permitting a customer to act against the employee or by permitting the employer to claim an indemnity against the employee, upsets the policy foundation of vicarious liability.

As for deterrence, imposing tort liability on the employee in these circumstances cannot be justified by the need to deter careless behaviour. An employee subjects himself to discipline or dismissal by a refusal to perform work as instructed by the employer. These are the real external pressures felt by an employee to perform well; the odds of an employee being held personally liable remain slight. With the onus clearly on the employer to act to reduce accident costs, the employer is free to establish contractual schemes of contribution from negligent employees as an element in the employer's campaign to reduce accidents. The amounts could be better calibrated on the extent of the employee's fault and the real deterrent effect would be greater. Given the notorious reluctance of employers to sue their employees for obvious reasons, the employer is probably likely to prefer other techniques for improving job performance.

I conclude that for three of the four policy concerns identified, the elimination of employee liability in the context of this case would either lead to the concern being better met or would have negligible impact. The critical policy concern that would be raised by the elimination of the employ-

tion dont ils ont fait preuve dans l'exercice de leurs fonctions, on créerait une situation à laquelle il faudrait remédier.

L'employeur est presque toujours assuré contre le risque d'être tenu responsable envers les tierces parties en raison de la responsabilité du fait d'autrui qui lui incombe: le coût de cette responsabilité est donc imputé à l'activité rentable qui y donne lieu. Il n'est pas nécessaire d'avoir une double assurance qui protège à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. Exiger l'indemnisation de la perte par l'employé, en permettant au client de le poursuivre ou en permettant à l'employeur de lui réclamer une indemnité, ébranlerait le fondement même de la responsabilité du fait d'autrui.

Quant à la dissuasion, la nécessité de décourager le manque de diligence ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'employé dans ces conditions. L'employé risque d'être assujéti à des mesures disciplinaires ou d'être congédié s'il refuse d'accomplir le travail conformément aux directives de l'employeur. Telles sont les véritables pressions extérieures ressenties par l'employé lorsqu'il s'agit de bien exécuter son travail; le risque d'être personnellement tenu responsable demeure faible. Une fois établi qu'il incombe clairement à l'employeur d'agir de façon à réduire les frais liés aux accidents, celui-ci demeure libre d'établir des régimes contractuels de contribution des employés négligents, dans le cadre de la campagne qu'il mène pour réduire le nombre d'accidents. Les montants pourraient être mieux fixés en fonction de la gravité de la faute de l'employé et le véritable effet de dissuasion serait plus important. Compte tenu de l'hésitation notoire des employeurs à poursuivre leurs employés, et ce, pour des raisons évidentes, l'employeur préférera probablement avoir recours à d'autres moyens pour améliorer l'exécution du travail.

Je conclus qu'en ce qui concerne trois des quatre questions de principe mentionnées, l'élimination de la responsabilité de l'employé dans le contexte de la présente affaire permettrait de mieux y répondre ou aurait des répercussions minimales. La question de principe cruciale que soulèverait l'élimina-

ee's liability in this case is related to compensation. Obviously, removing a potential defendant from the equation will reduce to some degree the plaintiff's chances of being compensated for its loss.

In this regard, it should first be noted that in the vast majority of cases, eliminating the possibility of shifting the loss to the employee will have no impact on the plaintiff's compensation. The plaintiff will naturally prefer to sue the employer whenever possible. Under current law, the plaintiff may wish to join one or more employees as parties to the action in order to obtain the possibility of additional discovery (provided it does not constitute an abuse of process), but in the ordinary case, the plaintiff will not look to the employee for recovery. The principal defensive weapon of employees is, of course, their impecuniousness. Second, in this case, as I outlined above, I see no reason why London Drugs' interest in compensation is any stronger than it would be if it were seeking compensation for economic loss in similar circumstances.

Furthermore, the decision of this Court today with respect to the application of contractual clauses excluding or limiting liability will remove one of the principal reasons to sue employees, since such an approach will no longer offer a convenient way around such a contractual clause. In light of the Court's decision today on the applicability of the contractual clause, the issue of an employee's liability will arise principally when the employer is unable to satisfy a judgment, most often because it is bankrupt.

Nonetheless, for one reason or another, the employer may not be available as a source of compensation. In my view, in what may be termed a "classic" or non-contractual vicarious liability case, in which there are no "contractual overtones" concerning the plaintiff, the concern over compensation for loss caused by the fault of another requires that as between the plaintiff and the negligent employee, the employee must be held liable

tion de la responsabilité de l'employé dans ce cas-ci est liée à l'indemnisation. De toute évidence, retirer du jeu un défendeur possible réduit dans une certaine mesure les chances de la demanderesse d'être indemnisée de sa perte.

À cet égard, il y a lieu d'abord de noter que, dans la plupart des cas, l'élimination de la possibilité de transférer la perte à l'employé n'aura aucun effet sur l'indemnisation du demandeur. Naturellement, ce dernier préférera si possible poursuivre l'employeur. Selon l'état du droit actuel, le demandeur peut vouloir constituer un seul ou plusieurs employés parties à l'action afin de pouvoir bénéficier d'interrogatoires préalables additionnels (à condition que cela ne constitue pas un abus de procédure), mais ordinairement il ne cherchera pas à se faire indemniser par l'employé. Bien sûr, la principale arme défensive de l'employé est son manque d'argent. Ensuite, comme je l'ai déjà souligné, je ne vois pas en l'espèce pourquoi le droit que possède London Drugs d'être indemnisée est plus important que celui qu'elle aurait si elle cherchait à se faire indemniser d'une perte économique dans des circonstances similaires.

En outre, la décision rendue par notre Cour aujourd'hui à l'égard de l'application des clauses contractuelles excluant ou limitant la responsabilité éliminera l'une des principales raisons de poursuivre les employés, puisque pareille méthode n'offrira plus de moyen commode de se soustraire à une clause contractuelle de ce genre. Compte tenu de la décision que la Cour a rendue aujourd'hui sur l'applicabilité de la clause contractuelle, la question de la responsabilité d'un employé se posera principalement lorsque l'employeur ne sera pas en mesure d'exécuter un jugement, le plus souvent parce qu'il a fait faillite.

Néanmoins, pour une raison ou une autre, il se peut que l'employeur ne soit pas disponible comme source d'indemnisation. À mon avis, dans ce qu'on peut appeler un cas «classique» de responsabilité du fait d'autrui non contractuelle, où il n'y a pas de «cadre contractuel» en ce qui concerne le demandeur, la question de l'indemnisation de la perte causée par la faute d'autrui exige qu'en ce qui concerne le demandeur et l'employé négli-

for property damage and personal injury caused to the plaintiff. An example of such a case is a plaintiff who is injured by an employee while the employee, acting in the course of employment, is driving on the road. In this context, the plaintiff obviously never chose to deal with a limited liability company. I do not find it necessary here to consider the vexing question of the possible impact of clauses in the defendant's contract with a third party, i.e., in this example, a clause in the contract between the employee and the employer, on liability to a plaintiff; see Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4th ed. 1989), at pp. 394-95; B. J. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance" in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), 235, at p. 301. As between the plaintiff and the employee, there is no reason to excuse the employee in such a case. Even if a contractual clause as described above could in some circumstances act to modify the tort duty, a question I expressly reserve, it could obviously never do so with respect to the duty to drive carefully.

However, the policy arguments set out above strongly support the idea that, as between the employee and employer, the employer should still bear the risk even in this kind of case. The best solution to such "classic", non-contractual, cases would probably be an indemnity regime operating between employer and employee along the lines of that which exists, as a result of judicial innovation, in Germany. Markesinis describes the regime as follows (*A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 502-3):

The injured party's right to proceed against the tortfeasor employee can be neutralized as far as the latter is concerned in so far as he can rely on a principle developed by the case-law known as the 'employee's claim for exception'. This in principle places the employer under an obligation to indemnify his

gent, ce dernier soit tenu responsable des dommages matériels et lésions corporelles causés au demandeur. Mentionnons notamment le cas du demandeur qui est blessé par un employé pendant que ce dernier conduit, dans l'exercice de ses fonctions, un véhicule sur la voie publique. Dans ce contexte, le demandeur n'a de toute évidence jamais choisi de traiter avec une société à responsabilité limitée. Je ne juge pas nécessaire en l'espèce d'examiner la question complexe des répercussions que pourraient avoir sur la responsabilité envers le demandeur des clauses stipulées dans le contrat que le défendeur a passé avec une tierce partie, soit, dans cet exemple, une clause du contrat intervenu entre l'employé et l'employeur; voir Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4^e éd. 1989), aux pp. 394 et 395; B. J. Reiter, «Contracts, Torts, Relations and Reliance», dans B. J. Reiter and J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980), 235, à la p. 301. En ce qui concerne le demandeur et l'employé, il n'y a aucune raison d'excuser l'employé en pareil cas. Même si une clause contractuelle comme celle décrite ci-dessus pouvait dans certains cas avoir pour effet de modifier l'obligation délictuelle, question que je remets expressément à plus tard, il est évident qu'elle ne pourrait jamais avoir pour effet de modifier l'obligation de conduire prudemment.

Toutefois, les arguments de principe énoncés ci-dessus étayaient fortement l'idée qu'en ce qui concerne l'employé et l'employeur, l'employeur devrait encore assumer le risque même dans un cas de ce genre. La meilleure solution, dans ces cas «classiques» non contractuels serait probablement d'adopter un régime d'indemnisation s'appliquant entre l'employeur et l'employé de manière, semblable à celui qui existe, par suite d'une innovation judiciaire, en Allemagne. Markesinis décrit le régime comme suit (*A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990), aux pp. 502 et 503):

[TRADUCTION] Le droit que possède la partie lésée de poursuivre l'employé qui a commis le délit peut être neutralisé, en ce qui concerne l'employé, dans la mesure où il peut invoquer un principe établi par la jurisprudence, à savoir la «revendication d'une exception par l'employé». En principe, cela oblige l'employeur à

employee whenever the latter has been sued by the victim. The danger of disturbing manager-labour relationships, by allowing the employer to seek an indemnity from his employee is thus not only avoided, but on the contrary, the issue is resolved by placing liability squarely on the shoulders which can best carry it (see the decisions of the Supreme Court for Labour Matters in 1957 and 1959, BAG 5, 1 and BAG 7, 290). [Emphasis added.]

A more recent German case which extended the scope of the employee's immunity vis-à-vis his employer for torts against the employer thus sets forth in forceful terms the economic trends that make this evolution desirable (Bundesarbeitsgericht (Seventh Senate), judgment of 23 March 1983, BAG 42, 130, translated and reproduced in Markesinis, *supra*, at pp. 574-75):

Following the decision of the Great Senate of the *Bundesarbeitsgericht* of 25 September 1957 (BAG 5, 1, 18) this Senate now holds that in a case where the employee's fault is 'less than grave', his liability is excluded by the employer's business risk concept, applying § 254 BGB by analogy. For this purpose normal or medium carelessness, as well as slight fault, should count as 'less than grave', as the words suggest. In view of the increased liability brought about by technological developments, to attribute business risk on a case-by-case basis as the *Bundesarbeitsgericht* has hitherto done is not an appropriate way of dealing with its liability in cases where the employee has been guilty of normal fault. Thus, damage done by an employee without intention or gross negligence while engaged on a dangerous job is one of the employer's business risks and must be borne by him alone. To allot damage done by the employee to the risks of the business, in the absence of gross negligence, is justified by the fact that it is the division of labour within the business which exposes the employee to the risks specific to his work. Division of labour and organizational structure are matters for the employer whose ownership and power of management enable him to determine how the work of the business is to be organized. The employee, on the other hand, given his subordinate position, has little or no influence on these factors which are relevant to the damage caused. Since the employer is better able to deploy technical and organizational measures to reduce the special risks of the business and to take out any necessary insurance, it is right to treat damage as a risk of the business to be borne by him alone unless it is due to

indemniser l'employé chaque fois que ce dernier a été poursuivi par la victime. Le danger de perturber les relations employeur-employé, en permettant à l'employeur de chercher à se faire indemniser par l'employé, est non seulement ainsi évité, mais encore la question est réglée puisqu'on fait carrément retomber la responsabilité sur les épaules de celui qui est le mieux en mesure de l'assumer (voir les décisions rendues par la Cour suprême siégeant en matière de droit du travail en 1957 et 1959, BAG 5, 1 et BAG 7, 290). [Je souligne.]

Dans un arrêt allemand plus récent qui élargit la portée de l'immunité que possède l'employé par rapport à son employeur, lorsqu'il commet un délit contre l'employeur, le tribunal expose ainsi en termes vigoureux les tendances économiques qui rendent cette évolution souhaitable (Bundesarbeitsgericht (septième sénat), jugement du 23 mars 1983, BAG 42, 130, traduit et reproduit dans Markesinis, précité, aux pp. 574 et 575):

[TRADUCTION] À la suite de la décision rendue par le grand sénat du *Bundesarbeitsgericht* le 25 septembre 1957 (BAG 5, 1, 18), ce sénat juge maintenant que lorsque la faute commise par l'employé est «moins que grave», sa responsabilité est exclue grâce à la notion de risque d'entreprise assumé par l'employeur, si l'on applique par analogie § 254 BGB. À cette fin, le manque de diligence normal ou moyen, ainsi qu'une légère faute, devraient être considérés comme «moins que graves», comme les mots le laissent entendre. Compte tenu de la responsabilité accrue à laquelle les progrès de la technologie ont donné lieu, attribuer le risque d'entreprise sur une base individuelle comme le *Bundesarbeitsgericht* l'a fait jusqu'à maintenant ne constitue pas une façon appropriée de traiter la responsabilité de l'employé qui a commis une faute normale. Par conséquent, en l'absence d'intention ou de négligence grave, le dommage causé par l'employé pendant qu'il exécutait un travail dangereux est l'un des risques d'entreprise de l'employeur et doit être assumé uniquement par celui-ci. Attribuer aux risques d'entreprise le dommage causé par l'employé, en l'absence de négligence grave, est justifié par le fait que c'est le partage du travail au sein de l'entreprise qui expose l'employé aux risques propres à son travail. Le partage du travail et la structure organisationnelle sont des questions relevant de l'employeur qui, en sa qualité de propriétaire et de dirigeant, peut déterminer comment le travail de l'entreprise doit être organisé. Par ailleurs, l'employé, qui est un subalterne, influe peu ou n'influe pas du tout sur les facteurs liés au dommage causé. Puisque l'employeur est plus à même de prendre les mesures techniques et

the intentional or grossly negligent conduct of the employee. Another consideration is that without such division of labour the employer himself would have to perform the dangerous job and would then have to bear the cost of damage due to the negligence which is occasionally bound to occur; an instance would be the small haulier who himself takes the wheel of a truck, perhaps his only truck, and so causes damage. Division of labour within a business should not enable the business to put such risk of liability on the employee. Furthermore the extent of harm is greatly dependent on the way the business is equipped and run. In almost all sectors of the economy technological development involves the replacement of personnel by expensive machinery and other technical equipment which increases the risk of liability. As such rationalization also reduces the employer's expenditure on wages, it is right that he should bear the risk of the increased harm which is due to the conduct of an employee which is neither intentional nor grossly negligent. [Emphasis added.]

By finding that the employee was not liable in such a context, the court was not required to consider the question of whether the employer's duty to look after his employees required him to take out insurance.

The trends identified by the German court are long-term trends common to all advanced industrial economies and I find these arguments very persuasive. Establishing such an indemnity regime is probably the next logical step in the development of the theory of vicarious liability. This would essentially involve bringing legal doctrine into line with the reality of modern industrial relations. In England, the House of Lords rejected such an indemnity regime as an implied term in a contract of employment in a 3-2 decision in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, *supra*. The majority allowed the employer's liability insurer to recover an indemnity against the uninsured truck driver whose negligence had caused the injury and involved the employer in vicarious liability. The

organisationnelles nécessaires pour réduire les risques spéciaux de l'entreprise et pour souscrire l'assurance nécessaire, il est juste de considérer le dommage comme un risque d'entreprise qui doit être assumé uniquement par l'employeur, à moins qu'il ne soit attribuable à un acte intentionnel ou à la négligence grave de l'employé. Une autre considération est que si le travail n'était pas ainsi partagé, l'employeur lui-même se verrait obligé d'accomplir le travail dangereux et devrait alors assumer les coûts du dommage attribuable à la négligence dont il ferait preuve inévitablement à l'occasion; mentionnons, par exemple le cas du petit transporteur qui prend lui-même le volant d'un camion, peut-être le seul qu'il possède, et cause ainsi un dommage. Le partage du travail au sein d'une entreprise ne devrait pas permettre à cette dernière de faire assumer à l'employé un tel risque de responsabilité. En outre, l'étendue du dommage est grandement fonction de la façon dont l'entreprise est équipée et exploitée. Dans presque tous les secteurs de l'économie, les progrès de la technologie comportent le remplacement du personnel par des machines et d'autre matériel technique coûteux, d'où le risque accru de responsabilité. Étant donné que pareille rationalisation réduit également les frais de l'employeur en ce qui concerne les salaires, il est juste que celui-ci doive assumer le risque de préjudice accru qui est attribuable à un acte commis par un employé, sans intention ni négligence grave de sa part. [Je souligne.]

En concluant que l'employé n'était pas responsable dans un tel contexte, la cour n'avait pas à déterminer si l'obligation qu'avait l'employeur de surveiller ses employés le forçait à souscrire une assurance.

Les tendances décelées par le tribunal allemand sont des tendances à long terme communes à tous les pays industrialisés et je considère que ces arguments sont fort convaincants. L'établissement d'un tel régime d'indemnisation est probablement la prochaine étape logique dans l'évolution de la règle de la responsabilité du fait d'autrui. Une telle évolution rendrait essentiellement la théorie juridique conforme aux réalités des relations du travail contemporaines. En Angleterre, dans l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, précité, la Chambre des lords a, par une décision rendue à trois contre deux, rejeté un tel régime d'indemnisation à titre de condition implicite d'un contrat de travail. La majorité a permis à l'assureur de l'employeur de se faire indemniser par le camionneur

effect of the *Lister* decision was promptly substantially nullified by a whole series of formal and informal agreements; see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at pp. 426-27. Although the terms of the agreements between insurers appeared to be confined to cases in which a fellow employee is injured or killed, an attempt by a plaintiff to hold the employee personally liable as a result of being subrogated to the employer's rights was rejected in *Morris v. Ford Motor Co.*, *supra*. Lord Denning M.R. underlined the injustice in finding the employee liable, at p. 798:

If the cleaners are right in this contention—if they can thus force Roberts to pay the damages personally—it would imperil good industrial relations. When a man such as Roberts makes a mistake—like not keeping a good lookout—and someone is injured, no one expects the man himself to have to pay the damages, personally. It is rather like the driver of a car on the road. The damages are expected to be borne by the insurers. The courts themselves recognise this every day. They would not find negligence so readily—or award sums of such increasing magnitude—except on the footing that the damages are to be borne, not by the man himself, but by an insurance company. If the man himself is made to pay, he will feel much aggrieved. He will say to his employers: “Surely this liability is covered by insurance.” He is employed to do his master's work, to drive his master's trucks, and to cope with situations presented to him by his master. The risks attendant on that work—including liability for negligence—should be borne by the master. The master takes the benefit and should bear the burden. The wages are fixed on that basis. If the servant is to bear the risk, his wages ought to be increased to cover it.

In *Morris*, the court was bound by the decision of the House of Lords in *Lister* with respect to the prior issue of the employee's liability to Ford. This

non assuré dont la négligence avait causé le préjudice et fait intervenir la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. L'effet de l'arrêt *Lister* a promptement été en majeure partie annulé par toute une série d'ententes officielles et officieuses; voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, aux pp. 426 et 427. Même si les conditions des ententes intervenues entre les assureurs semblaient se limiter aux cas où l'employé blessait ou tuait un compagnon de travail, dans *Morris c. Ford Motor Co.*, précité, le demandeur a échoué dans sa tentative de faire déclarer l'employé personnellement responsable pour le motif qu'il avait été subrogé dans les droits de l'employeur. À la page 798, le maître des rôles lord Denning souligne l'injustice qui résulterait si l'on concluait à la responsabilité de l'employé:

[TRADUCTION] Si l'argument des nettoyeurs est fondé—s'ils peuvent ainsi forcer Roberts à payer les dommages personnellement—cela compromettrait les bonnes relations de travail. Lorsqu'un homme comme Roberts commet une erreur—comme celle de ne pas se montrer vigilant—et que quelqu'un est blessé, personne ne s'attend à ce qu'il ait lui-même à payer les dommages personnellement. La situation ressemble plutôt à celle du conducteur de voiture. On s'attend à ce que les dommages soient assumés par les assureurs. Les tribunaux eux-mêmes le reconnaissent tous les jours. Ils ne concluraient pas à la négligence si facilement—ou n'accorderaient pas de telles sommes de plus en plus considérables—s'ils ne se fondaient pas sur le fait que les dommages doivent être assumés, non par l'homme lui-même, mais par une compagnie d'assurances. Si l'homme lui-même est contraint à payer, il se sentira fort lésé. Il dira à ses employeurs: «L'assurance couvre sûrement ce risque». Il est employé pour faire le travail de son employeur, pour conduire les camions de son employeur et pour faire face aux situations dans lesquelles son employeur le met. Les risques liés à ce travail—notamment la responsabilité pour négligence—devraient être assumés par l'employeur. Ce dernier est celui qui profite de la situation et qui devrait en assumer le fardeau. Les salaires sont fixés en fonction de cela. Si l'employé doit assumer le risque, son salaire devrait être augmenté de façon à le couvrir.

Dans l'arrêt *Morris*, la cour était liée par la décision que la Chambre des lords avait rendue dans *Lister* à l'égard de la question préalable de la res-

Court has never had occasion to consider the *Lister* case on this point.

I do not, however, need to consider the *Lister* case for the purposes of resolving this case: the employees did not bring a claim for indemnification against their employer. I propose to rest my decision on narrower grounds, linked to the contractual context in which this case occurs. In the particular type of vicarious liability situation we are concerned with here, the general arguments put forward by Fleming and others to the effect that employees should not bear the loss in most cases are reinforced by a second consideration.

I referred earlier to classic, non-contractual, vicarious liability cases. These cases can be distinguished from those like the case at bar, that involve a planned transaction. Such cases may perhaps best be described as commercial vicarious liability claims. Professor Blom sets forth a simple definition of a planned transaction as one in which someone acquires or disposes of property of any kind or services of any kind; see "Fictions and Frictions", *supra*. As Blom notes, whenever a planned transaction is involved, there are foreseeable risks—to someone's person, land, goods, or financial interests—and thus the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance. This circumstance must be taken into account, even if the plaintiff's action is in tort. He states, at p. 159:

Wherever there is a planned transaction there are foreseeable risks—to someone's person, land, goods, or financial interests—and thus the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance. Where the risk materializes, and there is a tort claim for the loss that results, it is relevant to ask what expectations it was reasonable to have about that risk, and what planning the victim and the negligent party could have done with regard to their respective exposures to loss or liability. In short, the proper approach to the tort claim may need

ponsabilité de l'employé envers Ford. Notre Cour n'a jamais eu l'occasion d'examiner l'arrêt *Lister* à cet égard.

Toutefois, je n'ai pas à tenir compte de l'arrêt *Lister* pour statuer sur la présente affaire: les employés n'ont pas présenté de demande d'indemnisation contre leur employeur. Je me propose de fonder ma décision sur des motifs plus stricts, liés au contexte contractuel de l'affaire. Dans le genre particulier de cas de responsabilité du fait d'autrui qui nous occupe en l'espèce, les arguments généraux avancés par Fleming et par d'autres, selon lesquels, dans la plupart des cas, les employés ne devraient pas assumer la perte, sont renforcés par une seconde considération.

J'ai déjà parlé des cas classiques non contractuels de responsabilité du fait d'autrui. Ces cas peuvent être distingués des cas tels que celui-ci, où une opération planifiée est en cause. La meilleure façon de décrire ces cas consiste peut-être à dire qu'ils se rapportent à des réclamations fondées sur la responsabilité commerciale du fait d'autrui. Le professeur Blom définit simplement l'opération planifiée comme celle dans laquelle quelqu'un acquiert ou cède un bien ou un service quelconque; voir «Fictions and Frictions», *loc. cit.* Comme le professeur Blom le fait remarquer, dès qu'une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles—pour la personne, le bien-fonds, les marchandises ou les intérêts financiers de quelqu'un—et il est donc possible de répartir ou de traiter autrement ces risques à l'avance. Ce fait doit entrer en ligne de compte, même si l'action intentée par le demandeur est fondée sur la responsabilité délictuelle. À la page 159, le professeur Blom dit:

[TRADUCTION] Dès qu'une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles—pour la personne, le bien-fonds, les marchandises ou les intérêts financiers de quelqu'un—et il est donc possible de répartir ou de traiter autrement ces risques à l'avance. Lorsque le risque se concrétise et qu'une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle est faite à l'égard de la perte, il est opportun de se demander quelles attentes il était raisonnable d'avoir au sujet de ce risque, et quelles précautions la victime et la partie négligente auraient pu prendre pour se protéger contre la perte ou le risque. Bref, l'analyse délictuelle doit éventuellement être coordon-

to be coordinated with these contractual or contract-like features of the situation.

This Court has increasingly recognized the importance of such considerations in recent tort cases; see my reasons (at pp. 1125-27), and those of McLachlin J. (at p. 1164) in *Norsk* which hold that contractual concerns were a relevant consideration. The opinions of both my colleagues in the present case also attest to the importance of this type of consideration.

In my view, where the plaintiff has suffered injury to his property pursuant to contractual relations with the company, he can be considered to have chosen to deal with a company. Company legislation typically provides for notice and publicity of the fact that a company is under a limited liability regime; customers and creditors are thereby put on notice that in ordinary circumstances they can only look to the company for the satisfaction of their claims. In British Columbia, corporations are also required to set out their name in all contracts, invoices, negotiable instruments and orders for goods and services; see British Columbia *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 16 and 130.

In my view, in contracting for services to be provided by a business corporation like KNI in the circumstances of the present case, London Drugs can fairly be regarded as relying upon performance by the corporation, and upon the liability of that body if the services are negligently performed. As Reiter, *supra*, suggests, at p. 290:

The plaintiff did not rely, or cannot be regarded as having relied reasonably, upon the liability of any individual where the individual is acting in furtherance of a contract between plaintiff and a principal or employer of the individual: the individual defendant cannot reasonably be regarded as appreciating that he is being looked to (personally) to satisfy the expectations of the plaintiff.

née avec les aspects contractuels ou le cadre contractuel de la situation.

Notre Cour a de plus en plus reconnu l'importance de pareilles considérations dans des cas récents de responsabilité délictuelle; voir mes motifs (aux pp. 1125 à 1127) et ceux du juge McLachlin (à la p. 1164) dans l'arrêt *Norsk*, selon lesquels les questions contractuelles sont une considération pertinente. Les opinions de mes deux collègues en l'espèce témoignent également de l'importance de ce genre de considération.

À mon avis, lorsque le demandeur a subi un dommage matériel dans le cadre de rapports contractuels avec une société, on peut considérer qu'il a choisi de traiter avec une société. Les lois sur les sociétés commerciales prévoient normalement qu'il faut aviser et annoncer que la société en question en est une à responsabilité limitée; les clients et les créanciers sont ainsi avisés que, normalement, ils peuvent uniquement compter sur la société pour satisfaire à leurs réclamations. En Colombie-Britannique, les sociétés sont également tenues d'inscrire leur nom dans tous les contrats, factures, effets de commerce négociables et commandes de biens et de services; voir la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 16 et 130.

À mon avis, du fait qu'elle a passé un contrat de prestation de services avec une entreprise commerciale comme KNI dans les circonstances de l'espèce, on peut considérer à juste titre que London Drugs se fiait que les services seraient fournis par cette société et que cette dernière verrait sa responsabilité engagée en cas de prestation négligente de ces services. Comme Reiter, *loc. cit.*, le laisse entendre, à la p. 290:

[TRADUCTION] Le demandeur ne s'en est pas remis, ou ne saurait être considéré comme s'en étant remis de manière raisonnable, à la responsabilité d'une personne, lorsque cette personne agit dans le cadre de l'exécution d'un contrat que le demandeur a passé avec le mandant ou avec l'employeur de cette personne: le défendeur, pris individuellement, ne peut pas raisonnablement être considéré comme se rendant compte qu'on le considère (personnellement) tenu de satisfaire aux attentes du demandeur.

Nor can Vanwinkel and Brassart be taken on the facts of this case to appreciate that the plaintiff is relying on them for compensation at all. As Reiter underlines, the intention to transfer the responsibility to the corporation or association is a most explicit risk allocation by contract in the three-party enterprise.

The distinction between voluntary and involuntary creditors is also useful in this area. As commentators have pointed out (Halpern, Trebilcock and Turnbull, "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" (1980), 30 *U.T.L.J.* 117), different types of claimants against the corporation have differing abilities to benefit from being put on notice with respect to the impact of the limited liability regime. At one end, creditors like bond holders and banks are generally well situated to evaluate the risks of default and to contract accordingly. These "voluntary" creditors can be considered to be capable of protecting themselves from the consequences of a limited liability regime and the practically systematic recourse by banks to personal guarantees by the principals of small companies attests to that fact.

At the other end of the spectrum are classic involuntary tort creditors exemplified by a plaintiff who is injured when run down by an employee driving a motorcar. These involuntary creditors are those who never chose to enter into a course of dealing with the company and correspond to what I have termed as the classic vicarious liability claimant.

The type of situation in this case is intermediate. Clearly, London Drugs is not a voluntary creditor in the sense that it voluntarily supplied money or goods to the company. However, London Drugs is not a wholly involuntary creditor either since, as I noted, it voluntarily entered into a course of dealing with the employer company. The type of claim present here obviously involves a planned transaction and, significantly, that is true regardless of whether or not the service contract contains a limi-

Selon les faits de la présente affaire, on ne peut pas non plus considérer que Vanwinkel et Brassart se sont rendu compte que la demanderesse comptait sur eux pour se faire indemniser. Comme Reiter le souligne, l'intention de transférer la responsabilité à la société ou à l'association constitue une répartition fort explicite du risque par contrat dans l'entreprise qui met en cause trois parties.

La distinction entre les créanciers volontaires et les créanciers involontaires est également utile en ce domaine. Comme les commentateurs l'ont souligné (Halpern, Trebilcock et Turnbull, «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law» (1980), 30 *U.T.L.J.* 117), différents types de réclamants ont des capacités différentes de bénéficiaire de l'avis qui leur est donné au sujet des répercussions du régime de responsabilité limitée. D'un côté, les créanciers comme les détenteurs d'obligations et les banques sont généralement bien placés pour évaluer les risques de défaut et pour en tenir compte dans le contrat. On peut considérer que ces créanciers «volontaires» sont en mesure de se protéger contre les conséquences d'un régime de responsabilité limitée, comme en témoigne le recours quasi systématique des banques aux garanties personnelles données par les dirigeants de petites sociétés.

D'un autre côté, il y a les créanciers involontaires classiques en matière délictuelle, comme le demandeur qui est blessé au moment où il est renversé par un employé qui conduit un véhicule automobile. Ces créanciers involontaires sont ceux qui ne choisissent jamais de traiter avec la société et qui représentent ce que j'ai appelé les auteurs classiques d'une réclamation fondée sur la responsabilité du fait d'autrui.

Le cas qui nous occupe se situe entre ces deux extrêmes. De toute évidence, London Drugs n'est pas un créancier volontaire en ce sens qu'elle aurait volontairement fourni de l'argent ou des marchandises à la société. Toutefois, elle n'est pas non plus un créancier tout à fait involontaire puisque, comme je l'ai fait remarquer, elle a volontairement traité avec l'employeur. Le type de réclamation ici en cause se rapporte de toute évidence à une opération planifiée et, ce qui est révélateur, il

tation of liability clause. That fact merely goes to the extent of the planning.

The policy reason that lies behind the argument founded on limited liability is an admittedly weaker version of the rationale for the result obtained by McLachlin J. through the doctrine of voluntary assumption of risk. She points to the voluntary assumption of risk by the plaintiff in the particular contract; see McLachlin J., at p. 460; Fleming, at p. 265. I applied a not dissimilar analysis in *Norsk*, although in a very different context.

In similar terms, a plaintiff who chooses to enter into a course of dealing with a limited liability company can, in most cases, be held to have voluntarily assumed the risk of the company being unable to satisfy a judgment in contract or for vicarious liability. That the customer takes this risk in matters of contract has been accepted since *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Now that many contractual claims are brought concurrently as tort claims, the customer should not be able to shift this risk to the employee by claiming in tort. This is merely another application of the general principle I enunciated in *Maryon*, referred to with apparent approval in *Rafuse*, that the court must not let tort be used to unjustly and unjustifiably avoid obligations and limitations accepted in contract.

In addition, in the context of a commercial vicarious liability claim, placing liability exclusively on the employer places liability on a party that is easily able to modify its liability by contractual stipulations. In many cases of this type, this may well be an advantageous approach. As I noted in *Norsk*, at p. 1126:

en est ainsi peu importe que le contrat de prestation de services contienne ou non une clause de limitation de la responsabilité. Ce fait touche simplement à l'étendue de la planification.

La raison de principe qui sous-tend l'argument fondé sur la responsabilité limitée est certes une version atténuée de la justification du résultat obtenu par le juge McLachlin au moyen de la règle de l'acceptation volontaire d'un risque. Cette dernière signale que la demanderesse a volontairement assumé le risque dans le contrat en cause; voir le juge McLachlin, à la p. 460; Fleming, à la p. 265. J'ai appliqué une analyse similaire dans l'arrêt *Norsk*, quoique dans un contexte fort différent.

De même, le demandeur qui choisit de traiter avec une société à responsabilité limitée peut, la plupart du temps, être considéré comme ayant volontairement assumé le risque que la compagnie ne soit pas en mesure d'exécuter un jugement fondé sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité du fait d'autrui. Le fait que le client prend ce risque en matière contractuelle est reconnu depuis l'arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Maintenant que de nombreuses réclamations sont fondées à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle, le client ne devrait pas être en mesure de transférer ce risque à l'employé en présentant une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. Il s'agit simplement d'une autre application du principe général que j'ai énoncé dans *Maryon*, qui a été cité, apparemment avec approbation, dans *Rafuse*, à savoir que la cour ne doit pas permettre qu'on utilise la responsabilité délictuelle pour éviter d'une façon injuste et injustifiée des obligations et des limitations acceptées dans un contrat.

De plus, dans le contexte d'une réclamation fondée sur la responsabilité commerciale du fait d'autrui, l'imputation exclusive de la responsabilité à l'employeur revient à faire assumer la responsabilité par une partie qui est facilement en mesure de la modifier au moyen de stipulations contractuelles. Dans de nombreux cas de ce genre, cette méthode peut bien être avantageuse. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1126:

In many cases, contracting parties are not willing to insure performance; the contractual allocation of risk in this case is probably typical in that risk is allocated to the potential victim of interrupted service, who benefits from a lower price and who is best placed to take other measures to deal with accidental interruption of contractual benefits.

KNI and London Drugs took advantage of that possibility in this case. They used the by now well accepted application of contractual clauses to strictly limit KNI's tort and contract liability for property damage. As a result, London Drugs had the option of purchasing its own insurance or purchasing extra insurance from KNI. London Drugs found it advantageous not to require KNI to insure performance. So long as there are no concerns about unconscionability and no overriding social interest protected by tort is involved, this ability of the parties to modify their possible tort and contract liability is an unquestionable advantage. The customer benefits from the ability of the future defendant to contract out of its tort liability.

In a different case it might, for a variety of reasons, be cheaper for KNI and thus for its customers for KNI to insure directly. Even where it is not cheaper, KNI might have other reasons to insure directly. Rather than limit its liability and require its customers to purchase insurance, it could purchase liability insurance itself and add the cost onto the cost of storage. Surely, the extent of the employees' liability should not depend on whether KNI limits its liability to \$40 and then offers insurance to its customers separately, or does not limit its liability to the customer and insures itself.

Unlike KNI, Vanwinkel and Brassart had no real opportunity to decline the risk. The intervener stressed that in the usual case, the employee will have no knowledge of how or upon what conditions the work was acquired; they only know that once it is acquired, they are required to perform it if they are directed to do so by their employer.

Dans bien des cas, les parties contractantes ne veulent pas garantir l'exécution du contrat; la répartition contractuelle du risque en l'espèce est probablement typique en ce sens que le risque est attribué à la victime potentielle d'une interruption des services, qui bénéficie d'un prix moins élevé et qui est la mieux placée pour prendre d'autres mesures pour remédier à une interruption accidentelle des bénéfices contractuels.

KNI et London Drugs se sont prévaluées de cette possibilité en l'espèce. Elles ont eu recours à des clauses contractuelles, ce qui est maintenant accepté, pour limiter strictement la responsabilité délictuelle et contractuelle de KNI à l'égard des dommages matériels. London Drugs avait donc le choix de souscrire sa propre assurance ou de souscrire une assurance additionnelle auprès de KNI. London Drugs a jugé avantageux de ne pas exiger que KNI garantisse l'exécution. Dans la mesure où il n'y a aucune question d'iniquité ni aucun intérêt social prédominant protégé par la responsabilité délictuelle, cette capacité des parties de modifier leur responsabilité délictuelle et contractuelle possible est un avantage incontestable. Le client bénéficie de la capacité du futur défendeur d'exclure par contrat sa responsabilité délictuelle.

Dans un cas différent, il pourrait, pour diverses raisons, être moins coûteux pour KNI, et donc pour ses clients, de s'assurer directement. Même si cela n'était pas moins coûteux, KNI pourrait avoir d'autres raisons de le faire. Au lieu de limiter sa responsabilité et d'exiger que ses clients souscrivent une assurance, elle pourrait souscrire une assurance-responsabilité elle-même et ajouter ses frais au prix d'entreposage. L'étendue de la responsabilité des employés ne devrait sûrement pas dépendre de la question de savoir si KNI limite à 40 \$ sa responsabilité, puis offre une assurance à ses clients séparément, ou si elle ne limite pas sa responsabilité envers le client et s'assure elle-même.

Contrairement à KNI, Vanwinkel et Brassart n'ont eu aucune possibilité réelle de refuser le risque. L'intervenant a souligné qu'habituellement l'employé ne sait pas comment ni à quelles conditions le travail a été obtenu; il sait seulement qu'une fois le travail obtenu, il doit l'exécuter si l'employeur lui demande de le faire.

Even in those cases, such as negligent misstatement cases, that bring the employee into contact with the plaintiff and thus at least theoretically allow the employee some way to decline to accept the risk, employees are poorly situated to do so. In *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (B.C.C.A.), the court found that the employee who proffered faulty information concerning the state of the plaintiff's insurance "could have kept silent and declined to give the information" or "could have given the information with a reservation that he accepted no liability for its accuracy or otherwise (p. 701)". The court in that case thus applied to employees the same criteria as were applied to the liability of a company in *Hedley Byrne*. With respect, one imagines a rather short career for an employee hired to serve the public who kept silent and declined to give out information for fear of engaging personal liability in tort. As Reiter underlines, the court's alternative suggestion implies that the employee should preface all his remarks to clients about their insurance by saying that he was accepting no personal responsibility for the information while underlining that he was saying nothing about his employer's responsibility; see Reiter, *supra*, at p. 291. It is unrealistic to oblige the employee to act in such an artificial manner. In most cases other than negligent misstatement, and in particular in the case at bar, the employee has no opportunity to decline the risk at all.

Counsel for the appellant suggested that liability should lie against the employees because they remain free to contract out of such liability. In cases where the employees are represented by a union, the onus should lie on the union to contract out of liability for its members. In other words, he argued that the employees do have an opportunity to contract out of or to decline the risk, when they negotiate their terms of employment with their employer.

Même dans les cas, comme ceux de déclaration inexacte faite par négligence, où l'employé est mis en contact avec le demandeur, de sorte qu'il peut, du moins théoriquement, refuser d'une façon ou d'une autre d'assumer le risque, celui-ci n'est pas bien placé pour le faire. Dans l'arrêt *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (C.A.C.-B.), la cour a conclu que l'employé qui a donné des renseignements erronés au sujet de l'état de l'assurance de la demanderesse [TRADUCTION] «aurait pu ne rien dire et refuser de donner les renseignements», ou [TRADUCTION] «aurait pu donner les renseignements en précisant qu'il ne se portait pas garant de leur exactitude» (p. 701). Dans cette affaire, le tribunal a donc appliqué aux employés les mêmes critères que ceux qui avaient été appliqués à la responsabilité d'une société dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En toute déférence, comme on peut se l'imaginer, l'employé embauché pour servir le public qui ne dit rien et refuse de donner des renseignements de crainte d'engager personnellement sa responsabilité délictuelle aura une carrière plutôt brève. Comme Reiter le souligne, la proposition subsidiaire de la cour implique que l'employé devrait commencer toutes les déclarations qu'il fait aux clients au sujet de leur assurance en disant qu'il n'assume aucune responsabilité personnelle à l'égard des renseignements donnés, tout en soulignant qu'il ne dit rien au sujet de la responsabilité de son employeur; voir Reiter, *loc. cit.*, à la p. 291. Il n'est pas réaliste d'obliger l'employé à agir d'une façon aussi factice. Dans la plupart des cas, sauf ceux où il y a déclaration inexacte faite par négligence, et en particulier en l'espèce, l'employé n'a aucune possibilité de refuser le risque.

L'avocat de l'appelante a laissé entendre que les employés devraient être tenus responsables parce qu'ils demeurent libres d'exclure leur responsabilité par contrat. Lorsque les employés sont représentés par un syndicat, il devrait incomber à ce dernier d'exclure par contrat la responsabilité de ses membres. En d'autres termes, l'avocat a soutenu que les employés ont la possibilité d'exclure le risque par contrat ou de refuser de l'assumer, lorsqu'ils négocient leurs conditions de travail avec l'employeur.

Undoubtedly, in the vast majority of cases involving property damage, counsel's argument is compelling. However, I do not find it convincing here. I would note first that the same argument could be made with respect to the application of the contractual limitation clause to the employees, i.e., that they could have taken advantage of exceptions to privity recognized in *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and that since they did not, liability should follow. Both my colleagues have implicitly or explicitly rejected that contention and I agree with them.

For similar reasons, I think it ill advised to place the onus on employees to contract out of their tort liability. Despite suggestions going back as far as the aftermath of the *Lister* case that unions should bargain about this issue (see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at p. 426, n. 3), it is apparent that unions and employers have more pressing concerns. It is hardly necessary to refer to any elaborate theory regarding negotiating agendas to recognize that actual employee liability occurs infrequently enough that it is unlikely to get on the collective bargaining agenda. In the interim, serious injustice to individual employees can occur.

Furthermore, such a rule would create an untenable situation for the majority of private sector employees who are not unionized. As counsel recognized, the idea of contracting out for these employees is highly artificial, and their only hope would be legislative action in each province. Iacobucci J. described the context in which such employees contract with their employers in the recent case of *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1003:

The harm which the Act [the *Employment Standards Act*] seeks to remedy is that individual employees, and in particular non-unionized employees, are often in an

Sans aucun doute, dans la plupart des cas concernant un dommage matériel, l'argument de l'avocat est convaincant. Toutefois, je ne le juge pas convaincant en l'espèce. Je tiens d'abord à faire remarquer que le même argument pourrait être invoqué à l'égard de l'application de la clause de limitation contractuelle aux employés, à savoir qu'ils auraient pu se prévaloir des exceptions au principe du lien contractuel reconnues dans l'arrêt *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et que, puisqu'ils ne l'ont pas fait, ils devraient être responsables. Mes deux collègues ont implicitement ou explicitement rejeté cet argument et je souscris à leur avis.

Pour des raisons similaires, je crois qu'il est peu judicieux d'imposer aux employés la charge d'exclure par contrat leur responsabilité délictuelle. Malgré les suggestions remontant à l'époque de l'arrêt *Lister*, selon lesquelles les syndicats devraient négocier au sujet de cette question (voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, à la p. 426, n. 3), il est évident que les syndicats et les employeurs ont des préoccupations plus urgentes. Il n'est guère nécessaire de citer quelque théorie compliquée au sujet des programmes de négociation pour reconnaître que l'employé est en fait si rarement tenu responsable qu'il est peu probable que la question sera inscrite au programme des négociations collectives. Dans l'intervalle, des employés, à titre individuel, peuvent subir de graves injustices.

En outre, cette règle créerait une situation intenable pour la majorité des employés du secteur privé qui ne sont pas syndiqués. Comme l'avocat l'a reconnu, l'idée d'exclure par contrat la responsabilité de ces employés souffre d'un manque de réalisme, et leur seul espoir serait que des mesures législatives soient prises dans chaque province. Le juge Iacobucci a décrit le contexte dans lequel ces employés passent des contrats avec leurs employeurs dans le récent arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1003:

Le mal que la Loi [la *Loi sur les normes d'emploi*] vise à réparer est le suivant: dans bien des cas, les employés en tant qu'individus, et en particulier les employés non

unequal bargaining position in relation to their employers. As stated by Swinton, *supra*, at p. 363:

... the terms of the employment contract rarely result from an exercise of free bargaining power in the way that the paradigm commercial exchange between two traders does. Individual employees on the whole lack both the bargaining power and the information necessary to achieve more favourable contract provisions than those offered by the employer, particularly with regard to tenure.

Iacobucci J. went on to note, at p. 1003, that "the fact that many individual employees may be unaware of their statutory and common law rights in the employment context is of fundamental importance". At page 1004, he again refers to the fact that "most individual employees are unaware of their legal rights, or unwilling or unable to go to the trouble and expense of having them vindicated". In light of this context, I think it highly unrealistic to expect employees to employ sophisticated contractual techniques to eliminate a potential liability about which they are very likely to be entirely unaware. Furthermore, in light of the general public policy interest in collective bargaining, I can see no justification for placing unionized employees in a more onerous situation than unorganized employees with respect to the same behaviour. Placing the onus to contract out of their tort liability on the employees is unjustified in this context.

I conclude that policy reasons strongly support a finding of no duty for an employee on the facts of this case. It is perhaps worth noting here that many statutes contain immunity clauses that relieve Crown servants from liability in tort for acts done in good faith in the intended execution of their duties. Hogg, *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at pp. 145-46, describes the situation as follows:

... many jurisdictions do in fact grant immunity from personal liability to many or all of their Crown servants. The common practice is to include a privative clause in

syndiqués, ne traitent pas d'égal à égal avec leurs employeurs. Ainsi que l'affirme Swinton, *op. cit.*, à la p. 363:

[TRADUCTION] ... il est rare que les conditions d'un contrat de travail résultent de l'exercice du pouvoir de négocier librement selon le modèle des échanges commerciaux entre deux commerçants. D'une manière générale, les employés, pris individuellement, n'ont ni le pouvoir de négociation ni les renseignements nécessaires pour obtenir dans leurs contrats des conditions plus avantageuses que celles offertes par l'employeur, surtout relativement à la permanence.

Le juge Iacobucci ajoute ensuite, à la p. 1003, qu'«il est d'importance capitale que, dans le contexte du travail, bien des employés ignorent leurs droits découlant de la loi et de la common law». À la page 1004, il mentionne de nouveau le fait que «la plupart des employés ne connaissent pas leurs droits ou bien ne veulent ou ne peuvent se donner la peine de les faire valoir ou en supporter les frais». Dans ce contexte, je crois que c'est faire preuve d'irréalisme que de s'attendre à ce que les employés aient recours à des moyens contractuels complexes pour éliminer une responsabilité potentielle dont ils risquent fort de ne pas être au courant. En outre, vu l'intérêt public dans la négociation collective, je ne vois rien qui justifierait de placer les employés syndiqués dans une situation plus onéreuse que les employés non syndiqués relativement au même comportement. Imposer à l'employé la charge d'exclure par contrat sa responsabilité délictuelle est injustifié dans ce contexte.

Je conclus que des raisons de principe étayent fortement la conclusion selon laquelle, compte tenu des faits de l'affaire, l'employé n'a pas d'obligation. Il vaut peut-être la peine de noter ici que de nombreuses lois contiennent des clauses d'immunité qui libèrent les préposés de l'État de toute responsabilité délictuelle pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exercice prévu de leurs fonctions. Hogg, *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989), aux pp. 145 et 146, décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] ... dans de nombreux ressorts, on accorde effectivement une immunité à l'égard de la responsabilité personnelle à de nombreux préposés de

a statute establishing a department or agency of government; the clause immunizes the employees within that department or agency from liability for damages for acts done in good faith in the intended execution of their duties.

Hogg's systematic survey of one jurisdiction, Ontario, revealed a total of 80 statutory immunity clauses (at p. 91, n. 55). Crown employees are also protected by what Hogg refers to as the "universality of the Crown practice of 'standing behind' Crown servants who incur tortious liability" (at p. 97). Furthermore, the risk of bankruptcy does not exist for all intents and purposes in the public sector context.

Iacobucci J. considers that the acceptance of the general rule advocated by the respondents would be at odds with the common law notion of vicarious liability. It has been suggested that to eliminate the employee's personal liability would eliminate the employer's tort liability, leaving only his liability in contract; see Blom, Case Comment, *supra*, at p. 174. While it is possible to find the employer negligent while exempting the employee in cases of negligent misstatement because of the special requirement of reliance, where the damage suffered is to the plaintiff's property, there is no means of imposing a duty of care exclusively on the employer. Blom concludes that the "duty of care has to be on the person who does the damage, because the employer's liability . . . is only vicarious" (at p. 174).

It is first of all important to note that the employer's liability in contract would very likely still exist. As I noted, it is this aspect that distinguishes this type of vicarious liability case from the ordinary case, in which the employer's contractual responsibility is not engaged. In the ordinary case, the employee's tort does not lead to a

l'État sinon à tous. La pratique habituelle est d'inclure une clause privative dans la loi qui établit le ministère ou l'organisme gouvernemental; la clause exempte les employés de ce ministère ou de cet organisme de toute responsabilité pour les dommages résultant des actes qu'ils ont accomplis de bonne foi dans l'exercice prévu de leurs fonctions.

L'examen systématique des lois de l'Ontario entrepris par Hogg lui a permis de déceler au total 80 dispositions législatives accordant une immunité (à la p. 91, n. 55). Les employés de l'État sont également protégés par ce que Hogg appelle l'[TRADUCTION] «universalité de la pratique de l'État consistant à défrayer les coûts des jugements contre les préposés de l'État qui sont assujettis à la responsabilité délictuelle» (à la p. 97). En outre, le risque de faillite n'existe pas à toutes fins utiles dans le contexte du secteur public.

Le juge Iacobucci considère que l'acceptation de la règle générale préconisée par les intimés irait à l'encontre de la notion de common law de la responsabilité du fait d'autrui. On a laissé entendre que l'élimination de la responsabilité personnelle de l'employé mettrait fin à la responsabilité délictuelle de l'employeur, de sorte que ce dernier ne serait assujéti qu'à la responsabilité contractuelle; voir Blom, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 174. Il est possible de conclure à la négligence de l'employeur tout en exemptant l'employé dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence à cause de l'exigence particulière de confiance, mais lorsque le dommage est causé à un bien du demandeur, il n'existe aucun moyen d'imposer une obligation de diligence exclusivement à l'employeur. Blom conclut que l'[TRADUCTION] «obligation de diligence doit incomber à la personne qui cause le dommage, parce que la responsabilité de l'employeur [. . .] est uniquement une responsabilité du fait d'autrui» (à la p. 174).

En premier lieu, il importe de noter que la responsabilité contractuelle de l'employeur subsisterait fort probablement. Comme je l'ai fait remarquer, c'est cet aspect qui distingue ce type de cas de responsabilité du fait d'autrui du cas ordinaire où la responsabilité contractuelle de l'employeur n'est pas en cause. Ordinairement, le délit commis

breach of a contract between his employer and a customer.

However, for some purposes, it may be important that the employer also be vicariously liable in tort. In my view, the argument of Professor Blom gives too much weight to the word "vicarious"; it implies that that word connotes a particular set of logical consequences. As I outlined earlier, the doctrine is not primarily a logical construction. In any case, there is no logical necessity that the employer's liability in tort depend on the personal liability of the servant. The vicarious liability regime has shown great flexibility; see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*. In earlier times, vicarious liability was based on an untraversable fiction that the master was sued for his own negligence in selecting and employing careless servants. That fiction has been discarded without significant loss of effectiveness. Employers have been held vicariously liable even where no individual servant could be held liable. In *Co-Operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106, this Court found that an employer could be vicariously liable for the negligence of its employee despite the fact that the liability of the employee was eliminated by statute. In a similar manner, I think the supposed logical requirement of the employee's personal liability can also be eliminated where appropriate.

Furthermore, the experience in the public sector is strong evidence that the alleged logical necessity of employee liability for the operation of the vicarious liability regime is neither logical nor necessary. The general rule in Canadian Crown liability statutes which adopt the English model is that the liability of the servant is a precondition of the liability of the Crown; see, for example, *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 5. This approach may be a result of the fact that Crown liability developed initially through the lia-

par l'employé n'entraîne pas de violation d'un contrat intervenu entre son employeur et un client.

Toutefois, à certaines fins, il peut être important que l'employeur assume également une responsabilité du fait d'autrui sur le plan délictuel. À mon avis, l'argument du professeur Blom accorde trop d'importance aux termes «du fait d'autrui»; il donne à entendre que ces termes impliquent un ensemble particulier de conséquences logiques. Comme je l'ai déjà souligné, la théorie de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas avant tout une construction logique. De toute façon, il n'y a aucune nécessité logique que la responsabilité délictuelle de l'employeur dépende de la responsabilité personnelle du préposé. Le régime de la responsabilité du fait d'autrui est fort souple; voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.* Par le passé, la responsabilité du fait d'autrui était fondée sur une fiction irrefragable selon laquelle l'employeur était poursuivi à cause de la négligence dont il avait fait preuve en choisissant et en embauchant des préposés insouciantes. Cette fiction a été rejetée sans perte importante d'efficacité. Les employeurs ont été tenus responsables du fait d'autrui même lorsqu'aucun préposé ne pouvait être tenu responsable à titre individuel. Dans l'arrêt *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106, notre Cour a conclu que l'employeur pouvait être assujéti à la responsabilité du fait d'autrui pour la négligence de son employé, même si la responsabilité de ce dernier était éliminée par une loi. De même, je crois que la présumée exigence logique de responsabilité personnelle de l'employé peut également être éliminée lorsque cela est indiqué.

En outre, l'expérience dans le secteur public montre fortement que la présumée nécessité logique que l'employé soit responsable pour que le régime de la responsabilité du fait d'autrui s'applique, n'est ni logique ni nécessaire. La règle générale dans les lois canadiennes sur la responsabilité de l'État qui adoptent le modèle anglais est que la responsabilité du préposé est une condition préalable de la responsabilité de l'État; voir, par exemple, la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 5. Cette

bility of its agents. As a result, to achieve the desired end result of employer (Crown) liability and employee immunity, the immunity statutes typically expressly preserve the vicarious liability of the Crown itself. Hogg, *supra*, observes, at p. 146:

If the clause does not expressly preserve the vicarious liability of the Crown itself, the clause will immunize the Crown as well; the general rule is that the liability of the servant is a precondition of the vicarious liability of the master. But such clauses can be drafted so as to preserve the vicarious liability of the Crown, and this practice, which is common, is the only defensible one, because it leaves the injured victim with recourse against the Crown.

As Hogg notes (at p. 91, n. 55), most of the immunity clauses in statutes establishing ministries expressly preserved the Crown's vicarious liability; see, for example, *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 12.

In my view, the negligent act of the employee can be attributed to the company for the purposes of applying the vicarious liability regime in this context. Because of the proximity created by contract, the company owes a duty of care to the customer and is vicariously liable for the negligent acts of its employees. As Atiyah notes, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at pp. 381-83, from the practical point of view, it is generally quite immaterial in tort law whether a corporation is treated as liable because it has itself committed a tort, or whether it is liable because its employees, acting in the course of their employment, have done so.

It should be noted, however, that for the purposes of the problem that arose in *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705, the fault in this case is not that of the com-

méthode peut résulter du fait que la responsabilité de l'État s'est développée initialement par l'entremise de la responsabilité de ses mandataires. Par conséquent, pour atteindre le résultat final souhaité, soit la responsabilité de l'employeur (l'État) et l'immunité de l'employé, les lois concernant l'immunité maintiennent habituellement d'une façon expresse la responsabilité du fait d'autrui de l'État lui-même. Hogg, *op. cit.*, fait observer, à la p. 146:

[TRADUCTION] Si la clause ne maintient pas expressément la responsabilité du fait d'autrui de l'État lui-même, elle accordera une immunité à l'État également; en règle générale, la responsabilité du préposé est une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. Cependant, les clauses de ce genre peuvent être libellées de façon à maintenir la responsabilité du fait d'autrui de l'État, et cette pratique, qui est courante, est la seule qui soit défendable, parce qu'elle offre à la partie lésée un recours contre l'État.

Comme Hogg le fait remarquer (à la p. 91, n. 55), la plupart des clauses d'immunité figurant dans les lois établissant des ministères maintenaient expressément la responsabilité du fait d'autrui de l'État; voir, par exemple, la *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 12.

À mon avis, l'acte négligent de l'employé peut être attribué à la société lorsqu'il s'agit d'appliquer le régime de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Étant donné le lien étroit créé par le contrat, la société a une obligation de diligence envers le client et est assujettie à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actes négligents de ses employés. Comme Atiyah le fait remarquer dans *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, aux pp. 381 à 383, au point de vue pratique, il importe généralement très peu, en droit de la responsabilité délictuelle, de savoir si une société est responsable parce qu'elle a elle-même commis un délit, ou si elle l'est parce que ses employés ont commis un délit dans l'exercice de leurs fonctions.

Toutefois, il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne le problème qui s'est posé dans l'arrêt *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705, la faute en l'espèce n'est pas

pany nor is the tort that of the company. In that case, the question was whether the appellant shipping company was entitled to limit its liability under the provisions of the Merchant Shipping Acts which afforded a defence where the loss occurred without its "fault or privity". The Lord Chancellor, Viscount Haldane, set down the general principle of direct corporate liability to the effect that such fault or privity can be established against the corporation where the fault is that of "somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself" (at pp. 713-14). In order to prove actual fault or privity of the corporation, it remains necessary to prove that a directing mind and will of the corporation acted or committed a fault.

Canadian Cases

As I turn to the authorities, which the appellant contends clearly support a finding of a duty on the facts of this case, it is appropriate to recall the words of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, at p. 582:

... I should consider the result a grave defect in the law, and so contrary to principle that I should hesitate long before following any decision to that effect which had not the authority of this House.

Far from finding that the cases uniformly support the appellant's argument, I am comforted by the fact there has also been considerable support for the approach I am suggesting in Canadian cases and academic writing. My colleague Jacobucci J. refers briefly to a number of Canadian cases. With respect, I do not find that they support his conclusion that a duty is unquestionably owed in this context or a conclusion that a simple foreseeability test is sufficient to ground liability.

celle de la société pas plus que le délit n'est le fait de la société. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la société de transport maritime appelante avait le droit de limiter sa responsabilité en vertu des dispositions des lois sur la marine marchande qui prévoyaient un moyen de défense lorsque la perte avait été causée [TRADUCTION] «en l'absence de faute ou de connaissance de sa part». Le lord chancelier le vicomte Haldane a énoncé le principe général de la responsabilité directe de la société, à savoir qu'il est possible d'établir la faute ou la connaissance de la société s'il s'agit de la faute [TRADUCTION] «d'une personne qui n'est pas un préposé ou un mandataire dont la société est responsable seulement en vertu de la règle *respondeat superior*, mais d'une personne dont la société est responsable du fait que son acte est l'acte de la société elle-même» (aux pp. 713 et 714). Afin de prouver la faute ou la connaissance réelle de la société, il demeure nécessaire de prouver qu'une âme dirigeante de la société a agi ou a commis une faute.

La jurisprudence canadienne

En examinant les précédents qui, selon l'appelante, justifient clairement une conclusion à l'existence d'une obligation, d'après les faits de l'affaire, il est opportun de rappeler les propos que lord Atkin a tenus dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, à la p. 582:

[TRADUCTION] ... je devrais considérer le résultat comme un grave défaut du droit et comme tellement contraire aux principes que je devrais hésiter longuement avant de suivre une décision en ce sens qui n'a pas été sanctionnée par notre Chambre.

Loin de conclure que la jurisprudence appuie uniformément l'argument de l'appelante, je trouve rassurant que l'approche que je propose trouve un appui considérable dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes. Mon collègue le juge Jacobucci mentionne brièvement un certain nombre d'arrêts canadiens. En toute déférence, je ne crois pas que ces arrêts justifient sa conclusion qu'il existe incontestablement une obligation dans ce contexte ou qu'un simple critère de prévisibilité suffit pour fonder la responsabilité.

I begin by noting that it is perhaps the lack of cases that is most striking. Seen by today's light, it is apparent that a straightforward application of the foreseeability test established by *Donoghue* would lead to employee liability in virtually all cases of property damage in this type of context. That this situation was the logical outcome of *Donoghue*, however, was not realized until much later because of an earlier avatar of the privity rule. Prior to *Donoghue*, it was generally considered that the case of *Winterbottom v. Wright*, *supra*, established a rule of privity to the effect that if A owed a contractual duty to B, C could not sue A in tort for conduct constituting a breach of the contract; see Fleming, *supra*, at p. 465. As noted by Reynolds, *supra*, it was not until the famous "Himalaya" case of *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, soon to be reinforced by *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, *supra*, that it became apparent that the result of *Donoghue v. Stevenson* was that employees, agents or sub-contractors, who had previously been protected by the privity of contract rule, would now be liable to the other contracting party in cases of damage to person or property. It is perhaps worth noting that as recently as the *Nunes Diamonds* case, the plaintiff apparently did not even attempt to bring an action against the employee personally. With the recent confirmation of the fact that many breaches of contract will also constitute negligence in tort and the extension of tort recovery into the area of economic loss at least in some cases, the scope of *prima facie* tort liability in contractual contexts has greatly increased. As a result, the number of cases involving employee liability has increased in recent years.

On the cross-appeal, Vanwinkel and Brassart relied on the authority of *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d)

Je ferai d'abord remarquer que c'est peut-être le faible nombre d'arrêts qui est le plus frappant. De nos jours, il est évident qu'une application directe du critère de prévisibilité établi dans l'arrêt *Donoghue* entraînerait la responsabilité de l'employé dans presque tous les cas où des dommages matériels sont causés dans ce genre de contexte. Toutefois, le fait que cette situation était le résultat logique de l'arrêt *Donoghue* n'a été constaté que beaucoup plus tard à cause d'un avatar antérieur du principe du lien contractuel. Avant l'arrêt *Donoghue*, on considérait généralement que l'arrêt *Winterbottom c. Wright*, précité, établissait un principe du lien contractuel voulant que si A avait une obligation contractuelle envers B, C ne pouvait pas intenter contre A une action en responsabilité délictuelle pour une conduite constituant une violation du contrat; voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 465. Comme l'a fait remarquer Reynolds, *loc. cit.*, ce n'est qu'à la suite du fameux arrêt «Himalaya», *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, bientôt renforcé par *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, précité, qu'il est devenu évident que le résultat de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* était le suivant: les employés, les mandataires ou les sous-traitants, qui auparavant étaient protégés par le principe du lien contractuel, seraient désormais responsables envers l'autre partie contractante dans les cas de lésions corporelles ou de dommages matériels. Il vaut peut-être la peine de noter qu'à venir jusqu'à aussi récemment que l'arrêt *Nunes Diamonds*, le demandeur n'a apparemment même pas tenté de poursuivre l'employé personnellement. Avec, d'une part, la confirmation récente du fait que de nombreuses violations de contrat constituent également une négligence en matière délictuelle et, d'autre part, le développement, du moins dans certains cas, de la responsabilité délictuelle pour les pertes économiques, l'étendue de la responsabilité délictuelle *prima facie* dans des contextes contractuels s'est beaucoup élargie. Par conséquent, le nombre d'affaires mettant en cause la responsabilité d'un employé a fortement augmenté au cours des dernières années.

Dans le cadre du pourvoi incident, Vanwinkel et Brassart ont invoqué l'arrêt *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d)

702 (B.C.C.A.). There the plaintiff engaged McHaffie Ltd., a firm of naval architects, to carry out the design work for improvements to an oceanarium. Robert McHaffie, the principal of the company, recommended that the plaintiff use a product called zonolite which was to be supplied by another company. Zonolite proved to be totally unsuitable and extensive repairs were required. The plaintiff brought a number of actions, including actions against the company for breach of contract and in tort for negligent misstatement and against Robert McHaffie personally in tort for negligent misstatement. The company's liability in contract was clear. In tort, it was held not liable on the basis of *Nunes Diamonds*: since the negligent misstatement occurred in the course of carrying out its contract with the plaintiff, the negligence could not be seen as an independent tort unconnected with the performance of that contract as required by Pigeon J.'s test in *Nunes Diamonds*.

On the issue of McHaffie's personal liability in tort as an employee, Seaton J.A. concluded as follows, at p. 706:

An employee's act or omission that constitutes his employer's breach of contract may also impose a liability on the employee in tort. However, this will only be so if there is breach of a duty owed (independently of the contract) by the employee to the other party. Mr. McHaffie did not owe the duty to Sealand to make inquiries. That was a company responsibility. It is the failure to carry out the corporate duty imposed by contract that can attract liability to the company. The duty in negligence and the duty in contract may stand side by side but the duty in contract is not imposed upon the employee as a duty in tort.

The *Sealand* court noted that Robert McHaffie did not undertake to apply his skill for the assistance of Sealand. Rather, Robert McHaffie did exercise,

702 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, la demanderesse avait retenu les services de McHaffie Ltd., un cabinet d'architectes navals, pour exécuter les travaux de conception des améliorations à apporter à un aquarium marin. Robert McHaffie, qui était le dirigeant de la société, avait recommandé à la demanderesse d'utiliser un produit appelé zonolite, qui devait être fourni par une autre société. Or, le zonolite s'est avéré tout à fait inapproprié et des réparations importantes ont dû être effectuées. La demanderesse a intenté un certain nombre d'actions. Elle a poursuivi la société pour la violation d'un contrat et en responsabilité délictuelle découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence. Elle a intenté contre Robert McHaffie personnellement une action délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence. La responsabilité contractuelle de la société était claire. Sur le plan délictuel, elle a été jugée non responsable en vertu de l'arrêt *Nunes Diamonds*: étant donné que la déclaration inexacte avait été faite par négligence dans le cadre de l'exécution du contrat passé avec la demanderesse, la négligence ne pouvait pas être considérée comme un délit indépendant non lié à l'exécution de ce contrat comme l'exigeait le critère établi par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*.

Quant à la question de la responsabilité délictuelle personnelle de McHaffie en sa qualité d'employé, le juge Seaton a conclu ceci, à la p. 706:

[TRADUCTION] L'acte ou l'omission d'un employé qui constitue une violation de contrat pour l'employeur peut également avoir pour effet d'imposer une responsabilité délictuelle à l'employé. Toutefois, ce sera uniquement le cas s'il y a manquement à une obligation que l'employé a (indépendamment du contrat) envers l'autre partie. Monsieur McHaffie n'avait, envers Sealand, aucune obligation de se renseigner. Il incombait à la société de le faire. C'est l'omission d'exécuter l'obligation imposée par contrat à la société qui peut rendre cette dernière responsable. L'obligation de diligence et l'obligation contractuelle peuvent coexister, mais l'obligation contractuelle ne crée pas une obligation de diligence pour l'employé.

Dans l'arrêt *Sealand*, la cour a fait remarquer que Robert McHaffie ne s'était pas engagé à mettre à profit ses compétences pour aider Sealand. Il avait

or rather fail to exercise, his skill as an employee of the company. It was with McHaffie Ltd. that Sealand contracted and it was upon the skill of McHaffie Ltd. that it relied. The court held that it would not hold an individual employee liable personally unless there is a breach of duty owed independently of the contract by the employee to the other party.

Two questions, which it is convenient to deal with immediately, arise in light of the subsequent history of *Sealand*: first, whether the case was overruled by this Court in *Rafuse*; second, whether the holding in the case should be limited to the area of negligent misstatement.

The question whether *Sealand* still stands in light of the decision of this Court in *Rafuse* has arisen in a number of cases. Its continuing applicability to employees has been doubted in light of *Rafuse*; see *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), at p. 297, or rejected (*Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (B.C.S.C.)). In my opinion, while the rejection of McHaffie Ltd.'s tort liability would fall to be reconsidered in the light of *Rafuse*, *Rafuse* was not concerned with the questions raised by employee torts. The question whether a customer can bring a claim in tort against an employee is a very different question from whether there exists concurrent liability in tort and contract between contracting parties, i.e., in this case, between customer and employer. The independent tort requirement established by Pigeon J. in *Nunes Diamonds* has been criticized for its application to the question of the concurrent application of tort and contract in relations between two parties and the *Rafuse* case reconsidered this point. *Rafuse*, however, has no bearing on the question of the liability of employees; see Stieber, Annotation to

mis à profit ses compétences, ou plutôt avait omis de le faire, en sa qualité d'employé de la société. C'est avec McHaffie Ltd. que Sealand avait passé un contrat et c'était aux compétences de McHaffie Ltd qu'elle s'était fiée. La cour a jugé qu'un employé n'engage pas sa responsabilité personnelle à moins que celui-ci n'ait manqué à une obligation qu'il avait, indépendamment du contrat, envers l'autre partie.

Il convient de résoudre tout de suite deux questions qui se posent à la lumière des événements postérieurs à l'arrêt *Sealand*: en premier lieu, celle de savoir si l'arrêt a été écarté par notre Cour dans *Rafuse*; en second lieu, celle de savoir si le jugement rendu dans cette affaire devrait s'appliquer uniquement aux déclarations inexactes faites par négligence.

La question de savoir si l'arrêt *Sealand* s'applique encore, compte tenu de la décision rendue par notre Cour dans *Rafuse*, s'est posée dans un certain nombre d'affaires. La possibilité de continuer de l'appliquer aux employés a été mise en doute, compte tenu de l'arrêt *Rafuse* (voir *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), à la p. 297), ou rejetée (*Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (C.S.C.-B.)). À mon avis, le rejet de la responsabilité délictuelle de la société McHaffie Ltd. devrait être réexaminé compte tenu de l'arrêt *Rafuse*, mais ce dernier arrêt ne portait pas sur les questions soulevées par les délits commis par des employés. La question de savoir si un client peut tenter une action délictuelle contre un employé est une question fort différente de celle de savoir s'il existe une responsabilité délictuelle et contractuelle concomitante entre les parties contractantes, soit, en l'espèce, entre la cliente et l'employeur. L'exigence de délit indépendant établie par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds* a été critiquée lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la question de l'application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle aux rapports existant entre deux parties et, dans l'arrêt *Rafuse*, ce point a été réexaminé. Toutefois, ce dernier arrêt n'a rien à voir avec la question de la responsabilité des

East Kootenay Community College v. Nixon & Browning (1988), 28 C.L.R. 189, at p. 190.

In *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989, unreported, a case in which the plaintiff sued three employees, none of whom was a director or officer of the employer company, for negligence in the performance of duties undertaken by their employer in a contract with the plaintiff, Gibbs J. held as follows, at pp. 4-5:

The *Rafuse* case is of doubtful relevance or application to the issues on this application. It addresses the right to pursue concurrent remedies in tort and in contract as between the parties to the contract. It does not deal with the right, or the absence of such right, in one party to the contract to sue the employees of the other party to the contract in tort, while, at the same time pursuing the employer in both contract and tort. It is difficult to understand how *Rafuse* came to be regarded as somehow being determinative, or persuasive, in the application of the *London Drugs* principle.

I agree with this statement. The application of the independent tort theory to employees was not overruled by *Rafuse*, which dealt exclusively with situations involving two parties.

On the second question, the case of *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (B.C.S.C.), can be read for the proposition that *Sealand* is limited to cases of negligent misstatement. In my view, however, that case is weak authority for that proposition. The case is distinguishable on its facts from the present case, as it concerned a bank manager with whom the plaintiffs by counterclaim had extensive personal dealings. More importantly, however, the case must be interpreted in light of the arguments made by the parties.

employés; voir Stieber, Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189, à la p. 190.

^a Dans l'affaire *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989, inédite, dans laquelle la demanderesse avait poursuivi trois employés, dont aucun n'était administrateur ou dirigeant de la société employeur, par suite de la négligence commise dans l'exécution des travaux que l'employeur s'était engagé à effectuer dans le contrat qu'il avait passé avec la demanderesse, le juge Gibbs déclare ceci, aux pp. 4 et 5:

[TRADUCTION] Il est douteux que l'arrêt *Rafuse* soit pertinent ou qu'il s'applique aux questions ici en litige. Il porte sur le droit d'une partie contractante d'exercer des recours concomitants fondés sur la responsabilité délictuelle et sur la responsabilité contractuelle contre l'autre partie contractante. Il ne porte pas sur le droit, ou sur l'absence de droit, d'une partie contractante d'intenter contre les employés de l'autre partie contractante une action fondée sur la responsabilité délictuelle, tout en intentant en même temps contre l'employeur une action fondée à la fois la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle. Il est difficile de comprendre comment on en est venu à considérer l'arrêt *Rafuse* comme étant de quelque façon concluant, ou convaincant, dans l'application du principe établi dans *London Drugs*.

^g Je souscris à cet énoncé. L'application de la théorie du délit indépendant aux employés n'a pas été écartée par l'arrêt *Rafuse*, qui portait exclusivement sur les cas mettant en cause deux parties.

^h Quant à la seconde question, l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (C.S.C.-B.) peut être interprété comme disant que l'arrêt *Sealand* est limité aux cas de déclaration inexacte faite par négligence. J'estime toutefois que cet arrêt ne permet pas vraiment d'affirmer cela. Il peut être distingué de la présente espèce sur le plan des faits, car il y était question d'un directeur de banque avec lequel les demandeurs conventionnels avaient amplement traité personnellement. L'arrêt doit surtout être interprété à la lumière des arguments invoqués par les parties.

Mr. and Mrs. Guest had given a mortgage to the Toronto-Dominion Bank as security for advances to a company of which Mr. Guest was a principal. The Toronto-Dominion Bank initiated an action for foreclosure against the company. The Guests counterclaimed and in their counterclaim, the Guests apparently made allegations of negligence and fraud against the manager and the bank and against the manager alone. The trial judge referred a single question of law to be determined on a motion, namely, whether a bank manager could be held personally liable to a customer in damages for tortious acts or omissions falling within the scope of the manager's employment. The motions judge noted that difficulties arose because the cause of action alleged in the counterclaim was "by no means clear" (at p. 259). However, he noted statements in the pleadings alleging fraudulent, improper and malicious behaviour by the manager.

Against such an apparently broad pleading by the Guests, the bank apparently argued that the employee's immunity would extend to all claims in tort, including, for example, cases of theft or conversion (see p. 259). The bank thus argued that the *Sealand* principle should extend to all torts, including intentional torts (see p. 262). This argument was reflected in the question set forth by the order of the trial judge, which the motions judge rephrased as the question whether any alleged act or omission of the manager within the scope of her employment could render her liable personally in damages to the bank's customers.

Not surprisingly, the judge rejected the bank's rather extraordinary argument. Unfortunately, he did not consider the intermediate possibility that a duty of care should be excluded in all cases of ordinary negligence, while tortious liability for intentional torts would remain. Faced with the

Monsieur et madame Guest avaient consenti une hypothèque à la Banque Toronto-Dominion à titre de garantie d'avances versées à une société dont M. Guest était un dirigeant. La Banque Toronto-Dominion a intenté une action en forclusion contre la société. Les Guest ont présenté une demande reconventionnelle dans laquelle ils alléguaient apparemment qu'il y avait eu négligence et fraude de la part du directeur et de la banque ainsi que de la part du directeur seulement. Le juge de première instance a renvoyé une seule question de droit à trancher sur requête, soit celle de savoir si un directeur de banque pouvait être tenu personnellement responsable envers un client des dommages résultant d'actes ou d'omissions délictuels dans l'exercice de ses fonctions de directeur. Le juge saisi de la requête a fait remarquer que des difficultés se présentaient parce que la cause d'action alléguée dans la demande reconventionnelle n'était [TRADUCTION] «absolument pas claire» (à la p. 259). Toutefois, il a noté que des allégations de conduite frauduleuse, irrégulière et malveillante du directeur figuraient dans les actes de procédure.

Pour se défendre contre des allégations aussi générales que celles que les Guest avaient faites, la banque a apparemment soutenu que l'immunité de l'employé s'appliquait à toutes les réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle, notamment aux cas de vol ou de détournement (voir p. 259). La banque a donc soutenu que le principe de l'arrêt *Sealand* devrait s'appliquer à tous les délits, y compris les délits intentionnels (voir p. 262). Cet argument se reflète dans la question énoncée dans l'ordonnance du juge de première instance, que le juge saisi de la requête a reformulée comme étant celle de savoir si un présumé acte ou une présumée omission du directeur dans l'exercice de ses fonctions pouvait le rendre personnellement responsable du préjudice causé aux clients de la banque.

Comme on pouvait s'y attendre, le juge a rejeté l'argument plutôt exceptionnel de la banque. Malheureusement, il n'a pas examiné la possibilité intermédiaire qu'une obligation de diligence doive être exclue dans tous les cas de négligence ordinaire, alors que la responsabilité délictuelle conti-

bank's very broad argument, he chose to severely limit the scope of the *Sealand* case to negligent misrepresentation. He did not give separate consideration to whether *Sealand* should merely be limited to cases of negligence. In my view, the apparently narrow scope given to the *Sealand* case by the judge in *Guest* should not be taken as a considered rejection of its application to other cases of negligence; he was principally concerned to reject the very broad contention of the bank in that case. He did not attempt to logically justify his narrow reading of *Sealand*; he countered the bank's argument that limiting *Sealand* to negligent misstatement was illogical by referring to "venerable authority on both sides of the Atlantic against the contention that logic alone directs the path of the law" (at p. 264). In my view, there is no lack of logical justification for holding employees liable for intentional torts and gross negligence, while finding no duty of care for ordinary negligence. On the other hand, as Irvine appears to suggest, there is little reason to limit the application of *Sealand* to negligent misrepresentation; see Irvine, Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266, at p. 273.

The argument for limiting the principle to negligent misstatement is founded essentially on the special requirement of reliance which exists in cases of negligent misrepresentation. In such cases, the duty of care is not imposed on every person who can foresee the risk that his negligent words may cause harm to another. It is argued that, although the employee would be liable if foreseeability were the only criterion, the employee does not meet the other criteria set forth in *Hedley Byrne*. In my view, there is no reason, in cases raising the issue of employee liability for negligence, to limit the requirement of reliance to cases

nuerait à s'appliquer dans le cas d'un délit intentionnel. Devant l'argument très général de la banque, il a décidé de limiter rigoureusement la portée de l'arrêt *Sealand* aux cas de déclaration inexacte faite par négligence. Il ne s'est pas expressément demandé si l'arrêt *Sealand* devrait simplement être limité aux cas de négligence. À mon avis, l'interprétation apparemment étroite donnée à l'arrêt *Sealand* par le juge dans l'arrêt *Guest* ne devrait pas être considérée comme un rejet réfléchi de son application aux autres cas de négligence; le juge se préoccupait surtout de rejeter l'argument fort général de la banque dans cette affaire. Il n'a pas tenté de justifier logiquement son interprétation stricte de l'arrêt *Sealand*; il a répondu à l'argument de la banque, selon lequel il n'était pas logique de limiter l'arrêt *Sealand* aux déclarations inexactes faites par négligence, en mentionnant [TRADUCTION] «la jurisprudence et la doctrine vénérables qui, des deux côtés de l'Atlantique, rejettent l'argument selon lequel la logique seule guide le droit» (à la p. 264). À mon avis, il n'y a pas absence de justification logique lorsqu'il s'agit de tenir l'employé responsable d'un délit intentionnel ou d'une négligence grave, tout en concluant à l'absence d'obligation de diligence dans le cas d'une négligence ordinaire. Par ailleurs, comme Irvine semble le laisser entendre, la limitation de l'application de l'arrêt *Sealand* aux cas de déclaration inexacte faite par négligence n'est pas justifiée; voir Irvine, Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266, à la p. 273.

L'argument voulant que le principe soit limité aux déclarations inexactes faites par négligence est essentiellement fondé sur l'exigence spéciale de confiance qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence. En pareil cas, il ne suffit pas qu'une personne puisse prévoir le risque que ses paroles négligentes porteront préjudice à autrui pour qu'une obligation de diligence soit imposée. On soutient que, bien que l'employé serait responsable si la prévisibilité était le seul critère applicable, il ne satisfait pas aux autres critères énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*. À mon avis, dans les affaires où se pose la question de la

involving negligent misrepresentation. The reasons why the imposition of liability does not make sense are a result of the analysis of the situation of the employee and the policies underlying vicarious liability. While it may be doctrinally easier to justify an exemption of liability for negligent misstatement, there are no policy reasons why the exemption should be so limited. Reliance has been found to be relevant by this Court in cases not involving negligent misrepresentations; see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*.

Sealand has been generally well received by academic commentators: Blom, "The Evolving Relationship Between Contract and Tort" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257, at pp. 273-74; Blom, "Fictions and Frictions", *supra*, at pp. 185-86n; Blom, Case Comment, *supra*, at p. 173; Reiter, *supra*. The evolution of Professor Blom's thinking in this area is particularly revealing. He began by making a sharp distinction between negligent misrepresentation cases and those involving physical damage to person or property which he considered to be "radically different": while the absence of a duty could be justified in the former type of case owing to the requirement that the defendant undertake the responsibility, in the latter case, liability was clear: "The Evolving Relationship Between Contract and Tort", *supra*, at pp. 273-74. In his later writing, however, Professor Blom has noted that, while it may be doctrinally easier to justify the absence of a duty in *Hedley Byrne* type cases because of the clearly established requirement of reliance and the fact that the customer's reliance can arguably be said to be on the employer but not on the employee as an individual, policy reasons do not support any such limitation of the principle; see "Fictions and Frictions", at pp. 185-86n. In his case comment on the Court of Appeal decision in the present case, he concludes that even if there were no contractual clause limiting liability, a finding that the employees should have no duty makes sense for reasons

responsabilité de l'employé pour négligence, rien ne justifie de limiter l'exigence de confiance aux cas où il y a déclaration inexacte faite par négligence. L'examen de la situation de l'employé et des politiques qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui montre pourquoi il est injustifié d'imposer une responsabilité. Même s'il peut être plus facile de justifier, sur le plan doctrinal, une exonération de responsabilité pour une déclaration inexacte faite par négligence, il n'existe aucune raison de principe de limiter ainsi l'exonération. Notre Cour a jugé que la confiance était pertinente dans des cas où aucune déclaration inexacte faite par négligence n'était en jeu; voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, précité.

L'arrêt *Sealand* a généralement été bien accueilli par les commentateurs: Blom, «The Evolving Relationship Between Contract and Tort» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257, aux pp. 273 et 274; Blom, «Fictions and Frictions», *loc. cit.*, aux pp. 185 à 186n; Blom, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 173; Reiter, *loc. cit.* L'évolution de la pensée du professeur Blom dans ce domaine est particulièrement révélatrice. Il a commencé par établir une distinction nette entre les cas de déclaration inexacte faite par négligence et ceux qui mettent en cause un préjudice physique causé à la personne ou aux biens, qu'il considérait comme [TRADUCTION] «tout à fait différents»: l'absence d'obligation pouvait être justifiée dans le premier cas parce que le défendeur était tenu d'assumer la responsabilité, mais dans le dernier cas, la responsabilité était claire: «The Evolving Relationship Between Contract and Tort», *loc. cit.*, aux pp. 273 et 274. Toutefois, dans ce dernier écrit, le professeur Blom a fait remarquer que, bien qu'au point de vue de la doctrine, il soit plus facile de justifier l'absence d'une obligation dans les cas du type *Hedley Byrne*, étant donné l'exigence clairement établie de confiance et le fait qu'on peut dire que le client fait confiance à l'employeur et non à l'employé, à titre individuel, des raisons de principe ne justifient pas une telle limitation de la règle; voir «Fictions and Frictions», aux pp. 185 à 186n. Dans le commentaire qu'il a fait au sujet de la décision de la Cour d'appel en l'espèce, le professeur Blom conclut que même s'il n'y avait pas de clause contractuelle

similar to those I set out above. He states, at pp. 173-74:

Suppose that the warehousing contract had left Kuehne & Nagel's liability unlimited. Even then, would it have been right to impose the same unlimited liability on the employees? They would never have been handling \$40,000 transformers if it had not been part of their job. The employer is being paid to assume the risk of damage to the transformer, but except in the most theoretical sense the employees are not. They are selling their labour, not a form of insurance. The risk of doing \$40,000 worth of damage is imposed on them, but as employees (and here their position would be different from independent contractors) they are badly placed to arrange things financially to cope with that risk. They can get their employer to include them as insureds under its liability policy, but then suing them is indistinguishable from suing the employer; it is the same insurance.

Reiter, *supra*, considers that the result in *Sealand* is justified by the principle of limited liability. In contracting for services to be provided by a business corporation or association, a plaintiff can fairly be regarded as relying upon performance by the corporation or association, and upon the liability of that body if the services are purveyed negligently. He says, at p. 290:

It is true that the contract between Sealand and McHaffie Ltd. did not provide explicitly for the exculpation of McHaffie in respect of personal liability: but the very object of taking the contract in the corporate name is as cogent an explanation of the intended limitation on risk exposure as any express clause could be. There should be no need for any such express provision excluding liability in third parties acting in furtherance of one contractor's obligations under the contract: the matter is less one of contractual exclusion of liability than of the existence of contractual relations negating the legal preconditions of tort liability.

limitant la responsabilité, il est logique de conclure que les employés ne devraient avoir aucune obligation, et ce, pour des raisons semblables à celles que j'ai énoncées plus haut. Il déclare, aux pp. 173 et 174:

[TRADUCTION] Supposons que le contrat d'entreposage n'ait pas limité la responsabilité de Kuehne & Nagel. Même alors, aurait-il été juste d'imposer la même responsabilité illimitée aux employés? Ceux-ci n'auraient jamais manipulé des transformateurs de 40 000 \$ si cela n'avait pas fait partie de leur travail. L'employeur reçoit une contrepartie pour son acceptation du risque d'endommagement du transformateur, mais sauf, au sens le plus théorique, les employés n'en reçoivent pas. Ces derniers vendent leur travail, et non une forme d'assurance. Le risque de causer 40 000 \$ de dommages leur est imposé, mais en leur qualité d'employés (et, en l'espèce, leur situation serait différente de celle d'entrepreneurs indépendants), ils sont mal placés pour s'organiser financièrement pour faire face à ce risque. Ils peuvent amener l'employeur à les inclure comme assurés dans la police d'assurance-responsabilité, mais alors, il est impossible de faire une distinction entre les poursuites qui sont engagées contre eux et celles qui sont engagées contre l'employeur; c'est la même assurance.

Reiter, *loc. cit.*, considère que le principe de la responsabilité limitée justifie le résultat auquel on est arrivé dans l'arrêt *Sealand*. En passant un contrat de prestation de services avec une entreprise commerciale ou une association, le demandeur peut à juste titre être considéré comme comptant sur l'exécution du contrat par l'entreprise ou par l'association, et sur la responsabilité de l'organisme en question si les services sont fournis d'une façon négligente. À la page 290, il dit:

[TRADUCTION] Il est vrai que le contrat intervenu entre Sealand et McHaffie Ltd. ne prévoyait pas expressément que McHaffie était exonéré de toute responsabilité personnelle: cependant, un contrat passé au nom de l'entreprise révèle, tout aussi clairement que peut le faire une clause expresse, le désir d'éviter le risque d'une responsabilité personnelle. Il ne devrait pas être nécessaire d'inclure une telle disposition excluant expressément la responsabilité des tierces parties qui agissent en vue d'exécuter les obligations contractuelles de l'entrepreneur: il s'agit moins d'une question d'exonération contractuelle de responsabilité que de l'existence de liens contractuels annulant les conditions juridiques préalables de la responsabilité délictuelle.

This limited liability principle applies equally to all cases of negligence and not just to cases of negligent misrepresentation.

In *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (Man. C.A.), the court achieved a result similar to *Sealand*, even though the cases involved alleged negligent acts rather than negligent misrepresentation. The plaintiff Moss was an investor. The defendants were a brokerage firm and an employee stockbroker of the firm. The contract between Moss and the firm limited the firm's liability to cases of gross negligence. The plaintiff sued the employee Davies to recover the amount of a trading loss incurred allegedly through Davies' negligent act.

Huband J.A., writing for himself and Philp J.A., did not find it necessary to consider whether the employee could claim the benefit of the limitation provision in the contract between the plaintiff and his employer. He said, at p. 56:

In my view, there is no separate cause of action that would enable Moss to successfully sue Davies. The contract was with Richardson. The essence of the complaint is a breach of that contract. Moss' cause of action, if any, is against Richardson, and there is no independent cause of action in negligence against the defendant Davies. [Emphasis added.]

Huband J.A. also noted that in that case, the employee's acts or omissions related solely to the work he was doing as an employee of Richardson, for Moss. No one else was or could be affected (at p. 57). In his concurring reasons, Twaddle J.A. concluded that although the law imposes a duty of care on a stockbroker in some circumstances, it did not do so in the circumstances of that case. Any duty of care that existed was contractual, whether the employer's duty to the plaintiff or Davies' duty to his employer. He explicitly noted that "[w]hat

Le principe de la responsabilité limitée s'applique également à tous les cas de négligence et non seulement aux cas de déclaration inexacte faite par négligence.

Dans l'arrêt *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (C.A. Man.), la cour est arrivée à un résultat similaire à celui obtenu dans l'arrêt *Sealand*, même si l'affaire portait sur de présumés actes négligents plutôt que sur une déclaration inexacte faite par négligence. Le demandeur Moss était un investisseur. Les défendeurs étaient une entreprise de courtage et un courtier qui était employé par cette dernière. Le contrat intervenu entre Moss et l'entreprise limitait la responsabilité de cette dernière aux cas de négligence grave. Le demandeur a poursuivi l'employé Davies afin d'obtenir le montant d'une perte commerciale qui aurait été attribuable à un acte négligent de Davies.

Le juge Huband, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Philp, n'a pas estimé nécessaire de déterminer si l'employé pouvait se prévaloir de la disposition limitative contenue dans le contrat intervenu entre le demandeur et son employeur. À la page 56, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'existe aucune cause d'action distincte qui permettrait à Moss de poursuivre Davies avec succès. Le contrat a été passé avec Richardson. La plainte porte essentiellement sur une violation de ce contrat. Moss, le cas échéant, a une cause d'action contre Richardson, et il n'existe aucune cause d'action indépendante fondée sur la négligence contre le défendeur Davies. [Je souligne.]

Le juge Huband a également fait remarquer que, dans cette affaire, les actes ou omissions de l'employé étaient uniquement liés au travail qu'il accomplissait pour Moss, à titre d'employé de Richardson. Personne d'autre n'était touché ou ne pouvait être touché (à la p. 57). Dans des motifs concordants, le juge Twaddle a conclu que, même si la loi impose dans certains cas une obligation de diligence à un courtier, elle ne le faisait pas en l'espèce. Toute obligation de diligence existante était de nature contractuelle, et ce, qu'il s'agisse de l'obligation de l'employeur envers le demandeur ou de l'obligation de Davies envers l'employeur.

this case is all about is the contractual obligation of care owed by the defendant Richardson” (at p. 62).

I think that the language in the *Moss* decision to the effect that tort liability is excluded because of the contractual nature or essence of the claim should be read as shorthand for a conclusion that contractual aspects dominate in that context and that it does not make sense, in the context of that case, to allow the contractual aspects to be circumvented by an action in tort against an employee. In my view, *Rafuse* establishes that Moss’s complaint against Richardson Greenshields (the employer) could presumably be brought in either tort or contract, so its “essence” cannot be said to be contractual unless the plaintiff chooses to argue the case in contract only. If Moss is alleging breach of the contract by Richardson Greenshields, the action is contractual; if Moss is alleging that Richardson Greenshields fell below the standard of care of the reasonable stockbroker, the claim is in tort. Of course, it may be very difficult for the plaintiff to win in tort against a defendant like Richardson Greenshields since the case will typically involve economic loss: various policy issues will be raised including the possibility that tort liability would unduly interfere with the contractual bargain and allocation of risk. Nonetheless, a tort action is not excluded by virtue of the mere existence of a contract. Accordingly, to the extent that the court relied on *Charlesworth and Percy on Negligence* for the finding that a stockbroker’s duty is “primarily in contract” (at p. 55), I think it must be doubted in the light of *Rafuse*. However, the fact that concurrent liability may exist with respect to Richardson Greenshields does not invalidate the finding that the employee is not liable.

Le juge a expressément fait remarquer que [TRADUCTION] «[c]ette affaire porte sur l’obligation contractuelle de diligence qui incombe à la défenderesse Richardson» (à la p. 62).

Je crois que les propos tenus dans l’arrêt *Moss*, selon lesquels la responsabilité délictuelle est exclue à cause de la nature ou de l’essence contractuelle de la réclamation, devraient être interprétés comme résumant la conclusion que les aspects contractuels l’emportent dans ce contexte et qu’il n’est pas logique, dans le contexte de cette affaire, de permettre que l’on contourne les aspects contractuels en intentant une action délictuelle contre un employé. À mon avis, l’arrêt *Rafuse* établit que la plainte de Moss contre Richardson Greenshields (l’employeur) pouvait probablement se fonder sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, de sorte qu’on ne peut pas dire qu’il s’agit d’une plainte «essentiellement» contractuelle à moins que le demandeur ne décide de plaider sa cause en invoquant la responsabilité contractuelle seulement. Si Moss allègue la violation du contrat par Richardson Greenshields, l’action est contractuelle; si Moss allègue que Richardson Greenshields n’a pas respecté la norme de diligence du courtier raisonnable, il s’agit d’une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. Bien sûr, il peut être très difficile pour le demandeur d’avoir gain de cause en matière délictuelle contre un défendeur comme Richardson Greenshields puisque l’affaire comportera habituellement une perte économique: diverses questions de principe seront soulevées, dont la possibilité que la responsabilité délictuelle perturbe indûment l’entente contractuelle et la répartition du risque. Néanmoins, une action fondée sur la responsabilité délictuelle n’est pas exclue en raison de la simple existence d’un contrat. Par conséquent, dans la mesure où la cour s’est appuyée sur *Charlesworth and Percy on Negligence* pour conclure que l’obligation du courtier est [TRADUCTION] «surtout de nature contractuelle» (à la p. 55), je crois qu’il faut en douter à la lumière de l’arrêt *Rafuse*. Toutefois, le fait que la responsabilité concomitante puisse exister dans le cas de Richardson Greenshields n’annule pas la conclusion que l’employé n’est pas responsable.

The conclusion that no cause of action in tort lies against Davies, although expressed in terms of the action being of a contractual nature, is undoubtedly the product of balancing of the importance of the values protected by tort and those protected by contract in the particular context of the case. It can be justified as an application of the principle of limited liability. Rather than finding the essence of a particular complaint to be contractual, it might be more appropriate to find that the alleged tort liability exists in a contractual context, and that contractual concerns predominate.

In the early eighties a number of claims in negligence against employees were struck out on motions in Ontario. In *Durham Condominium Corp. No. 34 v. Shoreham Apartments Ltd.*, Ont. H.C., April 23, 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155, unreported, the judge held that the claimant was limited to a contractual claim against the company; see also *O'Keefe v. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232. The *Durham* case was followed by Hughes J. in *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Ont. H.C., July 6, 1983, 20 A.C.W.S. (2d) 482, unreported. The action in that case arose from an allegation of faulty construction of a parking garage annexed to the premises of the plaintiff. Bradstock Reicher & Partners Ltd. was an engineering company employed by the plaintiff under a written contract and Hans Reicher, a professional engineer, was its employee and represented it during the work. The pleadings contained allegations of breach of contract and negligence in the performance of the contract against both the company and Reicher personally. The motion judge considered notably the cases of *Nunes Diamonds* and *Sealand*. He considered himself bound by the holding in *Durham*.

La conclusion qu'il n'existe contre Davies aucune cause d'action fondée sur la responsabilité délictuelle, bien qu'exprimée comme le fait que l'action est de nature contractuelle, est sans aucun doute le produit de l'évaluation de l'importance des valeurs protégées par la responsabilité délictuelle et par rapport à celles qui sont protégées par la responsabilité contractuelle dans le contexte particulier de l'affaire. Elle peut être justifiée comme étant une application du principe de la responsabilité limitée. Au lieu de conclure qu'une plainte particulière est essentiellement de nature contractuelle, il pourrait être plus approprié de conclure que la présumée responsabilité délictuelle existe dans un contexte contractuel et que les questions contractuelles l'emportent.

Au début des années 80, un certain nombre de réclamations fondées sur la négligence qui avaient été présentées contre des employés ont été radiées sur présentation de requêtes en Ontario. Dans la décision *Durham Condominium Corp. No. 34 c. Shoreham Apartments Ltd.*, H.C. Ont., 23 avril 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155, inédite, le juge a déclaré que le réclamant ne pouvait présenter qu'une réclamation contractuelle contre la société; voir également *O'Keefe c. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232. La décision *Durham* a été suivie par le juge Hughes dans l'affaire *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, H.C. Ont., 6 juillet 1983, 20 A.C.W.S. (2d) 482, inédite. Dans cette affaire, l'action découlait d'une allégation de construction défectueuse d'un stationnement intérieur attenant aux locaux de la demanderesse. Bradstock Reicher & Partners Ltd. était une société d'ingénieurs dont la demanderesse avait retenu les services en vertu d'un contrat écrit, et Hans Reicher, un ingénieur professionnel, était un employé de cette société et la représentait pendant les travaux. Les actes de procédure contenaient des allégations de violation de contrat et de négligence dans l'exécution du contrat, formulées contre la société et Reicher personnellement. Le juge saisi de la requête a notamment tenu compte des arrêts *Nunes Diamonds* et *Sealand*. Il s'estimait lié par le jugement rendu dans *Durham*.

On appeal, the Court of Appeal of Ontario specifically found that the issue was whether an action could be brought against a limited company with which the plaintiff has a contract and also against the principal officer of the company who is alleged to have acted negligently in the course of performing the contract and in breach of his duty to the plaintiff; see *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Houlden, Goodman and Cory J.J.A., January 12, 1984, unreported, endorsement reproduced at 2 C.P.C. (2d) 24. The court noted that there was no allegation of an independent tort. On the narrow issue of the liability of a principal officer, the court set aside the order of the motion judge and allowed the issue to go to trial on the ground that the "law on this point is far from clear".

A more recent Ontario case, *Leon Kentridge Associates v. Save Toronto's Official Plan Inc.*, Ont. Dist. Ct., Conant Dist. Ct. J., No. 301678/87, March 27, 1990, rejected the personal liability of corporate officers for their negligent misrepresentations. The case concerned a non-profit corporation (STOP) formed to oppose the construction of a domed stadium in downtown Toronto in an area locally known as "the railway lands". The individual defendants Bossons and Martini were officers and directors of STOP. The plaintiff Kentridge was retained by STOP as a planning consultant in 1986 in connection with hearings before the Ontario Municipal Board. Kentridge dealt only with the individual defendants Bossons and Martini on behalf of STOP.

Kentridge worked for STOP for a period, then was told to stop work. When the corporation received a \$50,000 anonymous donation, Kentridge recommenced work only after receiving assurances from the two defendants that he would be treated in the same manner as the corporation's law firm. Kentridge later learned that the whole of

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a expressément conclu qu'il s'agissait de savoir si une action pouvait être intentée contre une société à responsabilité limitée avec laquelle la demanderesse avait passé un contrat ainsi que contre le dirigeant principal de la société. Celui-ci avait apparemment agi d'une façon négligente dans l'exécution du contrat et avait manqué à son obligation envers la demanderesse; voir *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, les juges Houlden, Goodman et Cory, 12 janvier 1984, inédite, jugement manuscrit reproduit à 2 C.P.C. (2d) 24. La cour a fait remarquer qu'aucun délit indépendant n'avait été allégué. En ce qui concerne la question stricte de la responsabilité d'un dirigeant principal, la cour a annulé l'ordonnance du juge saisi de la requête et a permis que la question soit instruite pour le motif que [TRADUCTION] «le droit sur ce point est loin d'être clair».

Dans une décision ontarienne plus récente, *Leon Kentridge Associates c. Save Toronto's Official Plan Inc.*, C. dist. Ont., le juge Conant, n° 301678/87, 27 mars 1990, la cour a déclaré que les dirigeants de la société n'étaient pas responsables personnellement des déclarations inexactes qu'ils avaient faites par négligence. L'affaire concernait une société sans but lucratif (STOP) constituée pour s'opposer à la construction d'un stade à dôme dans le centre de Toronto, dans un secteur localement connu sous le nom de [TRADUCTION] «terrains du chemin de fer». Les défendeurs individuels Bossons et Martini étaient dirigeants et administrateurs de STOP. En 1986, STOP avait retenu les services du demandeur Kentridge à titre d'expert-conseil en planification relativement aux audiences tenues par la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Kentridge traitait uniquement avec les défendeurs individuels Bossons et Martini pour le compte de STOP.

Kentridge a travaillé pour STOP pendant un certain temps, puis on lui a dit d'arrêter. Lorsque la société a reçu un don anonyme de 50 000 \$, Kentridge a recommencé à travailler uniquement après que les deux défendeurs l'eurent assuré qu'il serait traité de la même façon que le cabinet d'avocats de la société. Kentridge a par la suite appris que toute

the \$50,000 was paid to the law firm as part payment of its account. He took the position that he was "short changed" because he received less fair treatment than the lawyers. At the time of the lawsuit, STOP had been dissolved. Kentridge claimed from the individual defendants his "fair share" of the \$50,000 because of the representations upon which he relied and resumed his work.

The court had no difficulty in finding that the elements of negligent misrepresentation existed. Accordingly, the judge turned to consider whether the defendants could be held to be personally liable for misstatements made in exercising their duties as directors and officers of STOP. The court explicitly referred to the limited liability principle precluding the personal liability of the defendant directors. The judge considered that the defendant directors acted as officers and directors of STOP and not in their personal capacity:

As a result, in my view the plaintiff herein is entitled to sue in either contract or in tort. However, on the facts, I find the defendant directors acted as officers and directors of STOP and not in their personal capacity. [Emphasis added.]

In my view, it would be unjust for officers to benefit from an exclusion of liability for torts committed by them, while ordinary warehouse employees are held personally liable for torts committed by them.

In *Summitville*, supra, Gibbs J., after finding that *Sealand* had not been overruled in *Rafuse* as I outlined above, went on to consider the question of the liability of the three employees. He underlined that they were not, like the individual defendant in *Sealand*, a sole proprietor. Nor was there a personal relationship and special reliance on the skill of a particular employee. He considered that the

la somme de 50 000 \$ avait été versée au cabinet d'avocats à titre de paiement partiel de son compte. Il a soutenu qu'on l'avait [TRADUCTION] «roulé» parce qu'il avait été traité d'une manière moins équitable que les avocats. Au moment où la poursuite a été engagée, STOP avait été dissoute. Kentridge a réclamé aux défendeurs, pris individuellement, sa [TRADUCTION] «juste part» des 50 000 \$ à cause des déclarations auxquelles il s'était fié et qui l'avaient amené à reprendre son travail.

La cour a conclu sans difficulté à l'existence des éléments d'une déclaration inexacte faite par négligence. Par conséquent, le juge s'est demandé si les défendeurs pouvaient être tenus personnellement responsables des déclarations inexactes qu'ils avaient faites dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateurs et de dirigeants de STOP. La cour a mentionné expressément le principe de la responsabilité limitée qui empêche les administrateurs défendeurs d'être tenus personnellement responsables. Le juge a considéré que les administrateurs défendeurs avaient agi à titre de dirigeants et d'administrateurs de STOP et non en leur qualité personnelle:

[TRADUCTION] Par conséquent, j'estime que la demanderesse a le droit d'engager des poursuites fondées sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité délictuelle. Toutefois, compte tenu des faits, je conclus que les administrateurs défendeurs ont agi à titre de dirigeants et d'administrateurs de STOP et non en leur qualité personnelle. [Je souligne.]

À mon avis, il serait injuste que les dirigeants bénéficient d'une exonération de responsabilité pour des délits qu'ils ont commis, alors que les employés d'entrepôt ordinaires seraient tenus personnellement responsables des délits qu'ils ont commis.

Dans l'affaire *Summitville*, précitée, le juge Gibbs, après avoir conclu que l'arrêt *Sealand* n'avait pas été écarté dans l'arrêt *Rafuse*, comme je l'ai déjà souligné, a ensuite examiné la question de la responsabilité des trois employés. Il a souligné qu'ils n'étaient pas, comme le défendeur en cause dans *Sealand*, des propriétaires uniques. Il n'y avait pas non plus de rapports personnels ni de

plaintiff's alleged reliance on the particular employees was insufficient; the mere fact that the employees had come into contact with the plaintiff as a result of being designated by their employer to do on-site work was insufficient. At page 9, he stated:

Klohn Leonoff [the employer] is not an "incorporated pocketbook" kind of sole proprietorship. It is a large organization in the engineering services field. Persons who contract with it must do so in the reliance that competent personnel will be assigned from a large staff. There is not that close personal relationship approaching dependence which is evident in cases where the employees have been held personally liable in tort.

In my view, Gibbs J. was correct in finding that it is in this type of context that a finding of no duty is most easily justified.

Despite the academic approval of *Sealand*, the courts, particularly in B.C., have not always followed the approach taken in that case. A case to which I referred earlier and which was decided at practically the same time as *Sealand*, *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.*, reveals the confusion that reigns in this area. In *Northwestern*, the plaintiff was a partial insurer of a warehouse; O'Bryan Ltd. was an insurance broker in charge of placing shares of the pooled insurance coverage and Thibeau was an employee of O'Bryan. Northwestern had repeatedly asked O'Bryan to be removed from the risk on a particular building. After numerous efforts by Northwestern to have itself removed from the risk, Thibeau informed Northwestern that it was off the risk. The information was wrong because Thibeau had mistakenly looked at the wrong file. After a fire broke out and damaged the building, Northwestern was required to pay its proportionate share. It sued

confiance spéciale dans les compétences d'un employé particulier. Il a considéré que la présumée confiance que la demanderesse avait dans les employés particuliers était insuffisante; le simple fait que les employés avaient été en contact avec la demanderesse parce qu'ils avaient été désignés par l'employeur pour faire le travail sur les lieux était insuffisant. À la page 9, le juge déclare:

[TRADUCTION] Klohn Leonoff [l'employeur] n'est pas un propriétaire unique d'entreprise du genre «portefeuille constitué». Il s'agit d'une grosse organisation dans le domaine des services d'ingénierie. Les personnes qui passent un contrat avec lui doivent se fier que des membres compétents d'un personnel important seront désignés. Il n'y a pas ce rapport personnel étroit frisant la dépendance, qui est si évident dans les cas où les employés ont été tenus personnellement responsables sur le plan délictuel.

À mon avis, le juge Gibbs a eu raison de conclure que c'est dans ce genre de contexte qu'une conclusion qu'il n'existe aucune obligation est le plus facilement justifiée.

Bien que les auteurs aient approuvé l'arrêt *Sealand*, les tribunaux, en particulier en Colombie-Britannique, n'ont pas toujours suivi la méthode employée dans cette affaire. Un cas dont j'ai déjà fait mention et qui a été tranché presque en même temps que *Sealand*, soit *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.*, révèle la confusion qui règne en ce domaine. Dans *Northwestern*, la demanderesse assurait partiellement un entrepôt; O'Brian Ltd., une société de courtage d'assurances, était chargée d'assigner les parts de l'assurance commune et Thibeau était un employé de O'Bryan. Northwestern avait à maintes reprises demandé à O'Bryan d'être soustraite au risque lié à un immeuble particulier. Northwestern ayant fait maints efforts en ce sens, Thibeau l'a informé qu'elle avait été soustraite au risque. Ces renseignements étaient erronés parce que Thibeau avait par erreur consulté le mauvais dossier. Un incendie s'est déclaré et l'immeuble a été endommagé; Northwestern a dû payer sa part proportionnelle. Elle a intenté une action fondée sur la responsabilité contractuelle contre O'Bryan et une action fondée sur la responsabilité délict-

O'Bryan in contract and Thibeu in tort and succeeded in both actions.

On the issue of Thibeu's liability, the argument in the case appears to have turned largely on whether Thibeu could be brought within the well-known principle set out by Lord Reid in *Hedley Byrne*, at p. 486:

A reasonable man, knowing that he was being trusted or that his skill and judgment were being relied on, would, I think, have three courses open to him. He could keep silent or decline to give the information or advice sought: or he could give an answer with a clear qualification that he accepted no responsibility for it or that it was given without that reflection or inquiry which a careful answer would require: or he could simply answer without any such qualification. If he chooses to adopt the last course he must, I think, be held to have accepted some responsibility for his answer being given carefully, or to have accepted a relationship with the inquirer which requires him to exercise such care as the circumstances require.

Hedley Byrne was a case involving the liability of companies. The defendants were merchant bankers. Despite the general reference to a "reasonable man", great care must be taken in extending its principles to employees without due regard for the differences in context. The court in *Northwestern* simply concluded that Thibeu "could have kept silent and declined to give the information" or "could have given the information with a reservation that he accepted no liability for its accuracy or otherwise". Furthermore and unsurprisingly, the court concluded that the relationship was not casual but rather commercial: an employee, when acting as such, will rarely be outside of a commercial context. Little or no consideration was given to the fact that Thibeu was an employee. Unlike a company or Lord Reid's reasonable man, however, an employee is under a pre-existing contractual obligation to perform his work obligation to his employer. In many cases, that work obligation will involve making representations of various kinds to the public. In that context, as I noted earlier, it is not realistic to consider that the ordinary employee is in a similar situation to the defendant in a *Hed-*

lelle contre Thibeu, et a eu gain de cause dans les deux cas.

Quant à la question de la responsabilité de Thibeu, l'argumentation semble avoir en bonne partie porté sur la question de savoir si celui-ci pouvait être assujéti au principe bien connu que lord Reid a énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, à la p. 486:

[TRADUCTION] Un homme raisonnable qui sait qu'on lui fait confiance ou qu'on se fie à ses compétences ou à son jugement, pourrait choisir, à mon avis, entre les trois partis suivants. Il pourrait ne rien dire ou refuser de donner le renseignement ou le conseil demandé, il pourrait répondre en précisant bien clairement qu'il n'assume aucune responsabilité à cet égard ou qu'il n'y a pas consacré le temps de réflexion ou de recherche que nécessiterait une réponse minutieuse, ou encore, il pourrait tout simplement répondre sans apporter pareille réserve. S'il prend le troisième parti, on doit, à mon avis, présumer qu'il a accepté d'assumer une certaine responsabilité quant à l'exactitude de sa réponse ou qu'il a accepté la formation d'une certaine relation avec l'autre partie, relation qui l'oblige à exercer la diligence requise par les circonstances.

Dans *Hedley Byrne*, il était question de la responsabilité de sociétés. Les défenderesses étaient des spécialistes des services de banque d'affaires. Malgré la mention générale de l'[TRADUCTION] «homme raisonnable», il faut faire preuve d'énormément de prudence lorsqu'on en applique les principes aux employés sans dûment tenir compte des différences de contexte. Dans l'affaire *Northwestern*, la cour a simplement conclu que Thibeu [TRADUCTION] «aurait pu ne rien dire et refuser de donner les renseignements» ou qu'il [TRADUCTION] «aurait pu donner les renseignements en précisant qu'il ne se portait pas garant de leur exactitude». En outre, comme on peut s'y attendre, la cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un rapport fortuit, mais plutôt d'un rapport commercial: un employé, lorsqu'il agit à ce titre, se trouve rarement en dehors d'un contexte commercial. On a peu tenu compte ou on n'a pas tenu compte du fait que Thibeu était un employé. Toutefois, contrairement à une société ou à l'homme raisonnable dont parle lord Reid, l'employé est assujéti à l'obligation contractuelle préexistante d'assumer l'obligation de travailler qu'il a envers

ley Byrne situation, i.e., entirely free to decline to make any representation at all or, alternatively, free to decline any tort liability.

The other lower court cases cited by the appellant are not compelling. In *British Columbia Automobile Association v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237 (S.C.), an actuary employed by Manulife was held personally liable for careless advice given to a Manulife client. Manulife had made an admission to the effect that, to the extent that the actuary was found to be responsible for any loss suffered by the plaintiff, Manulife was liable as principal and the issue of the employee's duty of care was not addressed at length. In my view, the intervener rightly distinguished that case as one in which the result turned upon evidence of actual reliance on a particular designated person and upon the professional relationship between the client and the professional actuary. In *Herrington v. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54 (S.C.), a principal of a mortgage brokerage firm, who carelessly misrepresented the value of a mortgage in which the plaintiff subsequently invested, was held personally liable for injury resulting from that advice.

East Kootenay Community College v. Nixon & Browning, supra, was another case involving a professional engineer (Loh) who was the principal of Loh Associates. The defendant Loh Associates negligently prepared certain plans that were used by the defendant architects (Nixon & Browning). As a result, certain corrective work had to be carried out, resulting in a delay in completion of the plaintiff's college campus facility. At trial judg-

son employeur. Dans bien des cas, le rôle de l'employé l'oblige à faire différents genres de déclarations au public. Dans ce contexte, comme je l'ai déjà fait remarquer, il n'est pas réaliste de considérer que l'employé ordinaire est dans une situation similaire à celle dans laquelle était la défenderesse dans *Hedley Byrne*, c'est-à-dire qu'il est tout à fait libre de refuser de faire quelque déclaration que ce soit ou, subsidiairement, qu'il est libre de refuser d'assumer quelque responsabilité délictuelle que ce soit.

Les autres décisions de tribunaux d'instance inférieure citées par l'appelante ne sont pas convaincantes. Dans *British Columbia Automobile Association c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237 (C.S.), un actuaire employé par Manulife avait été tenu personnellement responsable du conseil imprudent qu'il avait donné à un client de celle-ci. Manulife avait admis que, dans la mesure où l'actuaire était tenu responsable de toute perte subie par la demanderesse, elle était de son côté responsable à titre de mandant et la question de l'obligation de diligence de l'employé n'a pas été examinée à fond. À mon avis, l'intervenant a eu raison de faire une distinction en disant que, dans ce cas-là, le résultat dépendait de la preuve qu'on avait réellement fait confiance à une certaine personne désignée ainsi que des rapports professionnels existant entre la cliente et l'actuaire en question. Dans *Herrington c. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54 (C.S.), le dirigeant d'une maison de courtage hypothécaire, qui avait par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la valeur d'une hypothèque dans laquelle le demandeur avait par la suite placé ses capitaux, a été jugé personnellement responsable du préjudice résultant de ce conseil.

L'affaire *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning*, précitée, en est une autre qui met en cause un ingénieur professionnel (Loh) qui était dirigeant de Loh Associates. La défenderesse Loh Associates avait dressé d'une façon négligente certains plans qui ont été utilisés par les architectes défendeurs (Nixon & Browning). Par conséquent, certains travaux correctifs ont dû être exécutés, ce qui a entraîné un retard dans l'achèvement des ins-

ment was given against the architects and Loh Associates with the architects being held entitled to indemnity in the third party proceedings against the engineers. On an application to settle formal judgment, the question was raised whether the individual third party C.Y. Loh was personally liable to indemnify certain defendants.

The case is easily distinguished from the case at bar. It concerns an employee who was both a professional and a principal of a company. Furthermore, in finding liability to exist, the court relied on the statutory regime applicable to engineers in British Columbia; see *Engineers Act*, R.S.B.C. 1979, c. 109. That regime required that an engineer stamp or seal plans that he, in his capacity as professional engineer, prepared or had prepared under his direct supervision, restricted engineering work to companies with professional engineers on staff, and provided, in s. 10(5), that professional engineers who are employed by corporations "individually shall assume the functions of and be held explicitly as professional engineers". The court explicitly noted that Loh's seal was affixed to the plans.

In *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.*, *supra*, the judge relied on the decision of the trial judge in the present case. Again, the case is clearly distinguishable on its facts, since the defendant employee was both a principal and owner of the defendant company. The judge referred to "numerous cases" finding employees liable in negligence for faults committed by them in carrying out their employer's contractual duty to a plaintiff, but cited only the decision at trial in the present case as authority for that proposition. In light of what the judge apparently considered to be an established principle of employee liability, the judge confined his inquiry to the question of whether an employee who is also the proprietor of the incorporated busi-

tallations du campus collégial de la demanderesse. En première instance, un jugement a été rendu contre les architectes et contre Loh Associates, et il a été jugé que les architectes avaient droit à une indemnité dans les procédures de mise en cause engagées contre les ingénieurs. Une demande ayant été présentée en vue du règlement du jugement officiel, on s'est demandé si la tierce partie individuelle C.Y. Loh était personnellement tenue d'indemniser certains défendeurs.

Il est facile de distinguer cette affaire de la présente instance. Elle concernait un employé qui était à la fois un professionnel et un dirigeant de société. En outre, en concluant à l'existence de la responsabilité, la cour s'est fondée sur le régime légal qui s'appliquait aux ingénieurs en Colombie-Britannique; voir *Engineers Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 109. Le régime exigeait qu'un ingénieur appose un timbre ou sceau sur les plans qu'il avait dressé ou avait fait dresser sous sa supervision directe, en sa qualité d'ingénieur professionnel, limitait les travaux d'ingénierie aux sociétés qui comptaient des ingénieurs professionnels parmi les membres de leur personnel, et prévoyait, au par. 10(5), que les ingénieurs professionnels employés par des sociétés [TRADUCTION] «[assumaient] individuellement les fonctions d'ingénieurs professionnels et [étaient] tenus responsables en cette qualité». La cour a expressément fait remarquer que le sceau de Loh était apposé sur les plans.

Dans la décision *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.*, précitée, le juge s'est fondé sur la décision rendue par le juge de première instance en l'espèce. Ici encore, il est nettement possible de distinguer cette affaire en fonction de ses faits, puisque l'employé défendeur était à la fois dirigeant et propriétaire de la société défenderesse. Le juge a mentionné de [TRADUCTION] «nombreuses affaires» où l'on avait conclu que des employés étaient responsables, pour cause de négligence, des fautes qu'ils avaient commises dans l'exécution de l'obligation contractuelle que l'employeur avait envers le demandeur, mais il n'a cité que la décision rendue en première instance en l'espèce pour justifier cette proposition. À la lumière de ce qu'il

ness should be treated any differently than an ordinary employee. Concluding that he should not be treated differently, he accordingly found the individual plaintiff liable. The authority of the *Sealand* case was questioned in light of *Rafuse*; as I stated earlier, *Rafuse* did not specifically consider the issue of employee torts.

It remains for me to consider the two cases involving employees decided by this Court and cited by the appellant.

The first case, *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, rev'g (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.), arose as a result of the destruction of a substantial proportion of the Greenwood Shopping Plaza by a fire originating shortly after certain welding operations in the service bay building of the Canadian Tire associate store in the shopping centre. I have adapted the following summary of the relevant parts of the case from the judgment of Hart J.A. on a related appeal (1979), 31 N.S.R. (2d) 135, aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.).

The Greenwood Shopping Plaza was owned by Greenwood Shopping Plaza Ltd. (hereinafter "Greenwood"). Neil J. Buchanan Ltd. (hereinafter "Buchanan Ltd.") was the operator of a franchised associate store of Canadian Tire Corporation Ltd. (and this store was co-managed by Neil J. Buchanan and Robert Walker Beattie). Roy Vincent Pettipas was a welder by trade. On the night of the fire, he had been welding some tire storage racks under the general direction of Beattie in the service bay area of the associate store shortly before the fire broke out. Blair Douglas MacMurtery was an employee of Buchanan Ltd. who was assisting Pettipas in the welding operation.

considérerait apparemment comme un principe établi de la responsabilité de l'employé, le juge a limité son enquête à la question de savoir si l'employé qui est également propriétaire de l'entreprise constituée en personne morale devrait être traité différemment de l'employé ordinaire. Étant donné qu'il a conclu que celui-ci ne devrait pas être traité différemment, le juge a tenu responsable le demandeur à titre individuel. L'arrêt *Sealand* a été remis en question à la lumière de l'arrêt *Rafuse*; comme je l'ai déjà mentionné, dans ce dernier arrêt, la cour n'a pas expressément examiné la question des délits commis par des employés.

Il me reste à examiner les deux affaires mettant en cause des employés, qui ont été tranchées par notre Cour et qui ont été citées par l'appelante.

Dans la première affaire, *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, inf. (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.), une partie importante du centre commercial Greenwood Shopping Plaza avait été détruite à la suite d'un incendie qui avait pris naissance peu de temps après que certains travaux de soudage eurent été effectués dans l'immeuble abritant les stalles de travail du magasin associé Canadian Tire situé dans le centre commercial. J'ai préparé le résumé suivant des faits pertinents à l'aide du jugement rendu par le juge Hart à l'égard d'un appel connexe (1979), 31 N.S.R. (2d) 135, conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.).

Le centre commercial Greenwood Shopping Plaza appartenait à Greenwood Shopping Plaza Ltd. (ci-après «Greenwood»). Neil J. Buchanan Ltd. (ci-après «Buchanan Ltd.») exploitait un magasin associé franchisé de Canadian Tire Corporation Ltd. (lequel magasin était géré en commun par Neil J. Buchanan et par Robert Walker Beattie). Roy Vincent Pettipas était soudeur de métier. La nuit où l'incendie s'est produit, il avait soudé certains râteliers pour pneus sous la direction générale de Beattie dans le secteur des stalles de travail du magasin associé peu de temps avant que l'incendie ne se déclare. Blair Douglas MacMurtery était un employé de Buchanan Ltd. qui aidait Pettipas à effectuer les travaux de soudage.

Several of the tenants of the shopping centre whose premises were destroyed by the fire, namely, Eatons, Simpsons-Sears, Metropolitan Stores, Greenwood Pharmacy and Wade's Groceteria, were the initial plaintiffs. They brought action against Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas and MacMurtery for the damages they suffered as a result of the fire, claiming negligence by the defendants, their servants and agents. The defendants denied liability and joined Greenwood as a third party claiming that the fire was caused by Greenwood, its servants, agents and contractors as a result of the negligent installation and maintenance of the electrical system provided to the premises leased by Buchanan Ltd. from Greenwood.

Greenwood then brought action against Neil J. Buchanan, Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas and MacMurtery claiming that the defendants caused the fire by negligence and seeking damages for the loss of the shopping centre buildings and rentals during the period of reconstruction. The defendants denied liability and claimed indemnity against any liability incurred as a result of the fire, since they alleged that the fire was caused by faulty electrical installations by Greenwood. They also pointed to clauses 14 and 15 of their lease with Greenwood which required the owner to insure the buildings against fire without right of subrogation, and claimed that Greenwood's actions were therefore barred.

The issue of whether the employees owed a duty of care was not considered by this Court and I do not consider that the decision of this Court is authority with respect to the duty of care question. Leave was granted on the narrow issue of whether the employees who were not parties to the lease and insuring agreement in clauses 14 and 15 of the lease, could claim the benefit of those provisions; see *Greenwood, supra*, at pp. 235-36. The branch of the *Greenwood* case that involved the question of the duty of care never reached this Court. In fact, none of the courts hearing the *Greenwood*

Plusieurs des locataires du centre commercial dont les locaux avaient été détruits par l'incendie, soit Eatons, Simpsons-Sears, les magasins Metropolitan, la pharmacie Greenwood et l'épicerie Wade, étaient les demandeurs initiaux. Ils ont intenté une action contre Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas et MacMurtery pour les dommages qu'ils avaient subis par suite de l'incendie, en alléguant la négligence des défendeurs, ainsi que de leurs préposés et mandataires. Les défendeurs ont nié leur responsabilité et ont mis en cause Greenwood en alléguant que l'incendie était attribuable à Greenwood, ainsi qu'à ses préposés, mandataires et entrepreneurs, en raison de l'installation et de l'entretien négligents du système électrique des locaux que Greenwood avait loués à Buchanan Ltd.

Greenwood a ensuite intenté une action contre Neil J. Buchanan, Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas et MacMurtery, en alléguant que les défendeurs avaient causé l'incendie par négligence, et a demandé des dommages-intérêts pour la perte des immeubles du centre commercial et des loyers pendant la durée des travaux de réfection. Les défendeurs ont nié leur responsabilité et ont allégué être exemptés de toute responsabilité découlant de l'incendie, pour le motif que celui-ci était attribuable aux installations électriques défectueuses de Greenwood. Ils ont également signalé les clauses 14 et 15 du bail conclu avec Greenwood, qui obligeait le propriétaire à assurer les immeubles contre l'incendie sans droit de subrogation, et ils ont allégué que les actions intentées par Greenwood étaient donc irrecevables.

La question de savoir si les employés avaient une obligation de diligence n'a pas été examinée par notre Cour et, à mon avis, la décision qu'elle a rendue ne fait pas autorité en ce qui concerne la question de l'obligation de diligence. L'autorisation a été accordée à l'égard de la question stricte de savoir si les employés, qui n'étaient pas parties au bail et à l'entente concernant l'assurance qui figurait aux clauses 14 et 15 du bail, pouvaient se prévaloir de ces dispositions; voir *Greenwood*, précité, aux pp. 235 et 236. Notre Cour n'a jamais été saisie du volet de l'affaire *Greenwood* mettant en

case found, simultaneously, that the employees owed a duty and that they were liable.

The initial plaintiffs, who were tenants of the shopping plaza, had not entered into a course of dealing with Buchanan Ltd. Accordingly, unlike Greenwood, they could be assimilated to "classic", or "non-contractual", plaintiffs. Finding the employees liable towards such plaintiffs is defensible on policy grounds, as I noted above. The employees in *Greenwood* did not claim an indemnity from their employer, nor did they bring a claim in negligence against their employer with respect to its failure to contract adequately to protect them from ultimate liability. Accordingly, the Court did not have occasion to consider the issues raised in *Lister*.

It should be underlined that Greenwood, the sole plaintiff that did have a contractual link (the lease) with Buchanan Ltd., was prevented from recovering against the employees in both the trial court and the Court of Appeal by the application of the lease term to protect the employees. Accordingly, the issue of the duty of care to a co-contractant of the employer did not need to be squarely faced by those courts since recovery was in any case not allowed on a contractual analysis. It was only in this Court, by which time the duty of care question was no longer at issue, that the lower courts were considered to have erred on the application of the clause.

This analysis is reinforced by the cursory examination of the issue of an employee's duty of care in both the trial court (31 N.S.R. (2d) 1), and the Court of Appeal (31 N.S.R. (2d) 135). In both sets of reasons, consideration of the employee's situation occurs after the company's liability has been established. Thus, in the Court of Appeal, the passage immediately preceding the consideration of

cause la question de l'obligation de diligence. En fait, aucun des tribunaux qui ont entendu l'affaire *Greenwood* n'a conclu, en même temps, que les employés avaient une obligation et qu'ils étaient responsables.

Les demandeurs initiaux, qui étaient locataires du centre commercial, n'avaient pas traité avec Buchanan Ltd. Par conséquent, contrairement à Greenwood, ils pouvaient être assimilés à des demandeurs «classiques» ou «non contractuels». Comme je l'ai déjà souligné, conclure à la responsabilité des employés envers pareils demandeurs est justifiable pour des raisons de principe. Dans *Greenwood*, les employés n'ont pas réclamé d'indemnité à leur employeur et ils n'ont pas présenté de réclamation fondée sur la négligence contre l'employeur relativement à son omission de les protéger adéquatement, par contrat, contre toute responsabilité ultime. Par conséquent, la Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner les questions soulevées dans l'arrêt *Lister*.

Il y a lieu de souligner que Greenwood, le seul demandeur qui avait un lien contractuel (le bail) avec Buchanan Ltd., n'a pas pu, ni en première instance ni en appel, se faire indemniser par les employés en raison de l'application de la condition du bail en vue de protéger les employés. Par conséquent, la question de l'obligation de diligence envers un cocontractant de l'employeur n'avait pas à être directement examinée par ces tribunaux puisque de toute façon l'indemnisation n'était pas permise selon une analyse contractuelle. Ce n'est qu'en notre Cour qu'on a considéré que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur au sujet de l'application de la clause, mais la question de l'obligation de diligence n'était plus alors en litige.

Cette analyse est renforcée par l'examen superficiel de la question de l'obligation de diligence de l'employé, auquel on a procédé tant en première instance (31 N.S.R. (2d) 1) qu'en appel (31 N.S.R. (2d) 135). Dans les deux séries de motifs, on examine la situation de l'employé après que la responsabilité de la compagnie a été établie. Ainsi, en Cour d'appel, le passage qui précède immédiate-

whether the employees were negligent reads as follows, at p. 159:

In my opinion the trial judge did not err in reaching the conclusion that the fire was caused by the escape of effluent from the welding operation and that Buchanan Limited was liable for the damages resulting from the fire by virtue of the negligence of its employees.

It is not clear from the reasons of the Court of Appeal whether the duty of care issue was even argued. The second and third grounds of appeal were to the effect that the trial judge had erred in finding that the two employees were "guilty of negligence" and the main thrust of the argument, in so far as it is possible to determine from the very brief reasons, appears to have been related to either the standard of care or to whether the employee occupied a position of responsibility with respect to the carrying out of the welding operations (at p. 159). The critical question of whether even an admittedly negligent employee with undeniable responsibility for carrying out a particular operation should bear personal liability for damage is not clearly addressed.

The trial judge (at p. 40) found that two of the three employees involved were liable, after having determined that the employer was liable. As I noted, he applied the contractual clause to the employees, thereby precluding liability. Given this solution, it was not necessary for the judge to consider any of the policy factors bearing on the question of employee liability and I can only assume they were not drawn to his attention.

As a result of the peculiar structure of the *Greenwood* case, I do not find it to be strong authority on the issue of an employee's duty of care. In any case, in my view, it can be distinguished from the present case. It involved an intrinsically dangerous activity. As a result, the

ment l'examen de la question de savoir si les employés ont été négligents est ainsi rédigé, à la p. 159:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que l'incendie était attribuable au fait qu'un effluent s'était échappé pendant les travaux de soudage et que Buchanan Limited était responsable des dommages résultant de l'incendie en raison de la négligence dont ses employés avaient fait preuve.

Les motifs de la Cour d'appel n'indiquent pas clairement si la question de l'obligation de diligence a même été débattue. Les deuxième et troisième moyens d'appel étaient que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les deux employés étaient [TRADUCTION] «coupables de négligence» et l'objet principal de l'argument, dans la mesure où il est possible de le déterminer à partir des motifs très brefs qui ont été prononcés, semble avoir été lié à la norme de diligence ou à la question de savoir si l'employé occupait un poste de responsabilité dans l'exécution des travaux de soudage (à la p. 159). On n'aborde pas clairement la question cruciale de savoir si même un employé qui, de l'aveu général, a agi négligemment et qui était indéniablement chargé d'exécuter une tâche particulière devrait assumer une responsabilité personnelle à l'égard du dommage causé.

Après avoir conclu à la responsabilité de l'employeur, le juge de première instance (à la p. 40) a conclu que deux des trois employés en cause étaient responsables. Comme je l'ai fait remarquer, il a appliqué la clause contractuelle aux employés, de sorte que ceux-ci n'assumaient aucune responsabilité. Puisqu'il était arrivé à cette solution, le juge n'avait pas à tenir compte de l'un quelconque des facteurs de principe concernant la question de la responsabilité de l'employé et je ne puis que présumer qu'on n'a pas attiré son attention sur ces facteurs.

À cause de sa structure particulière, l'arrêt *Greenwood* ne fait pas fortement autorité, à mon avis, en ce qui concerne la question de l'obligation de diligence de l'employé. Quoiqu'il en soit, j'estime qu'il peut être distingué de la présente affaire. Il y était question d'une activité dangereuse en soi.

case raised serious concerns about the safety of the plaintiffs and the general public, concerns that are largely absent from the present case. Those concerns arguably justified a special duty on employees to all plaintiffs, with an indemnity regime as a corrective. In the case at bar, safety concerns are in my view sufficiently looked after through the imposition of liability on the employer, through the employer's power to discipline and dismiss, through the operation of statutory schemes of occupational health and safety and through the employee's self-interest in his personal safety. The imposition of liability cannot be justified here by concern over safety.

In *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413, the plaintiff brought an action for damages against the defendant tug boat master, alleging that he was negligent in his performance of a contract whereby his employer had agreed to transport the plaintiff's goods by water from Vancouver to Port McNeill, B.C. The scows in which the goods were carried sank at their mooring at Port McNeill booming ground with the result that the plaintiff's goods were lost or damaged. The trial judge dismissed the action. He took the view that when the contract for carrying is between the carrier and the owner of the goods, the master employed by the carrier is not liable to the owner of the goods for the negligent carrying as he is under no duty of care to the owner of the goods. The plaintiff appealed to this Court. The appeal was dismissed.

Admittedly, this Court did not adopt the trial judge's reasons. Rather, it found another route to deny the tug boat master's liability. Although it found that liability theoretically existed under *Donoghue*, the majority apparently applied a stricter than usual causality test, requiring that the plaintiff prove that the tug boat master's negli-

Par conséquent, il se posait des questions sérieuses au sujet de la sécurité des demandeurs et du grand public, des questions qui pour la plupart ne se posent pas en l'espèce. On peut soutenir que ces questions justifieraient une obligation spéciale de la part des employés envers tous les demandeurs, jointe à un régime d'indemnisation à titre de mesure corrective. En l'espèce, les questions de sécurité sont, à mon avis, suffisamment réglées par l'imposition d'une responsabilité à l'employeur, par le pouvoir que possède ce dernier en matière de mesures disciplinaires et de congédiement, par la mise en œuvre de programmes légaux de sécurité et de santé au travail et par l'intérêt que l'employé a à garantir sa sécurité personnelle. En l'espèce, la question de la sécurité ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité.

Dans *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413, la demanderesse avait intenté une action en dommages-intérêts contre le capitaine d'un remorqueur, en alléguant que ce dernier avait fait preuve de négligence dans l'exécution d'un contrat aux termes duquel son employeur s'était engagé à transporter par eau les marchandises de la demanderesse de Vancouver à Port McNeill (C.-B.). Les chalands à bord desquels les marchandises étaient transportées ont coulé à leur lieu d'amarrage au bassin des estacades de Port McNeill, de sorte que les marchandises de la demanderesse ont été perdues ou endommagées. Le juge de première instance a rejeté l'action. Il s'est dit d'avis que lorsque le contrat de transport intervient entre le transporteur et le propriétaire des marchandises, le capitaine employé par le transporteur n'est pas responsable, envers le propriétaire, de la négligence dans le transport car il n'a aucune obligation de diligence envers celui-ci. La demanderesse s'est pourvue devant notre Cour. Le pourvoi a été rejeté.

Certes, notre Cour n'a pas fait siens les motifs du juge de première instance. Elle a plutôt emprunté une autre voie pour nier la responsabilité du capitaine du remorqueur. Même si elle a conclu qu'il y avait théoriquement responsabilité en vertu de l'arrêt *Donoghue*, la Cour à la majorité a apparemment appliqué un critère de causalité plus strict

gence was a "probable cause" of the loss, and held that the plaintiff had not discharged this burden.

Cominco predates *Anns* and the adoption of *Anns* by this Court in *Kamloops*. It has been followed only once in over twenty years; the case in question did not even involve the question of employee liability; see *Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424 (B.C.S.C.). Today suit is rarely taken against the master or crew because they are amply protected by modern Himalaya clauses; see Tetley, *Marine Cargo Claims* (3rd ed. 1988), at p. 261. Policy considerations, which are now an explicit part of the tort analysis, were not considered in *Cominco* with respect to the question of the tug boat master's duty of care; the duty of care is founded purely on *Donoghue* foreseeability. Like some other cases that predate *Anns* (see Wilson J.'s reference to *Rivtow* in *Kamloops*, at pp. 32-33), it may well be that *Cominco* will need to be reconsidered by a full panel of this Court.

In any case, I do not find the case to be controlling here. For one thing, the case did not involve the vicarious liability regime. The owner of the tug boat was in no way concerned by the litigation, apparently as a result of an "arrangement" between the plaintiff and that company; see *Cominco*, *supra*, at p. 416. As Ritchie J. noted, if the action had been brought against the employer, other considerations might have applied (at p. 430).

I would limit the application of the *Cominco* case to the context of maritime cases. Maritime law has long provided that a ship master is a very special type of employee, with a far wider range of

que d'habitude, en exigeant que la demanderesse prouve que la négligence du capitaine du remorqueur était une «cause probable» de la perte, et elle a jugé que la demanderesse ne s'était pas acquittée de cette obligation.

L'arrêt *Cominco* a été rendu avant l'arrêt *Anns* et l'adoption de ce dernier arrêt par notre Cour dans *Kamloops*. Il n'a été suivi qu'une fois en une vingtaine d'années; l'affaire en question ne portait même pas sur la question de la responsabilité de l'employé; voir *Great West Steel Industries Ltd. c. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424 (C.S.C.-B.). De nos jours, il est rare que des poursuites soient engagées contre le capitaine ou l'équipage parce qu'ils sont amplement protégés par les clauses Himalaya contemporaines; voir Tetley, *Marine Cargo Claims* (3^e éd. 1988), à la p. 261. Dans *Cominco*, la cour n'a pas tenu compte des considérations de principe, qui font maintenant expressément partie de l'analyse délictuelle, lorsqu'elle a examiné la question de l'obligation de diligence du capitaine du remorqueur; l'obligation de diligence est simplement fondée sur le critère de prévisibilité énoncé dans l'arrêt *Donoghue*. Comme certains autres arrêts antérieurs à l'arrêt *Anns* (voir la mention de *Rivtow* que le juge Wilson fait dans *Kamloops*, aux pp. 32 et 33), il se peut bien que l'arrêt *Cominco* doive être réexaminé par notre Cour siégeant au complet.

Quoi qu'il en soit, je n'estime pas cet arrêt déterminant en l'espèce. D'une part, il n'y était pas question du régime de responsabilité du fait d'autrui. Le propriétaire du remorqueur n'avait rien à voir avec le litige, apparemment par suite d'une «entente» intervenue entre la demanderesse et cette société; voir *Cominco*, précité, à la p. 416. Comme le juge Ritchie l'a fait remarquer, si l'action avait été intentée contre l'employeur, d'autres facteurs auraient pu jouer (à la p. 430).

Je limiterais l'application de l'arrêt *Cominco* au contexte des affaires maritimes. Le droit maritime prévoit depuis longtemps que le capitaine d'un navire est un type d'employé fort spécial, dont

autonomy and responsibilities than the employees in this case. In earliest times, as noted by Tetley, the master was usually owner or part owner of the ship and was a proper defendant whenever cargo was lost or damaged; see Tetley, *supra*, at p. 261. As the reasons of Spence J. (dissenting on the issue of causality) make clear, ship masters are subject to specific rules, inapplicable to other employees. He stated, at p. 434:

Although the mate and the deckhand were not the defendant Bilton's employees and therefore he cannot become liable for their acts on the basis of the maxim *respondeat superior*, nevertheless, they were under his direct orders and were acting on his direct orders. I am of the opinion that the physical acts of the mate and the deckhand were as much the acts of the defendant Bilton as if he had done them himself.

Furthermore, the widespread recourse to Himalaya clauses as a matter of course means that the problem has been largely resolved in the maritime context.

In light of the specific characteristics of a ship master, I think that even if the case is considered to have some relevance outside the area of maritime law, I would assimilate a ship master to a professional employee for the purposes of employee liability. The majority judgment of Ritchie J. justified the application of *Donoghue* on the grounds that the tug boat master was "temporarily in control of the appellant's cargo"; I would interpret that language as being limited to circumstances in which the employee has a level of autonomy in his activities equal to that of a ship master. I note that even in such circumstances, Ritchie J. apparently applied a stricter than usual causality test, requiring the plaintiff to prove that the master's negligence was a "probable cause" of the loss (at p. 430). As I noted, he rejected the master's liability on causality grounds.

l'autonomie et les responsabilités sont beaucoup plus grandes que celles des employés ici en cause. Jadis, comme l'a fait remarquer Tetley, le capitaine était habituellement propriétaire, en totalité ou en partie, du navire et il convenait de le constituer défendeur, lorsque la cargaison était perdue ou endommagée; voir Tetley, *op. cit.*, à la p. 261. Comme le montrent clairement les motifs du juge Spence (qui était dissident sur la question de la causalité), les capitaines sont assujettis à des règles précises qui ne s'appliquent pas aux autres employés. Il affirme, à la p. 434:

Bien que le second et le matelot ne fussent pas les employés du défendeur Bilton et qu'en conséquence il ne puisse être tenu responsable de leurs actes en vertu de la règle *respondeat superior*, ils étaient néanmoins sous ses ordres directs et agissaient sur ses ordres directs. Je suis d'avis que les actes matériels du second et du matelot sont tout autant les actes du défendeur Bilton que s'il les avait faits lui-même.

En outre, le recours général et systématique aux clauses Himalaya signifie que le problème a largement été résolu dans le contexte maritime.

Compte tenu des caractéristiques propres aux capitaines, je crois que même si l'on considérait que cet arrêt est pertinent jusqu'à un certain point en dehors du domaine du droit maritime, j'assimilerais le capitaine à un employé professionnel aux fins de la responsabilité de l'employé. Dans le jugement qu'il a rendu au nom de la majorité, le juge Ritchie a justifié l'application de l'arrêt *Donoghue* en disant que le capitaine du remorqueur «avait temporairement la maîtrise de la cargaison»; j'interprétera ces propos comme étant limités aux cas où l'employé a autant d'autonomie que le capitaine lorsqu'il se livre à ses activités. Je remarque que, même en pareil cas, le juge Ritchie a apparemment appliqué un critère de causalité plus strict que d'habitude, en exigeant que la demanderesse prouve que la négligence du capitaine était une «cause probable» de la perte subie (à la p. 430). Comme je l'ai fait remarquer, il a rejeté la responsabilité du capitaine pour des motifs de causalité.

The Test: Reliance, Undertakings and Insurance

In my view, a requirement of specific and reasonable reliance on the defendant employees is justified in this type of case. I find it to be a necessary condition for recovery in cases of employee negligence where the law provides for the possibility of compensation through recourse to the employer and where, accordingly, the plaintiff's interest in compensation for its loss caused by the fault of another is substantially looked after. I also find it to be necessary in cases in which the defendant has no real opportunity to decline the risk.

In my view, there is no reason to limit the requirement of reasonable reliance to employee torts involving negligent misrepresentation. In the case of negligent misrepresentations, the requirement of reasonable reliance exists in part to respond to policy concerns about potentially indeterminate liability in the context of negligent words and economic loss. Here, the policy concerns are different, but a requirement of reasonable reliance is equally justified in light of my analysis of the situation of the employees in this case and the policies underlying vicarious liability. Reliance has been found to be relevant to findings of proximity by this Court in cases not involving negligent misrepresentations; see *Hofstrand, supra*.

Reliance on an ordinary employee will rarely if ever be reasonable. In most if not all situations, reliance on an employee will not be reasonable in the absence of an express or implied undertaking of responsibility by the employee to the plaintiff. Mere performance of the contract by the employee, without more, is not evidence of the existence of such an undertaking since such performance is required under the terms of the employee's contract with his employer. It may well be, as Blom argues, "Fictions and Frictions", at p. 179, that the further one moves away from a

Le critère: la confiance, les engagements et l'assurance

À mon avis, l'exigence d'une confiance précise et raisonnable dans les employés défendeurs est justifiée dans ce genre d'affaire. Je conclus que c'est une condition d'indemnisation nécessaire dans les cas de négligence de la part d'un employé, où la loi prévoit la possibilité d'obtenir une indemnité au moyen d'un recours contre l'employeur et où, par conséquent, le droit à l'indemnisation du demandeur pour la perte qu'il a subie par la faute d'autrui est en bonne partie protégé. J'estime que cela est nécessaire dans les cas où le défendeur n'a pas réellement l'occasion de refuser le risque.

J'estime qu'il n'y a aucune raison de limiter l'exigence de confiance raisonnable aux délits, commis par des employés, qui comportent une déclaration inexacte faite par négligence. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, l'exigence de confiance raisonnable existe en partie pour répondre à des questions de principe qui se posent au sujet de la responsabilité potentiellement indéterminée dans le contexte de propos négligents ou d'une perte économique. En l'espèce, les questions de principe sont différentes, mais une exigence de confiance raisonnable est également justifiée compte tenu de mon analyse de la situation des employés en l'espèce et des politiques qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. On a conclu que la confiance était un facteur pertinent dans les conclusions à l'existence d'un lien étroit tirées par notre Cour dans des affaires où il n'était pas question de déclarations inexactes faites par négligence; voir *Hofstrand*, précité.

La confiance en un employé ordinaire ne sera que rarement ou pour ainsi dire jamais raisonnable. Dans la plupart des cas, sinon dans tous les cas, la confiance en un employé ne sera pas raisonnable si ce dernier n'assume pas expressément ou implicitement de responsabilité envers le demandeur. La simple exécution du contrat par l'employé, sans plus, n'est pas une preuve qu'il a assumé pareille responsabilité étant donné que l'exécution est requise aux termes du contrat que l'employé a passé avec l'employeur. Il se peut bien que, comme Blom le soutient dans «Fictions and Fric-

wholly commercial type of case, the more scope there is for asserting reasonable reliance on something less than promises. This case, at any rate, is wholly commercial. With respect for those of a contrary opinion, I find any reliance by London Drugs on Vanwinkel and Brassart was certainly not reasonable in this case.

Iacobucci J. declines to decide whether reliance is relevant in cases like the present. However, he finds that even if it were relevant, it is necessary to distinguish between reliance on careful behaviour and reliance on the defendant's pocketbook. With respect, I do not find Iacobucci J.'s distinction between reliance on conduct and reliance on the pocketbook persuasive. The obvious truth that customers naturally hope that the employees of their co-contractant will do the job right is insufficient to constitute reasonable reliance. The very purpose of a corporation is to separate out conduct and pocketbook, to allow some to contribute capital and share in profit, and to allow others to contribute work, generally for a fixed return. Vicarious liability is a recognition of that fact. The cases cited generally by Iacobucci J. in support of the distinction, *Hedley Byrne, Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), and *Hofstrand*, deal with the issue of reliance only with respect to a defendant limited company; the issue of the separation between conduct and pocketbook, between corporation and employee, simply does not arise in those contexts.

The distinction also does not explain the decided cases. In cases involving employee torts, the conduct is clearly the employee's; nonetheless, in cases such as *Sealand*, only the company was found liable. That conclusion was based on the fact that reliance was only justified on the company. To limit the consideration of reliance to reliance on conduct would require a finding that an employee owed a duty as a precondition to company liability in tort in every case of employee torts where reliance is relevant. Far from abstaining from com-

tions», à la p. 179, moins il s'agit d'un cas de type purement commercial, plus il est possible d'invoquer une confiance raisonnable en quelque chose de moins que des promesses. Quoi qu'il en soit, il s'agit ici d'un cas purement commercial. Avec déférence pour ceux qui ne partagent pas cet avis, je conclus qu'en l'espèce il n'était certainement pas raisonnable pour London Drugs de faire confiance à Vanwinkel et à Brassart.

Le juge Iacobucci refuse de déterminer si la confiance est pertinente dans des affaires comme celle-ci. Toutefois, il conclut que même si elle était pertinente, il faudrait établir une distinction entre la confiance en la conduite diligente et la confiance en la solvabilité de la défenderesse. En toute déférence, je ne crois pas que cette distinction soit convaincante. Le fait que, de toute évidence, les clients espèrent naturellement que les employés de leur cocontractant feront du bon travail est insuffisant pour constituer une confiance raisonnable. L'objet même d'une société est de séparer conduite et solvabilité, de permettre à certains d'investir des capitaux et de partager les profits, et à d'autres de fournir leur travail, généralement pour une somme fixe. La responsabilité du fait d'autrui reconnaît ce fait. Dans les arrêts que le juge Iacobucci cite généralement à l'appui de la distinction, soit *Hedley Byrne, Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), et *Hofstrand*, on n'examine la question de la confiance qu'en ce qui concerne une société à responsabilité limitée défenderesse; la question de la distinction entre la conduite et la solvabilité, entre la société et l'employé, ne se pose simplement pas dans ces contextes.

La distinction n'explique pas non plus les décisions rendues. Dans les affaires de délit commis par un employé, la conduite est de toute évidence celle de l'employé; néanmoins, dans des arrêts comme *Sealand*, seule la société a été tenue responsable. Cette conclusion était fondée sur le fait que la confiance était uniquement justifiée à l'égard de la société. Limiter la prise en considération de la confiance à la seule confiance en la conduite aurait pour effet, dans tous les cas où la confiance est un facteur pertinent, de faire de

menting on cases such as *Sealand, Moss* and *Summitville*, Iacobucci J. adopts a distinction that, as I understand it, rejects the very basis of those decisions.

Furthermore, Iacobucci J. merely uses the conduct/pocketbook distinction to find that “reliance, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care” (at p. 407). He approves a passage in which Professor Blom rejects the approach of Hinkson J.A., in which a contractual limitation clause has the effect of eliminating proximity in tort. With respect, I agree that Hinkson J.A.’s approach is not convincing. While a limitation clause may be a factor in evaluating the expectations of the parties, it is not sufficient, in and of itself, to eliminate a duty of care. My approach, however, does not rely on the contractual clause.

Iacobucci J. rejects a “blanket rule” that would eliminate the employees’ duty of care for acts committed in the course of employment and in the course of contract performance by the employer. I do not take issue with that finding. Unlike my colleague, however, I do not consider that it suffices to justify a duty of care here. In effect, Iacobucci J. contends that the mere fact that employees are sometimes held liable suffices to justify liability in this case. With respect, I disagree. To find that employees are not always exempt from liability does not lead logically to the conclusion that they must be liable in this case.

While the respondents’ argument was indeed at times cast in broader terms than it perhaps needed to be, the intervenor contended at times for a rule limited to employees in situations characterized by “relational contracts” and a number of its arguments were addressed to employees who are pri-

l’obligation de l’employé une condition préalable à la responsabilité délictuelle de la société. Loin de s’abstenir de commenter des arrêts comme *Sealand, Moss* et *Summitville*, le juge Iacobucci adopte une distinction qui, si je comprends bien, rejette le fondement même de ces arrêts.

De plus, le juge Iacobucci se sert simplement de la distinction entre la conduite et la capacité de payer pour conclure que «la confiance, dont on peut se servir ici, touche l’existence d’une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence» (à la p. 407). Il approuve un passage dans lequel le professeur Blom rejette l’approche du juge Hinkson, selon laquelle une clause contractuelle de limitation a pour effet d’éliminer le lien étroit en matière délictuelle. En toute déférence, je suis d’accord pour dire que le point de vue du juge Hinkson n’est pas convaincant. Bien qu’une clause de limitation puisse être un facteur à considérer en évaluant les attentes des parties, elle n’est pas suffisante en soi pour éliminer une obligation de diligence. Toutefois, mon approche ne se fonde pas sur la clause contractuelle.

Le juge Iacobucci rejette une «règle générale» qui éliminerait l’obligation de diligence des employés relativement aux actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions ou dans l’exécution d’un contrat par l’employeur. Je ne conteste pas cette conclusion. Cependant, contrairement à mon collègue, je ne considère pas que cela suffit pour justifier une obligation de diligence ici. En effet, le juge Iacobucci prétend que le simple fait que des employés soient parfois tenus responsables est suffisant pour justifier la responsabilité en l’espèce. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Conclure que les employés ne sont pas toujours exonérés de la responsabilité n’amène pas logiquement à conclure qu’ils doivent être responsables dans la présente affaire.

Même s’il est vrai que l’argument des intimés a parfois été formulé de manière plus générale que ce qui était peut-être nécessaire pour résoudre ce litige, l’intervenant a parfois préconisé une règle limitée aux employés dans des situations caractérisées par des «contrats relationnels» et un certain

marily labourers and subject to a collective agreement. For example, it emphasized in its factum that this is not a case of reliance upon the specialized skills of a particular employee. In my view, to reject the respondents' blanket rule is insufficient to resolve the duty of care issue in this case.

I note first that the question of employee liability in the context of the specific facts of the *Sealand* case does not arise for decision here. *Sealand* involved the question of the liability of a principal of a one-person company. Such cases raise problems, such as the potential confusion in the mind of the plaintiff as to the identity of his or her co-contractant, which do not exist in the present case. Unlike the case here, the employee in that case may well be responsible for the taking on of the contract and for the organization of the work. As I noted, in *Constellation*, the Ontario Court of Appeal found the precise issue in *Sealand* to be "far from clear". Small companies and particularly one-person companies are increasingly available to professionals. It may be legitimate in such cases to require the principal employee to at least draw the attention of the client to the fact that he desires to take advantage of the corporate vehicle to limit his personal liability as an employee. On the other hand, it may make sense to establish the limited liability principle as a general principle and allow for individual exceptions to the rule as policy judgments in particular sorts of situations. I would thus decline to express an opinion on the *Sealand* case as one of general application to such situations.

A related issue is the status of professional employees, or alternatively, skilled employees. It raises many of the same concerns as the one-person company so a number of the considerations I outlined in the previous paragraph are relevant here. As the intervener correctly noted, this case does not raise the question of employee duties of

nombre de ses arguments visaient les employés qui sont avant tout des manœuvres assujettis à une convention collective. Par exemple, il a insisté, dans son mémoire, sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un cas de confiance dans les compétences spécialisées d'un certain employé. À mon avis, le rejet de la règle générale invoquée par les intimés est insuffisant pour régler la question de l'obligation de diligence en l'espèce.

Je remarque d'abord que la question de la responsabilité de l'employé dans le contexte des faits particuliers de l'affaire *Sealand* n'a pas à être tranchée en l'espèce. Dans *Sealand*, il était question de la responsabilité du dirigeant d'une société composée d'une seule personne. Pareilles affaires posent des problèmes, comme la confusion qui risque de régner dans l'esprit du demandeur au sujet de l'identité de son cocontractant, ce qui n'est pas ici le cas. Contrairement à la présente situation, l'employé, dans un cas comme *Sealand*, peut bien être responsable de l'exécution du contrat et de l'organisation du travail. Comme je l'ai fait remarquer, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, dans *Constellation*, que la question qui se posait précisément dans *Sealand* était «loin d'être claire». Les professionnels peuvent de plus en plus facilement constituer de petites sociétés et, en particulier, des sociétés composées d'une seule personne. Il pourrait être légitime en pareil cas d'obliger l'employé dirigeant à au moins attirer l'attention du client sur le fait qu'il désire se servir de la société pour limiter sa responsabilité personnelle à titre d'employé. Par ailleurs, il peut être sensé de faire du principe de la responsabilité limitée un principe général et de permettre qu'il y ait des exceptions individuelles à la règle, à titre de jugements de principe dans certains types de situation. Je m'abstiens donc de formuler une opinion quant à l'application générale de l'arrêt *Sealand* en pareil cas.

Une question connexe est celle du statut de l'employé professionnel, ou subsidiairement, de l'employé spécialisé. Ce point soulève un bon nombre des mêmes questions que dans le cas de la société composée d'une seule personne de sorte qu'un certain nombre des considérations que j'ai énoncées au paragraphe précédent sont ici perti-

care in the context of a unique professional relationship. In some cases, such as *British Columbia Automobile Association*, professional employees have been found personally liable; in others, such as *Moss*, they have not. Academic commentators have disagreed about the desirability of limiting any rule to nonprofessional employees; see McCamus and Maddaugh, "Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s* (1983), at p. 290; Caplan and Schein, "Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort" (1987), 8 *Advocates' Q.* 243, at p. 255. Like the specific problem raised in *Sealand*, the problem is one of great practical importance, since such employees are much more likely to have sufficient assets to make proceedings against them attractive to plaintiffs. In fact, most of the reported cases concern employees who are principals, as in *Sealand*, or professionals, as in *Moss*. The question of reliance on a particular individual in such cases may give rise to difficulties because it may be the reputation of one person that attracts work to a firm while others may end up doing the work. It is particularly important in cases involving professionals to distinguish between mere reliance in fact and reasonable reliance on the employee's pocket-book. Unlike this case, in which it clearly makes no sense to impose upon the employee an obligation to insure against property loss, such cases raise with particular acuity the question of whether in effect requiring double insurance by both the firm and the employee makes sense in that context. Ultimately, the question of the reasonableness of the plaintiff's reliance may depend essentially on the answer to that question. Such an approach would avoid difficult definitional questions concerning whether a particular employee is "skilled" or a "professional". Without the benefit of argument on that problem and others that may be raised in the context of professional or skilled employees, I do not find it necessary or appropriate to decide that issue here. I note that leave to appeal has been granted ([1992] 2 S.C.R. vi) in *Edgeworth Construction Ltd. v. N.D. Lea & Associates Ltd.*

entes. Comme l'intervenant l'a fait remarquer avec raison, cette affaire ne soulève pas la question de l'obligation de diligence de l'employé dans le contexte d'un rapport professionnel unique. Dans certaines affaires, comme *British Columbia Automobile Association*, des employés professionnels ont été tenus personnellement responsables; dans d'autres, comme *Moss*, ils ne l'ont pas été. Les commentateurs ne sont pas d'accord au sujet de l'opportunité de limiter toute règle aux employés non professionnels; voir McCamus and Maddaugh, «Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s* (1983), à la p. 290; Caplan et Schein, «Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort» (1987), 8 *Advocates' Q.* 243, à la p. 255. Comme le problème particulier qui s'est posé dans *Sealand*, il s'agit d'un problème qui a une grande importance pratique car ces employés sont beaucoup plus susceptibles d'avoir suffisamment d'actif pour rendre les procédures contre eux attrayantes pour des demandeurs. En fait, la plupart des arrêts publiés concernent des employés qui étaient des dirigeants, comme dans *Sealand*, ou des professionnels, comme dans *Moss*. La question de la confiance en une personne particulière en pareil cas peut susciter des difficultés parce qu'il se peut que ce soit la réputation d'une personne qui procure du travail à un cabinet alors que ce sont d'autres personnes qui font effectivement le travail. Lorsqu'un professionnel est en cause, il est particulièrement important de faire une distinction entre la confiance subjective et la confiance raisonnable en la solvabilité de l'employé. Contrairement à la présente affaire où il est clairement insensé d'imposer à l'employé l'obligation de s'assurer contre la perte d'un bien, de tels cas soulèvent avec une acuité particulière la question de savoir si, en fait, il est logique dans ce contexte d'exiger une double assurance de la part du cabinet et de l'employé. En fin de compte, il se peut que la question du caractère raisonnable de la confiance du demandeur dépende essentiellement de la réponse à cette question. Pareille méthode permettrait d'éviter des problèmes difficiles de définition liés à la question de savoir si un employé particulier est un employé «spécialisé» ou un «profession-

(1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.), where these issues may well arise.

Subject to consideration by this Court of the arguments put forward by Fleming and others with respect to employee liability generally under the vicarious liability regime, the employee also remains liable to the plaintiff for his independent torts. The employer may also be vicariously liable for some independent torts in accordance with the general rules for establishing the employer's liability. The term "independent tort" has been used with different meanings in different contexts. I should make clear that by independent tort in this context I mean a tort that is unrelated to the performance of the contract. It is not necessary in this case to consider the question of the definition of independent tort at length, since the tort in question was obviously not unrelated to the performance of the contract between London Drugs and KNI. Furthermore, since it is very likely that the only time a plaintiff will need to allege an independent tort is when the company is unable to satisfy a judgment, it can be expected that the issue will not arise with great frequency. The following remarks may, however, help guide the application of this concept.

It is first of all necessary to distinguish the use of the term independent tort here from other meanings that have been given to the term. The term has also been used in the context of the development of concurrent liability to refer to a tort that exists in the context of a contractual relationship between two parties; see *Rafuse, supra*, at p. 205. If I agree by contract to wash a motorcar and also agree that I will be liable for any damage to the car while it is in my possession, the car owner has a claim in contract for such damage however caused. He also

nel». Puisqu'on n'a pas débattu ce problème et d'autres questions qui peuvent se poser dans le cas des employés professionnels ou spécialisés, je n'estime pas nécessaire ou opportun de trancher ici cette question. Je remarque que l'autorisation de pourvoi a été accordée ([1992], 2 R.C.S. vi) dans *Edgeworth Construction Ltd. c. N.D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.) où ces questions pourront bien se poser.

Sous réserve de l'examen par notre Cour des arguments avancés par Fleming et par d'autres au sujet de la responsabilité qui incombe généralement à l'employé sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui, l'employé demeure également responsable envers le demandeur des délits indépendants qu'il a commis. L'employeur peut également être assujéti à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard de certains délits indépendants, conformément aux règles générales qui s'appliquent pour établir sa responsabilité. L'expression «délit indépendant» a été employée dans différents sens selon le contexte. Je tiens à préciser que par «délit indépendant» dans ce contexte, j'entends un délit qui n'est pas lié à l'exécution du contrat. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner à fond la question de savoir ce qu'est un délit indépendant, étant donné que le délit en question ici était de toute évidence lié à l'exécution du contrat intervenu entre London Drugs et KNI. En outre, puisque le demandeur aura fort probablement à alléguer un délit indépendant uniquement dans le cas où la société ne sera pas en mesure d'exécuter un jugement, on peut s'attendre à ce que la question ne se pose pas souvent. Toutefois, les remarques qui suivent peuvent aider à appliquer cette notion.

Il faut tout d'abord faire une distinction entre le sens dans lequel l'expression «délit indépendant» est utilisée en l'espèce et les autres sens qui lui ont été donnés. Cette dernière a également été employée dans le contexte du développement de la notion de responsabilité concomitante pour désigner un délit commis dans le cadre d'un contrat entre deux parties; voir *Rafuse*, précité, à la p. 205. Si je m'engage par contrat à laver une automobile et si je conviens également d'être responsable de tout dommage causé à la voiture pendant qu'elle

has an “independent” claim in tort in the sense referred to in *Rafuse*: if the damage results from my not taking reasonable care (in this case, a different standard than the contractual standard agreed to, although that is not a necessary condition for tort liability), he can claim in tort. In this sense, characterizing a tort as an “independent tort” is simply an affirmation that the mere existence of a contract does not preclude tort liability; it also refers to the fact that the tort action must rely on a duty of care in tort and not, for example, on a higher standard of care created by a particular contract.

The car owner’s claim in tort in this car example would not be, however, independent in the sense set forth in *Sealand* or in the sense I am referring to here. In cases of employee torts, as I stated, an independent tort is one that is unrelated to the performance of the contract. What the independent tort requirement recognizes in the context of employee torts is that the risks assumed by the plaintiff as a result of contracting with a limited liability company need not extend to the whole range of negligent acts or omissions of the employee. A plaintiff may be considered to have assumed one risk and not another; see Fleming, at p. 273. The independent tort test recognizes the limits of the plaintiff’s voluntary assumption of risk by recognizing that the employee’s tortious behaviour must be linked to the contract.

The existence of limits to the plaintiff’s voluntary assumption of risk also applies to the nature of the employee’s conduct. Where the employee is guilty of serious and wilful misconduct (such as an

est en ma possession, le propriétaire de la voiture a une cause d’action fondée sur la responsabilité contractuelle en cas de dommage, et ce, quelle que soit la façon dont celui-ci a été causé. Il a également une cause d’action «indépendante» fondée sur la responsabilité délictuelle au sens de l’arrêt *Rafuse*: si le dommage résulte du fait que je n’ai pas fait preuve de diligence raisonnable (une norme différente, en l’espèce, de la norme contractuelle convenue, bien qu’il ne s’agisse pas d’une condition nécessaire pour qu’il y ait responsabilité délictuelle), le propriétaire peut présenter une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. En ce sens, qualifier un délit de «délit indépendant» revient simplement à affirmer que la seule existence d’un contrat n’empêche pas la responsabilité délictuelle; cela se rapporte également au fait que l’action délictuelle doit être fondée sur une obligation de diligence découlant de la responsabilité délictuelle et non, par exemple, sur une norme plus stricte de diligence créée par un contrat particulier.

Dans cet exemple, la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle présentée par le propriétaire de la voiture ne serait toutefois pas indépendante au sens de l’arrêt *Sealand* ou au sens où je l’entends ici. Comme je l’ai dit, dans les affaires de délits commis par des employés, le délit indépendant est celui qui n’est pas lié à l’exécution du contrat. L’exigence d’un délit indépendant, dans le contexte d’un délit commis par un employé, a pour effet de reconnaître que les risques assumés par le demandeur par suite de la passation d’un contrat avec une société à responsabilité limitée ne s’étendent pas forcément à toute la gamme des actes ou omissions négligents de l’employé. On peut considérer que le demandeur a assumé un risque particulier et non un autre; voir Fleming, à la p. 273. Le critère du délit indépendant reconnaît les limites de l’acceptation volontaire d’un risque par le demandeur en reconnaissant que la conduite délictuelle de l’employé doit être liée au contrat.

L’existence de limites à l’acceptation volontaire d’un risque par le demandeur s’applique également à la nature de la conduite de l’employé. Lorsque l’employé est coupable d’une inconduite sérieuse

intentional tort or gross negligence), liability is justified on policy grounds. The plaintiff cannot be held to have voluntarily accepted the risk of such behaviour by employees by virtue of contracting with a limited liability company. Although the plaintiff's interest in compensation and the employer's residual ability to deter even intentional torts may justify imposing liability on the employer under the vicarious liability regime for some torts of this nature, there is no reason to excuse the employee. The employer is not better situated than the employee to deter intentional torts. It is not fair to attribute losses caused by an employee's intentional tort to the employer merely because he employs the employee to advance his own interest. There is no reason to distribute losses that occur as a result of intentional torts; on the contrary, the loss should be concentrated as much as possible on the guilty party.

Where the employee is guilty of only ordinary negligence, however, the courts should not strain to apply a highly technical definition to the limits of the notion of performance of the contract. The test of tort liability being "unrelated to the contract" should be applied with due regard to the policy concerns involved in the operation of the vicarious liability regime.

The plaintiff's voluntary assumption of risk may also be circumscribed with respect to the type of interest at stake. This Court has rejected rigid analysis based on the nature of the injury suffered by the plaintiff. Obviously, however, the type of injury incurred is of the first importance. Where the plaintiff's interest is more compelling than the one put forward in the present case, it may be appropriate to find that a duty does exist under the second branch of *Ann's*. In cases of personal injury, for example, the mere fact of contracting with a limited liability company may not be construed as an acceptance of risk of personal injury being satisfied by the company only. Of course, if the plain-

et délibérée (comme un délit intentionnel ou une négligence grave), la responsabilité est justifiée pour des motifs de principe. On ne saurait considérer que le demandeur a volontairement accepté le risque que des employés se conduisent ainsi du fait qu'un contrat a été passé avec une société à responsabilité limitée. L'intérêt du demandeur à être indemnisé et la capacité résiduelle de l'employeur de décourager même les délits intentionnels peuvent justifier l'imposition d'une responsabilité à l'employeur, selon le régime de la responsabilité du fait d'autrui, à l'égard de certains délits de cette nature, mais il n'existe aucune raison d'excuser l'employé. L'employeur n'est pas mieux placé que l'employé pour décourager les délits intentionnels. Il n'est pas juste d'attribuer à l'employeur les pertes résultant d'un délit intentionnel de l'employé simplement parce que l'employeur embauche l'employé pour promouvoir ses propres intérêts. Il n'y a aucune raison de répartir les pertes découlant de délits intentionnels; au contraire, la perte devrait être assumée autant que possible par la partie coupable.

Toutefois, lorsque l'employé est coupable d'une négligence ordinaire seulement, les tribunaux ne devraient pas s'efforcer d'appliquer une définition très technique aux limites de la notion d'exécution du contrat. Le critère de la responsabilité délictuelle, qui n'est «n'est pas lié au contrat», devrait s'appliquer en tenant compte dûment des questions de principe en cause dans l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui.

L'acceptation volontaire d'un risque par le demandeur peut également être limitée selon le type d'intérêt en cause. Notre Cour a rejeté une analyse rigoureuse fondée sur la nature du préjudice subi par le demandeur. Toutefois, il est évident, que le type de préjudice subi a une importance primordiale. Lorsque l'intérêt du demandeur est plus impérieux que celui invoqué en l'espèce, il peut être opportun de conclure qu'une obligation existe selon le second volet du critère de l'arrêt *Ann's*. Dans les affaires de lésion corporelle, par exemple, le simple fait de passer un contrat avec une société à responsabilité limitée peut ne pas être interprété comme une acceptation de la responsabi-

tiff accepts a limitation of liability-against the company, a suit against an employee will not be allowed as a method of circumventing that limitation; if the limitation is unconscionable, it should be struck down on that ground rather than avoided through use of the doctrine of privity; see Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 213. Where there is no such express limitation clause, however, the employee would likely be liable to the plaintiff. As I noted earlier, there are strong arguments that as between the employee and the employer, the latter should bear sole responsibility in such a case through the operation of an indemnity regime; however, the plaintiff's claim to compensation and the safety concerns would obviously be paramount in such a context and the employee would, it seems to me, very likely be under a duty of care.

An independent tort may fall within or outside the range of the employer's liability under the vicarious liability regime. An employee's tort may be independent of the performance of the plaintiff's contract, while still occurring in the course of the employee's duty as interpreted in the cases. Such an act would therefore attract the operation of the vicarious liability regime. Alternatively, if the employee injures the plaintiff while driving on the weekend to his or her cottage, the tort is both independent and would not attract the operation of the vicarious liability regime, since it occurred outside the scope of the employee's course of employment.

It may be helpful to set out an appropriate approach to cases of this kind. The first question to be resolved is whether the tort alleged against the employee is an independent tort or a tort related to a contract between the employer and the plaintiff. In answering this question, it is legitimate to consider the scope of the contract, the nature of the employee's conduct and the nature of the plaintiff's interest. If the alleged tort is independent, the employee is liable to the plaintiff if the elements of

lité unique de la société. Bien sûr, si le demandeur accepte que la société limite sa responsabilité, il ne lui sera pas permis d'engager des poursuites contre un employé afin de contourner cette limitation; si la limitation est inique, il y a lieu de l'annuler pour ce motif plutôt que de la contourner au moyen du principe du lien contractuel; voir Waddams, *The Law of Contracts* (2^e éd. 1984), à la p. 213. Toutefois, en l'absence de pareille clause expresse de limitation, l'employé serait probablement responsable envers le demandeur. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il existe de solides arguments selon lesquels, en ce qui concerne l'employé et l'employeur, ce dernier devrait être le seul à assumer une responsabilité en pareil cas, et ce, au moyen de l'application d'un régime d'indemnisation. Cependant, la demande d'indemnisation du demandeur et les questions de sécurité sont de toute évidence d'une suprême importance dans un tel contexte et il me semble que l'employé serait fort probablement assujéti à une obligation de diligence.

Un délit indépendant peut entraîner ou non la responsabilité de l'employeur sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. Le délit commis par l'employé peut être indépendant de l'exécution du contrat du demandeur, tout en étant commis dans l'exercice des fonctions de l'employé au sens où l'entend la jurisprudence. Pareil acte entraînerait donc l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui. Subsidiairement, si l'employé blesse le demandeur pendant qu'il se rend en voiture à son chalet au cours de la fin de semaine, il s'agira d'un délit indépendant n'entraînant pas l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui, puisqu'il a été commis en dehors de l'exercice des fonctions de l'employé.

Il peut être utile d'énoncer la méthode à suivre dans les cas de ce genre. La première question à régler est celle de savoir si le délit qu'on impute à l'employé est un délit indépendant ou un délit lié à un contrat intervenu entre l'employeur et le demandeur. En répondant à cette question, il est légitime de tenir compte de la portée du contrat, de la nature de la conduite de l'employé et de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans le cas d'un délit indépendant, l'employé est responsable

the tort action are proved. The liability of the company to the plaintiff is determined under the ordinary rules applicable to cases of vicarious liability. If the tort is related to the contract, the next question to be resolved is whether any reliance by the plaintiff on the employee was reasonable. The question here is whether the plaintiff reasonably relied on the eventual legal responsibility of the defendants under the circumstances.

In this case, as I noted, the tort was related to the contract and any reliance by the plaintiff on Vanwinkel and Brassart was not reasonable.

Disposition

I would dismiss the appeal, allow the cross-appeal and dismiss the action against the employees, with costs throughout.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal and cross-appeal raise two principal issues: (1) the duty of care owed by employees to their employer's customers, and (2) the extent to which employees can claim the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause.

I. Facts

The facts are not complicated. On August 31, 1981, London Drugs Limited (hereinafter "appellant") delivered a transformer weighing some 7,500 pounds to Kuehne and Nagel International Ltd. (hereinafter "Kuehne & Nagel") for storage pursuant to the terms and conditions of a standard form contract of storage. The transformer had been purchased from its manufacturer, Federal Pioneer Limited, and was to be installed in the new warehouse facility being built by the appellant. The contract of storage included the following limitation of liability clause:

envers le demandeur si les éléments de l'action délictuelle sont établis. La responsabilité de la société envers la demanderesse est déterminée selon les règles ordinaires qui s'appliquent aux affaires de responsabilité du fait d'autrui. Dans le cas d'un délit lié à un contrat, il faut se demander s'il était raisonnable pour le demandeur de faire confiance à l'employé. Ici, il s'agit de savoir si, dans les circonstances, la demanderesse a compté raisonnablement sur la responsabilité éventuelle des défendeurs sur le plan juridique.

En l'espèce, comme je l'ai fait remarquer, le délit était lié au contrat et il n'était pas raisonnable pour la demanderesse de se fier à Vanwinkel et à Brassart.

Dispositif

Je rejeterais le pourvoi, j'accueillerais le pourvoi incident et je rejeterais l'action contre les employés, avec dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Les présents pourvoi principal et pourvoi incident portent essentiellement sur deux questions, soit 1) l'obligation de diligence qu'a l'employé envers la clientèle de son employeur et 2) la mesure dans laquelle l'employé peut invoquer la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de son employeur.

I. Les faits

Les faits sont simples. Le 31 août 1981, London Drugs Limited (ci-après l'«appelante») a livré à Kuehne and Nagel International Ltd. (ci-après «Kuehne & Nagel») un transformateur pesant quelque 7 500 livres qui devait être entreposé conformément aux modalités d'un contrat type d'entreposage. Acquis auprès de son fabricant, Federal Pioneer Limited, le transformateur devait être installé dans le nouvel entrepôt que l'appelante était en train de construire. Le contrat d'entreposage comportait la clause suivante de limitation de la responsabilité:

LIABILITY - Sec. 11(a) The responsibility of a warehouseman in the absence of written provisions is the reasonable care and diligence required by the law.

(b) The warehouseman's liability on any one package is limited to \$40 unless the holder has declared in writing a valuation in excess of \$40 and paid the additional charge specified to cover warehouse liability.

With full knowledge and understanding of this clause, the appellant chose not to obtain additional insurance from Kuehne & Nagel and instead arranged for its own all-risk coverage. At the time of entering into the contract, the appellant knew, or can be assumed to have known, that Kuehne & Nagel's employees would be responsible for moving and upkeeping the transformer.

On September 22, 1981, Dennis Gerrard Brassart and Hank Vanwinkel (hereinafter "respondents"), both employees of Kuehne & Nagel, received orders to load the transformer onto a truck which would deliver it to the appellant's new warehouse. The respondents attempted to move the transformer by lifting it with two forklift vehicles when safe practice required it to be lifted from above using brackets which were attached to the transformer and which were clearly marked for that purpose. While being lifted, the transformer toppled over and fell causing damages in the amount of \$33,955.41.

Alleging breach of contract and negligence, the appellant brought an action for damages against Kuehne & Nagel, Federal Pioneer Limited, and the respondents. In a judgment rendered on April 14, 1986, Trainor J. of the Supreme Court of British Columbia held that the respondents were personally liable for the full amount of damages, limiting Kuehne & Nagel's liability to \$40 and dismissing the claim against Federal Pioneer Limited. On March 30, 1990, the majority of the Court of Appeal allowed the respondents' appeal and reduced their liability to \$40. The appellant was granted leave to appeal to this Court on December 7, 1990, [1990] 2 S.C.R. viii. The respondents

[TRADUCTION] RESPONSABILITÉ - Al. 11a) En l'absence de dispositions écrites, l'entreposeur est tenu de faire preuve de la prudence et de la diligence raisonnables que requiert la loi.

^a b) La responsabilité de l'entreposeur à l'égard d'un colis donné est limitée à 40 \$, à moins que l'entrepositaire n'ait déclaré par écrit que la valeur de l'objet en cause est supérieure à 40 \$ et qu'il n'ait acquitté les frais supplémentaires spécifiés pour qu'il y ait responsabilité ^b accrue de l'entreposeur.

Connaissant et comprenant parfaitement cette clause, l'appelante a choisi non pas de souscrire une assurance supplémentaire auprès de Kuehne & Nagel, mais plutôt de s'organiser pour souscrire sa propre assurance tous risques. Au moment de conclure le contrat, l'appelante savait que des employés de Kuehne & Nagel seraient chargés du déplacement et de l'entretien du transformateur, ou ^c ^d on peut présumer qu'elle le savait.

Le 22 septembre 1981, deux employés de Kuehne & Nagel, Dennis Gerrard Brassart et Hank Vanwinkel (ci-après les «intimés»), ont reçu l'ordre de charger le transformateur à bord d'un camion en vue de le livrer au nouvel entrepôt de l'appelante. Les intimés ont tenté de déplacer le transformateur en le soulevant à l'aide de deux chariots élévateurs à fourche, alors que la prudence commandait de le hisser par des points d'attache nettement prévus à cette fin. Le transformateur a alors basculé et est tombé, ce qui a entraîné des dommages s'élevant à 33 955,41 \$.

Invoquant l'inexécution du contrat et la négligence, l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts contre Kuehne & Nagel, Federal Pioneer Limited et les intimés. Dans un jugement rendu le 14 avril 1986, le juge Trainor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a tenu les intimés personnellement responsables de la totalité des dommages causés, a limité la responsabilité de Kuehne & Nagel à 40 \$ et a rejeté l'action intentée contre Federal Pioneer Limited. Le 30 mars 1990, la Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel des intimés et a abaissé le montant de leur responsabilité à 40 \$. Le 7 décembre 1990, l'appelante a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre

have cross-appealed in order to argue that they should be completely free of liability. A written intervention was made by the General Truck Drivers & Helpers Local Union No. 31, the union authorized to negotiate the collective agreement with Kuehne & Nagel which, at all material times, governed the respondents' employment relationship.

II. Judgments in the Courts Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181

Trainor J. held that Federal Pioneer Limited was not negligent in its manufacturing and packaging of the transformer. On the other hand, he found the respondent employees negligent in their handling of the transformer, but limited Kuehne & Nagel's vicarious liability to \$40 in accordance with the limitation of liability clause found in the contract of storage. According to the trial judge, the main issue was whether this clause also limited the respondents' liability to \$40.

After a review of the relevant jurisprudence, the trial judge held that there is no general rule in British Columbia barring an employee from being sued for a tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his or her employer. This was said in answer to the respondents' argument that they should be given the protection of the limitation of liability clause since their negligence was not an "independent tort" in itself, but rather negligence in the very course of performing the contract between their employer and the appellant.

An alternative submission at trial was that the respondents could benefit from the clause in question since the appellant, in the circumstances of this case, had impliedly consented to the limitation of liability extending to the conduct of Kuehne & Nagel's employees. The circumstances relied on

Cour, [1990] 2 R.C.S. viii. Les intimés ont formé un pourvoi incident afin d'être dégagés de toute responsabilité. General Truck Drivers & Helpers Local Union No. 31, le syndicat autorisé à négocier avec Kuehne & Nagel la convention collective qui, pendant toute la période pertinente, régissait les relations de travail des intimés, a produit une intervention écrite.

b II. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181

Le juge Trainor a conclu que Federal Pioneer Limited n'avait pas fait preuve de négligence dans la fabrication et l'emballage du transformateur. Par contre, il a jugé que les employés intimés avaient manipulé le transformateur de manière négligente, mais il a limité à 40 \$ la responsabilité du fait d'autrui imputée à Kuehne & Nagel, conformément à la clause de limitation de la responsabilité que contenait le contrat d'entreposage. Selon le juge de première instance, il s'agissait surtout de déterminer si cette clause avait également pour effet de limiter à 40 \$ la responsabilité des intimés.

Après avoir examiné la jurisprudence applicable, le juge de première instance a statué qu'il n'existe, en Colombie-Britannique, aucune règle générale qui empêche de poursuivre un employé pour un délit commis pendant la prestation des services mêmes que vise un contrat intervenu entre le demandeur et l'employeur de cet employé. Il répondait ainsi à l'argument des intimés selon lequel ils devraient bénéficier de la protection de la clause de limitation de la responsabilité vu que leur négligence ne constituait pas en soi un «délit indépendant», mais une négligence survenue dans l'exécution même du contrat liant leur employeur et l'appelante.

En première instance, on a avancé un argument subsidiaire selon lequel les intimés pouvaient bénéficier de la clause en question puisque l'appelante avait, en l'occurrence, consenti implicitement à ce que la limitation de la responsabilité s'applique également à la conduite des employés de

were the appellant's knowledge, that employees would be handling its transformer, its knowledge and acceptance of the limitation of liability clause, and its decision to purchase its own insurance. In essence, the argument was that the appellant had voluntarily accepted the risk of damage flowing from the respondents' negligence and should accordingly bear the cost of the damages. While the trial judge expressed sympathy for this submission, he felt that accepting it would require rewriting the contract; a course "not open to me".

Accordingly, Trainor J. held that the limitation of liability clause in the contract was not available to the respondents who were thus liable for the full amount of damages caused to the transformer.

B. *Court of Appeal of British Columbia* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1

The Court of Appeal, sitting exceptionally as a panel of five, reversed the judgment against the respondents by a four-to-one majority. With the exception of Hinkson J.A. (who was silent on the issue), all justices acknowledged that privity of contract was a major obstacle to the respondents' claim to the benefit of the limitation of liability clause. However, using different approaches, the majority concluded that the respondents' liability was nonetheless limited to \$40. McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. adopted what has been referred to as a "tort analysis". Writing separate reasons, they were of the opinion that the duty of care owed by the respondents to the appellant was, in all the circumstances, qualified so as to limit the amount of recovery to \$40. Preferring a "contract analysis", Lambert J.A. implied a term in s. 11(b) of the contract of storage which extended the limitation of liability to the respondents and then apparently applied the agency/unilateral contract exception to the doctrine of privity. For his part, Hinkson J.A. concluded that the respondents did not owe any duty of care towards the appellant and he would have imposed no liability whatsoever on them. Finally, Southin J.A., in dissent, said the

Kuehne & Nagel. On invoquait le fait que l'appelante savait que des employés manipuleraient le transformateur, qu'elle avait pris connaissance de la clause de limitation de la responsabilité et l'avait acceptée, et qu'elle avait décidé de souscrire sa propre assurance. On faisait valoir essentiellement que l'appelante avait volontairement accepté le risque de dommages résultant de la négligence des intimés et devait donc supporter le coût des dommages subis. Bien que le juge de première instance ait considéré d'un bon œil cet argument, il a estimé qu'y faire droit reviendrait à réécrire le contrat, ce qu'il [TRADUCTION] «ne m'est pas loisible de faire».

En conséquence, le juge Trainor a statué que les intimés ne pouvaient pas invoquer la clause de limitation de la responsabilité figurant au contrat, de sorte qu'ils étaient responsables de la totalité des dommages causés au transformateur.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1

Constituée exceptionnellement de cinq juges, la Cour d'appel a, à raison de quatre juges contre un, infirmé le jugement défavorable aux intimés. À l'exception du juge Hinkson (qui ne s'est pas prononcé sur la question), tous les juges ont reconnu que le principe du lien contractuel ou de la relativité des contrats constituait un obstacle majeur à la revendication par les intimés du bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité. Cependant, les juges formant la majorité ont conclu, en procédant de manières différentes, que la responsabilité des intimés était néanmoins limitée à 40 \$. Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et le juge Wallace ont eu recours à ce qu'on a appelé une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle («analyse délictuelle»). Ils ont exprimé, dans des motifs distincts, l'opinion que, compte tenu de toutes les circonstances, l'obligation de diligence des intimés envers l'appelante était atténuée de manière à limiter le montant de l'indemnité à 40 \$. Préférant une analyse fondée sur le droit des contrats («analyse contractuelle»), le juge Lambert a déduit du texte de l'al. 11b) du contrat d'entreposage l'existence d'une condition qui étendait la limitation de la responsabilité aux

present action was in trespass to goods, not in negligence, and accordingly the appellant could recover against the respondents for the cost of repair to its transformer.

intimés et il a alors apparemment appliqué l'exception du mandat ou du contrat unilatéral au principe du lien contractuel. Pour sa part, le juge Hinkson a conclu que les intimés n'avaient aucune obligation de diligence envers l'appelante et il les aurait dégagés de toute responsabilité. Enfin, dans sa dissidence, le juge Southin a affirmé que l'action était fondée non pas sur la négligence, mais sur l'atteinte à la possession mobilière. Elle a donc statué que l'appelante pouvait se faire indemniser, par les intimés, des frais de réparation de son transformateur.

Because of the importance of the issues involved in this case and the variety of approaches taken by the members of the Court below, a fuller discussion of the reasons of the Court of Appeal is warranted.

Étant donné l'importance des questions en litige dans la présente affaire et la diversité des façons de procéder des juges de la Cour d'appel, il y a lieu de procéder à une analyse plus globale des motifs de cette cour.

(1) Reasons of McEachern C.J.B.C.

1) Les motifs du juge en chef McEachern

McEachern C.J.B.C. began his reasons with an analysis of the doctrine of privity of contract as it applies in this area of law. He reviewed the authorities, in particular *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The Eurymedon)*, [1975] A.C. 154 (P.C.), and the decisions of this Court in *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, and *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752. He distinguished the case at bar from *The Eurymedon* and from *ITO—International Terminal Operators* on the basis that the bills of lading in those cases clearly defined the "commercial intention" of the parties and the courts therein were simply giving effect to this intention by permitting non-party stevedores to rely on limitation of liability clauses. In the case at bar, however, McEachern C.J.B.C. felt there was no ascertainable commercial intention with respect to s. 11 of the contract of storage. Moreover, there was no evidence to support a finding of trust or agency. McEachern C.J.B.C. disagreed with the approach of Lambert J.A. who implied a term into the contract extending the benefit of the clause to the respondents. According to him, there were no pleadings or evidence in support of such an interpretation. Accordingly, he felt bound by

Le Juge en chef commence, dans ses motifs, par analyser le principe du lien contractuel qui s'applique dans ce domaine du droit. Il examine la jurisprudence, notamment les arrêts *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), *New Zealand Shipping Co. c. A. M. Satterthwaite & Co. (The «Eurymedon»)*, [1975] A.C. 154 (C.P.), ainsi que les arrêts de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, et *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752. Il établit entre le présent cas et les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators* une distinction fondée sur le fait que, dans ces deux derniers cas, les connaissements définissaient clairement l'«intention commerciale» des parties et que les tribunaux ont simplement mis à exécution cette intention en permettant à des tiers manutentionnaires d'invoquer les clauses de limitation de la responsabilité. Dans la présente affaire, le juge en chef McEachern a cependant estimé qu'il n'y avait aucune intention commerciale vérifiable relativement à l'art. 11 du contrat d'entreposage. En outre, aucun élément de preuve n'établissait l'existence d'une fiducie ou d'un mandat. Le juge en chef McEachern n'a pas souscrit à la façon de procéder du juge Lambert qui a déduit l'existence dans le

the decision of this Court in *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, to hold that the respondents were without the protection of the contract.

Having said this, McEachern C.J.B.C. embarked upon a tort analysis. At the outset, he stated that the respondents were “clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant’s] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*” (p. 22). The real question was whether this duty, or the consequences of its breach, should be modified in this case. The Chief Justice held that *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, applied by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, is sufficient authority to conclude that it is necessary to look at all the circumstances before deciding the nature and consequences of a breach of the duty of care, if any, which an employee owes to his or her employer’s contractual partner. The “most significant fact” in this case, according to McEachern C.J.B.C., was that the respondents were acting in a contractual setting in which the appellant had voluntarily agreed with their employer that the latter would exercise reasonable care and diligence and that the right of recovery for a breach would be limited to \$40. In his words, the parties established their “own law for this transaction”. In the Chief Justice’s opinion, a contract between two parties may be relevant in determining tort rights and duties arising within the contractual matrix. He stated it would be unreasonable to conclude that the appellant relied on Kuehne & Nagel’s obligation under the contract for the first \$40 of any damage, looking to the respondents for the balance. Further, it would be unreasonable to expect the respondents to be aware that they might be relied upon beyond the extent to which their employer’s liability was limited. Finally, it is reasonable that the appellant’s remedy for the respondents’ tort should be no greater than that which the appellant agreed would be imposed upon their employer. In view of these circum-

contrat d’une condition qui étendait aux intimés le bénéfice de la clause. Selon lui, aucun argument ni aucun élément de preuve n’étaient une telle interprétation. Par conséquent, il s’estimait tenu, en raison de l’arrêt de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, précité, de statuer que les intimés ne bénéficiaient pas de la protection du contrat.

Après avoir dit cela, le juge en chef McEachern a entrepris une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle. Il a affirmé, au départ, que les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l’obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l’appelante], selon le droit applicable tant avant qu’après l’arrêt *Donoghue*» (p. 22). Il s’agissait en fait de déterminer si cette obligation ou les conséquences d’un manquement à celle-ci devraient être modifiées en l’espèce. Le Juge en chef a statué que l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, appliqué par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, est suffisant pour conclure qu’il est nécessaire de tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer la nature et les conséquences d’un manquement à l’obligation de diligence, s’il en est, qu’a l’employé envers le cocontractant de son employeur. Selon le juge en chef McEachern, le [TRADUCTION] «fait le plus révélateur» dans la présente affaire était que les intimés agissaient dans un cadre contractuel où l’appelante avait délibérément convenu avec leur employeur que ce dernier ferait preuve d’une prudence et d’une diligence raisonnables et que tout droit à une indemnité en cas d’inexécution serait limité à 40 \$. Pour reprendre l’expression qu’il a utilisée, les parties ont établi leur [TRADUCTION] «propre droit relativement à cette opération». De l’avis du Juge en chef, un contrat liant deux parties peut être utile pour déterminer les droits et obligations en matière délictuelle qui prennent naissance dans le cadre contractuel. Il a affirmé qu’il serait déraisonnable de conclure que l’appelante invoquait l’obligation qui incombait à Kuehne & Nagel aux termes du contrat, quant à la première tranche de 40 \$ de dommages, pour s’en remettre aux intimés quant au reste. De plus, il serait déraisonnable de s’attendre à ce que les intimés soient conscients qu’ils peu-

stances, McEachern C.J.B.C. would limit the respondents' liability to \$40.

(2) Reasons of Hinkson J.A.

The reasons of Hinkson J.A. are limited to the issue of whether the respondents owed a duty of care to the appellant. Hinkson J.A. reviewed the jurisprudence starting with *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), and *Anns, supra*, placing considerable attention on recent English decisions which, in his words, have given "fresh consideration" to what is involved in the "concept of proximity". In particular, he relied on *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), where Lord Roskill said this concept "must always involve, at least in most cases, some degree of reliance" (p. 546), and on two Court of Appeal decisions in which a factor of "just and reasonable" has been, apparently, added to the analysis: *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.), and *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.).

Hinkson J.A. conceded that, in most cases, employees such as the respondents would owe a duty of care to their employer's contractual partners. However, he added that there was no element of reliance in the case at bar. The appellant voluntarily accepted the risk of damage to its transformer and took steps to protect itself through its own policy of insurance. Hinkson J.A. concluded that the circumstances of the case did not disclose that there existed "such a close and direct relationship of proximity" between the appellant and the respondents as to give rise to a duty of care by the latter to the former. He added that in all the circumstances, it would not be "just and reasonable" to hold that the respondent employees owed a duty

vent être appelés à verser une indemnité supérieure au montant auquel la responsabilité de leur employeur a été limitée. Enfin, il est raisonnable que le redressement accordé à l'appelante pour le délit des intimés ne soit pas plus important que celui qui, selon ce que l'appelante a convenu, serait réclamé à l'employeur, le cas échéant. Compte tenu de ces circonstances, le juge en chef McEachern aurait limité à 40 \$ la responsabilité des intimés.

2) Les motifs du juge Hinkson

Les motifs du juge Hinkson ne portent que sur la question de savoir si les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Le juge Hinkson a examiné la jurisprudence en commençant par les arrêts *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) et *Anns*, précité, en insistant beaucoup sur de récentes décisions anglaises qui, selon lui, jetaient un [TRADUCTION] «éclairage nouveau» sur ce que comprend la «notion du lien étroit». Il a plus particulièrement invoqué l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), dans lequel lord Roskill a affirmé que cette notion [TRADUCTION] «doit toujours comporter, du moins dans la plupart des cas, un certain degré de confiance» (p. 546), ainsi que deux arrêts de la Cour d'appel dans lesquels un élément de ce qui est «juste et raisonnable» a apparemment été ajouté à l'analyse, soit *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.), et *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.).

Le juge Hinkson a admis que, dans la plupart des cas, des employés comme les intimés auraient une obligation de diligence envers les cocontractants de leur employeur. Toutefois, il a ajouté qu'aucun élément de confiance n'était présent en l'espèce. L'appelante avait délibérément accepté le risque d'endommagement de son transformateur et avait pris des mesures pour se protéger en souscrivant sa propre police d'assurance. Le juge Hinkson a conclu que les circonstances de l'espèce ne révélaient pas l'existence [TRADUCTION] «d'un lien suffisamment étroit et direct» entre l'appelante et les intimés pour que ces derniers aient une obligation de diligence envers l'appelante. Il a précisé que, quoi qu'il en soit, il ne serait pas «juste et raison-

of care to the appellant. Accordingly, he would have imposed no liability on the respondents for the damages to the transformer.

(3) Reasons of Lambert J.A.

Lambert J.A. agreed with McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. that the respondents' liability should be limited to \$40; however, he refused to undertake an "adventurous and perilous tort analysis" in order to reach this conclusion. He began by stating that Kuehne & Nagel and the respondents owed a duty of care to the appellant. In his opinion, an express or implied contract for services brings the customer, on the one hand, and the employer and employees, on the other, into a relationship of "sufficient proximity" to lay the foundation for a duty of care on the part of both the employer and the employee to the customer. Besides mere proximity, many factors will determine whether a duty of care arises in the end; in particular, reliance by the customer on the employer and/or employees. According to Lambert J.A., reliance can be assumed in most cases involving direct physical damage to persons or property.

Lambert J.A. held that the respondents' duty of care is unaffected by the presence of the limitation of liability clause in the contract of storage. According to him, ss. 2(4)(b) and 13 of the *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, c. 428, support the view that the clause was intended only to limit the extent of liability consequent upon a breach of duty of care, rather than to limit or negate the scope of that duty. This clause should not be used as evidence that the appellant assumed the risk of damage and released the respondents from their duty of care. In addition, Lambert J.A. reviewed and criticized what he calls the "just and reasonable test", sometimes used by English courts to deny the existence of a duty of care which proximity and foreseeability of damage would otherwise bring into effect. He does not think that this test

nable» de conclure que les employés intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. En conséquence, il n'aurait imposé aucune responsabilité aux intimés pour les dommages causés au transformateur.

3) Les motifs du juge Lambert

Le juge Lambert a convenu avec le juge en chef McEachern et le juge Wallace que la responsabilité des intimés devrait être limitée à 40 \$, mais il a refusé de se livrer à une [TRADUCTION] «analyse délictuelle hasardeuse» pour en arriver à cette conclusion. Il a commencé par dire que Kuehne & Nagel et les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Selon lui, l'existence d'un contrat exprès ou tacite visant la prestation de services crée entre le client, d'une part, et l'employeur et ses employés, d'autre part, un lien «suffisamment étroit» pour justifier l'existence d'une obligation de diligence de la part de l'employeur et de ses employés envers le client. Outre l'existence d'un simple lien étroit, il y a de nombreux facteurs qui permettent de déterminer si, en fin de compte, une obligation de diligence prend naissance, notamment la confiance qu'a le client en l'employeur ou ses employés, ou les deux à la fois. Selon le juge Lambert, on peut supposer qu'il existe une confiance dans la plupart des affaires où un préjudice physique a été causé directement à une personne ou à un bien.

Le juge Lambert a conclu que la présence d'une clause de limitation de la responsabilité dans le contrat d'entreposage ne change rien à l'obligation de diligence des intimés. Selon lui, l'al. 2(4)(b) et l'art. 13 de la *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 428, permettent de conclure que la clause avait uniquement pour objet de limiter la responsabilité découlant d'un manquement à l'obligation de diligence, et non de limiter ou de supprimer cette obligation. Cette clause ne devrait pas servir de preuve que l'appelante a assumé le risque d'endommagement et dégagé les intimés de leur obligation de diligence. De plus, le juge Lambert a examiné et critiqué ce qu'il a appelé le «critère de ce qui est juste et raisonnable», auquel les tribunaux anglais ont parfois recours pour nier l'existence d'une obligation de diligence à laquelle don-

should be applied in Canada because it would “introduce into tort law a subjective factor which is unnecessary and which . . . would produce haphazard, idiosyncratic and unpredictable results” (p. 54). In any event, this test cannot operate to remove a duty of care that has long been recognized, such as the duty in the case at bar. Finally, Lambert J.A. claims that the second part of the *Anns* approach, which asks whether there are circumstances which ought “to negative, or to reduce or limit . . . the damages to which a breach of it [the *prima facie* duty] may give rise”, refers to heads of damage and does not suggest that it is possible to modify the normal rules for the assessment of damages by putting a monetary limit on damages for negligence. In his opinion, the concept of a \$40 duty of care is unknown to the law.

Having said this, Lambert J.A. held that the respondents were entitled to benefit from the limitation of liability clause according to well established principles of contract law. He reviewed the jurisprudence dealing with the doctrine of privity of contract and with the implication of contractual terms. In his view, it was necessary to imply a term in the contract in order to avoid the “commercial absurdity” brought about by the rights of contribution of the respondent employees against their employer, Kuehne & Nagel, pursuant to s. 4 of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298. According to him, if the respondents are found fully liable it is conceivable that they could then commence an action against Kuehne & Nagel for contribution of half the damages awarded to the appellant (i.e. \$16,977.70). Such a result would render the limitation of liability clause in the contract of storage wholly ineffective; a result neither party intended. Accordingly, Lambert J.A. implied a term in s. 11(b) of the contract of storage to the effect that the liability of Kuehne & Nagel’s employees would also be limited to \$40. Having

nerait lieu, par ailleurs, l’existence d’un lien étroit et le fait que les dommages étaient prévisibles. Il ne croit pas que ce critère devrait s’appliquer au Canada parce qu’il [TRADUCTION] «introduir[ait] dans le droit de la responsabilité délictuelle un élément subjectif inutile qui [. . .] donnerait des résultats aléatoires, particuliers et imprévisibles» (p. 54). Quoi qu’il en soit, ce critère ne saurait avoir pour effet de supprimer une obligation de diligence reconnue depuis longtemps, comme celle dont il est question en l’espèce. Enfin, le juge Lambert soutient que le deuxième volet de l’approche adoptée dans l’arrêt *Anns*, qui consiste à déterminer s’il y a des circonstances qui devraient [TRADUCTION] «supprimer, atténuer ou limiter [. . .] les dommages-intérêts auxquels un manquement [à l’obligation *prima facie*] peut donner droit», renvoie aux postes de dommages-intérêts et n’implique pas qu’il est possible de modifier les règles normalement applicables à l’évaluation des dommages en limitant le montant des dommages-intérêts payables en cas de négligence. Selon lui, l’idée d’une obligation de diligence chiffrée à 40 \$ est inconnue en droit.

Ceci dit, le juge Lambert a statué que, selon des principes bien établis du droit des contrats, les intimés avaient le droit de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité. Il a examiné la jurisprudence portant sur le principe du lien contractuel et sur l’existence de conditions contractuelles implicites. Selon lui, il était nécessaire de conclure à l’existence d’une condition dans le contrat afin d’éviter l’[TRADUCTION] «absurdité sur le plan commercial» résultant des droits à la contribution que l’art. 4 de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, confère aux employés intimés vis-à-vis de leur employeur, Kuehne & Nagel. Il était d’avis que, si les intimés étaient tenus entièrement responsables, il se pourrait bien qu’ils puissent intenter une action contre Kuehne & Nagel pour qu’ils versent une quote-part équivalant à la moitié des dommages-intérêts accordés à l’appelante (soit 16 977,70 \$). Ce résultat rendrait totalement inopérante la clause contractuelle de limitation de la responsabilité et serait contraire à l’intention des parties. Le juge Lambert a donc conclu que l’al. 11(b) du contrat d’entreposage avait tacitement

implied such a term, he concluded that the agency exception to the doctrine of privity, developed in *The Eurymedon*, *supra*, and applied in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, applied so as to prevent the appellant from recovering more than \$40 from the respondents (at p. 65).

(4) Reasons of Wallace J.A.

Like McEachern C.J.B.C., Wallace J.A. disposed of this case largely on the basis of tort law principles. After a review of English jurisprudence, Wallace J.A. stated that in order to determine whether a duty of care exists in a particular case, two approaches may be taken: (1) the *Anns*, *supra*, approach where, once you find there to be a *prima facie* duty of care, based on proximity and foreseeability, the surrounding circumstances must be examined to determine if the duty is negated or qualified in its nature or scope; or (2) the approach followed in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, *supra*, and *Norwich City Council v. Harvey*, *supra*, of considering three essential criteria to the existence of a duty of care: proximity, reliance and whether it is "just and reasonable" to impose such a duty. According to Wallace J.A., the end result is the same regardless of the approach taken: "a consideration of all the circumstances to determine whether a duty of care should fairly be imposed upon the alleged wrongdoer, and if so, its scope and its consequences" (at p. 77). He asserts that when the parties have come into a relationship of proximity because of a contract, the terms of that contract are among the circumstances that determine the existence and scope of the duties of care to be discharged by the parties.

In the case at bar, Wallace J.A. noted that by expressly agreeing to limit its claim to \$40, the appellant assumed the risk of any damage in

pour effet de limiter également à 40 \$ la responsabilité des employés de Kuehne & Nagel. Après avoir déduit l'existence de cette condition, il a conclu que l'exception du mandat au principe du lien contractuel, établie dans l'affaire *Eurymedon*, précitée, et appliquée dans *ITO—International Terminal Operators*, précité, s'appliquait de manière à empêcher l'appelante d'obtenir des intimés une indemnité supérieure à 40 \$ (à la p. 65).

4) Les motifs du juge Wallace

À l'instar du juge en chef McEachern, le juge Wallace a statué sur la présente affaire en se fondant largement sur les principes du droit de la responsabilité délictuelle. Après avoir examiné la jurisprudence anglaise, il a affirmé que deux méthodes peuvent être adoptées pour déterminer s'il existe une obligation de diligence dans un cas donné: 1) la méthode de l'arrêt *Anns*, précité, selon laquelle, une fois établie l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence fondée sur l'existence d'un lien étroit et sur la prévisibilité des dommages, il faut examiner les circonstances qui entourent l'incident pour déterminer si cette obligation est supprimée ou atténuée sur le plan de sa nature ou de sa portée, ou 2) la méthode suivie dans les arrêts *Pacific Associates Inc. c. Baxter* et *Norwich City Council c. Harvey*, précités, qui consiste à considérer trois critères essentiels à l'existence d'une obligation de diligence: le lien étroit, la confiance et la question de savoir s'il est «juste et raisonnable» d'imposer une telle obligation. Selon le juge Wallace, le résultat final est le même quelle que soit la méthode adoptée: [TRADUCTION] «l'examen de toutes les circonstances afin de déterminer s'il y a lieu, en toute équité, d'imposer une obligation de diligence à l'auteur présumé du délit et, le cas échéant, quelles en sont l'étendue et les conséquences» (à la p. 77). Il dit que, lorsqu'un lien étroit existe entre les parties en raison d'un contrat, les conditions de ce contrat font partie des circonstances qui déterminent l'existence et la portée des obligations de diligence que doivent remplir les parties.

Dans la présente affaire, le juge Wallace a fait remarquer qu'en acceptant expressément de limiter sa réclamation à 40 \$, l'appelante a assumé le ris-

excess of that sum. In his opinion, it could not be inferred that the appellant intended to retain a right to claim in tort against the respondents for the full amount of any loss, particularly since they were performing the very services which their employer, Kuehne & Nagel, was bound to provide under the contract. These circumstances were said to limit the scope of the respondents' duty of care to the same extent as the duty their employer owed, namely, to \$40. Wallace J.A. did not find privity of contract to be a bar to his finding. He notes that while third parties, such as the respondents, cannot benefit from a contract unless they fall within one of the established exceptions, the existence and nature of a contract nevertheless "provides the matrix or structural background which creates the common law duties, privileges, rights and obligations of a third party whose conduct is affected by such a contractual arrangement" (p. 81).

(5) Dissenting Reasons of Southin J.A.

Southin J.A. agreed with McEachern C.J.B.C.'s reasons on the issue of privity of contract. She added that the limitation of liability clause in question is not a "landlubber's version of a Himalaya clause" so as to permit the respondents to rely on this Court's decision in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*. Southin J.A. also expressed the view that there is no doctrine of "vicarious immunity" in the common law.

Differing from her colleagues, she took the view that the notion of duty of care was irrelevant in the case at bar since the appellant's action was founded on trespass to goods. In her opinion, "the modern tort of negligence, all-devouring monster though it is, has not swallowed up the tort of trespass" (p. 92). She held that the tort of trespass does not require any consideration of modern notions of duty of care. Southin J.A. thus concluded that the respondents were liable for trespass to goods by dropping the transformer and that the appellant may recover the cost of repair. In closing, Southin J.A. added: "I regret to have had to come to this

que de tout dommage excédant cette somme. À son avis, on ne pouvait conclure que l'appelante avait voulu conserver le droit d'exercer un recours délictuel contre les intimés afin d'obtenir le plein montant de toute perte subie, d'autant plus que les intimés fournissaient les services mêmes que leur employeur, Kuehne & Nagel, était tenu de fournir aux termes du contrat. On a dit que ces circonstances limitaient la portée de l'obligation de diligence des intimés dans la même mesure que celle qui incombait à leur employeur, et que leur responsabilité était ainsi limitée à 40 \$. Le juge Wallace n'a pas jugé que le principe du lien contractuel faisait obstacle à cette conclusion. Il a souligné que, même si des tiers, comme les intimés, ne peuvent bénéficier d'un contrat que si l'une des exceptions prévues s'applique à leur égard, l'existence et la nature d'un contrat [TRADUCTION] «fournissent [néanmoins] le cadre ou le contexte qui engendre les devoirs, privilèges, droits et obligations de common law d'un tiers dont la conduite est touchée par une telle entente contractuelle» (p. 81).

5) Les motifs de dissidence du juge Southin

Souscrivant aux motifs du juge en chef McEachern sur la question du lien contractuel, le juge Southin a ajouté que la clause de limitation de la responsabilité en question n'était pas une [TRADUCTION] «version terrestre de la clause Himalaya», de manière à permettre aux intimés d'invoquer l'arrêt de notre Cour *ITO—International Terminal Operators*, précité. Le juge Southin a également exprimé l'avis qu'il n'existe aucun principe de l'«immunité dérivée» en common law.

Dissidente, elle a exprimé l'avis que la notion d'obligation de diligence ne s'appliquait pas en l'espèce puisque l'action de l'appelante était fondée sur une atteinte à la possession mobilière. Selon elle, [TRADUCTION] «la notion contemporaine du délit de négligence, véritable monstre à l'appétit d'ogre, n'a pas encore englouti le délit d'atteinte à la possession mobilière» (p. 92). Elle a décidé qu'il n'était pas nécessaire, à l'égard du délit d'atteinte à la possession mobilière, de prendre en considération les notions contemporaines de l'obligation de diligence. Elle a donc conclu que les intimés avaient porté atteinte à la possession

conclusion because the result is, to my mind, in a moral sense, unjust" (p. 92).

III. Issues

The cross-appeal raises the following question:

(1) Did the respondents, acting in the course of their employment and performing the very essence of their employer's contractual obligations with the appellant, owe a duty of care to the appellant?

If so, it is not disputed before this Court that the respondents were negligent in their handling of the appellant's transformer. In other words, the finding of the trial judge that the respondents breached their duty of care is not contested. Moreover, it is not disputed that it is the respondents' negligence which was the cause of the damages to the transformer and that these damages amount to \$33,955.41. The next question which is raised by the appeal would thus become one of the appropriate liability for this breach, namely:

(2) Can the respondents obtain the benefit of the limitation of liability clause contained in the contract of storage between their employer and the appellant so as to limit their liability to \$40?

For reasons that follow, I am of the opinion that both questions should be answered in the affirmative. By so concluding, both the cross-appeal and the appeal should therefore be dismissed.

IV. Analysis

A. *Duty of Care*

The trial judge impliedly held that the respondents owed a duty of care to the appellant in the handling of the transformer, adding that in British

mobilière en laissant tomber le transformateur et que l'appelante pouvait être indemnisée des frais de réparation. En terminant, elle a ajouté: [TRA-DUCTION] «Je suis désolée d'en être venue à cette conclusion, car le résultat me semble moralement injuste» (p. 92).

III. Les questions en litige

Le pourvoi incident soulève la question suivante:

1) Les intimés avaient-ils, dans l'exercice de leurs fonctions et dans l'exécution de ce qui constitue essentiellement les obligations contractuelles de leur employeur envers l'appelante, une obligation de diligence envers celle-ci?

Si tel est le cas, nul ne conteste, devant notre Cour, que les intimés ont fait preuve de négligence lorsqu'ils ont manipulé le transformateur de l'appelante. En d'autres termes, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les intimés ont manqué à leur obligation de diligence n'est pas attaquée. De plus, nul ne conteste que les dommages causés au transformateur sont imputables à la négligence des intimés et que leur montant s'élève à 33 955,41 \$. La question que soulève ensuite le pourvoi porte donc sur la responsabilité qu'il convient d'imposer pour ce manquement, c'est-à-dire:

2) Les intimés peuvent-ils bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité figurant dans le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appelante, de manière à ce que leur responsabilité soit limitée à 40 \$?

Pour les motifs énoncés ci-après, je suis d'avis qu'il convient de répondre par l'affirmative à ces deux questions. Par conséquent, il y a lieu de rejeter tant le pourvoi incident que le pourvoi principal.

IV. Analyse

A. *L'obligation de diligence*

Le juge de première instance a statué implicitement que les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante au moment de manipuler

Columbia there is no general rule that an employee cannot be sued for a tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his or her employer. McEachern C.J.B.C. stated without qualification that the respondents were “clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant’s] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*” (p. 22). Lambert J.A., while embarking on a more in-depth analysis of the question, came to the same conclusion again without much difficulty. Wallace J.A., for his part, held that the respondents owed a “*prima facie* duty of care” to the appellant based on the *Donoghue v. Stevenson, supra*, principle. Southin J.A. did not address the issue directly as she felt the appellant’s cause of action was in trespass, rather than in negligence.

As noted earlier, Hinkson J.A. was alone in concluding that the respondents owed no duty of care to the appellant. He came to this conclusion by referring to a number of English authorities which, in his view, qualify the two-stage approach of Lord Wilberforce in *Anns, supra*, by importing notions of reliance, justness and reasonability (as well as the established requirement of foreseeability) in the determination of whether or not a duty of care arises in a particular situation. In his view, there was no duty of care mainly because of an absence of reliance on the part of the appellant and also because it would not be “just and reasonable” to hold otherwise.

In arguing that they did not owe any duty of care to the appellant, the respondents rely in part on the approach suggested by Hinkson J.A. They argue that the concept of “neighbourhood (or proximity)” cannot be reduced to the simple principle that factual foreseeability of damage creates, without more, a duty of care. The respondents offer a list of

le transformateur, ajoutant qu’il n’y a, en Colombie-Britannique, aucune règle générale qui empêche de poursuivre un employé pour un délit commis dans la prestation des services mêmes que vise un contrat intervenu entre le demandeur et son employeur. Le juge en chef McEachern a affirmé sans réserve que les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l’obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l’appelante], selon le droit applicable tant avant qu’après l’arrêt *Donoghue*» (p. 22). Même s’il a procédé à une analyse plus approfondie de la question, le juge Lambert n’a pas eu beaucoup de difficulté à tirer la même conclusion. Pour sa part, le juge Wallace a statué que les intimés avaient une [TRADUCTION] «obligation *prima facie* de diligence» envers l’appelante, selon le principe énoncé dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité. Le juge Southin n’a pas abordé directement la question car elle estimait que le droit d’action de l’appelante se fondait non pas sur la négligence mais sur l’atteinte à la possession mobilière.

Tel que mentionné précédemment, le juge Hinkson a été le seul à conclure que les intimés n’avaient aucune obligation de diligence envers l’appelante. Il a tiré cette conclusion en mentionnant un certain nombre de précédents anglais qui, selon lui, venaient modifier la méthode à deux étapes mise de l’avant par lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité, en faisant intervenir des notions de confiance et de caractère juste et raisonnable (de même que l’exigence établie de la prévisibilité des dommages) dans la détermination de l’existence ou non d’une obligation de diligence dans une situation donnée. À son avis, l’absence d’obligation de diligence découlait surtout de l’absence de confiance de la part de l’appelante, mais aussi du fait qu’il n’aurait pas été «juste et raisonnable» de tirer une autre conclusion.

En prétendant qu’ils n’avaient aucune obligation de diligence envers l’appelante, les intimés se fondent en partie sur le point de vue proposé par le juge Hinkson. Ils font valoir que la notion de «lien étroit» ne peut être ramenée au simple principe que la prévisibilité effective des dommages crée sans plus une obligation de diligence. Les intimés ont

English decisions showing some discontent with the approach set out in *Anns* and suggesting alternative interpretations of the proper "test" to be applied. It is submitted that many factors, besides foreseeability of damage, must be taken into account when determining the existence of a duty of care, namely, the reasonable expectations of the parties, reliance, the nature of the damage suffered and the existence of a pre-existing commercial agreement. Like Hinkson J.A., the respondents submit there is no reliance in the case at bar. But their argument does not end there. They submit that, as a general rule, an employee acting in the course of his or her employment and performing the essence of his or her employer's contractual obligations with a "third party" does not owe an "independent duty of care" to that "third party". In such a case, it is argued, the third party — or customer — should have no cause of action against the employee in negligence. The respondents offer some cases to support this principle and submit that it is sensible in light of what they call modern economic, employment and legal conditions. In particular, they claim the "central element" of reliance is almost always absent between individual employees and their employer's customers.

For its part, the appellant relies on the decision of *Anns, supra*, to support a finding that the respondents were under a duty of care. Moreover, the appellant claims that the conclusion of Hinkson J.A. is contrary to the terms of the contract of storage, the provisions of the *Warehouse Receipt Act*, s. 2(4), the common law of bailment and the decisions of this Court in *Greenwood Shopping Plaza, supra*, *Canadian General Electric Co. v. Pickford and Black Ltd.*, [1971] S.C.R. 41, and *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413.

In my opinion, the respondents unquestionably owed a duty of care to the appellant when handling the transformer. I arrive at this conclusion with as little difficulty as the judges in the courts below. I

produit une liste de décisions anglaises qui révèlent un certain mécontentement au sujet de la méthode énoncée dans l'arrêt *Anns* et qui proposent d'autres interprétations du «critère» qu'il convient d'appliquer. On soutient qu'outre la prévisibilité des dommages, de nombreux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer l'existence d'une obligation de diligence, notamment les attentes raisonnables des parties, la confiance, la nature des dommages subis et l'existence préalable d'une entente commerciale. À l'instar du juge Hinkson, les intimés soutiennent qu'il n'est pas question de confiance en l'espèce. Or, leur argument ne s'arrête pas là. Ils font valoir qu'en règle générale l'employé agissant dans l'exercice de ses fonctions et exécutant ce qui constitue essentiellement les obligations contractuelles de son employeur envers un «tiers» n'a aucune [TRADUCTION] «obligation de diligence indépendante» envers ce «tiers». Ils soutiennent que, dans un tel cas, le tiers, ou le client, ne devrait avoir contre l'employé aucun droit d'action fondé sur la négligence. Les intimés invoquent certaines décisions à l'appui de ce principe et ils affirment qu'il est raisonnable compte tenu de ce qu'ils appellent les conditions actuelles de l'économie, du travail et du droit. Plus particulièrement, ils prétendent que l'«élément central» de la confiance est presque toujours absent des relations entre les employés pris individuellement et les clients de leur employeur.

Pour sa part, l'appelante invoque l'arrêt *Anns*, précité, à l'appui de sa conclusion que les intimés avaient une obligation de diligence. En outre, elle soutient que la conclusion du juge Hinkson est contraire aux conditions du contrat d'entreposage, aux dispositions du par. 2(4) de la *Warehouse Receipt Act*, à la common law en matière de dépôt ainsi qu'aux arrêts de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, précité, *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41, et *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413.

J'estime que les intimés avaient indéniablement une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé le transformateur. J'arrive à cette conclusion sans plus de peine que les juges

do not base my conclusion on the terms of the contract of storage or on s. 2(4) of the *Warehouse Receipt Act* but on well established principles of tort law. In all the circumstances of this case, it was reasonably foreseeable to the respondent employees that negligence on their part in the handling of the transformer would result in damage to the appellant's property. In sum, there was such a close relationship between the parties as to give rise to a duty on the respondents to exercise reasonable care.

I find it unnecessary for the purposes of this appeal to consider the numerous English authorities which have, according to some, given "fresh consideration" to what is involved in determining whether a duty of care exists in a particular situation. I say this because, to borrow the words of McEachern C.J.B.C., the respondents were "clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant's] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*". We are not here dealing with the type of factual situation in which concerns about the breadth of traditional principles have arisen. A conclusion that the respondents owed no duty of care to the appellant would clearly be recognizing a new immunity where none existed before.

As already mentioned, absence of reliance on the part of the appellant is a crucial factor according to Hinkson J.A. and the respondents. Hinkson J.A. made the following comments (at p. 35):

Normally, the owner expects the warehouseman and its employees to use reasonable care in handling and storing its goods. The warehouseman and its employees know that if the goods are damaged the owner will suffer loss. Thus, the requirements of foreseeability and proximity can be said to have been met with the result that the warehouseman and its employees owe to the owner a duty of care.

des tribunaux d'instance inférieure. Je fonde ma conclusion non pas sur les conditions du contrat d'entreposage ou sur le par. 2(4) de la *Warehouse Receipt Act*, mais sur des principes bien établis du droit de la responsabilité délictuelle. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, les employés intimés pouvaient raisonnablement prévoir que leur négligence dans la manipulation du transformateur causerait un dommage au bien de l'appelante. En somme, il existait un lien suffisamment étroit entre les parties pour imposer aux intimés l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable.

Il me semble inutile, aux fins du présent pourvoi, d'examiner les nombreux précédents anglais qui, selon certains, jettent un [TRADUCTION] «éclairage nouveau» sur ce qui doit être pris en considération pour déterminer s'il existe ou non une obligation de diligence dans un cas donné. Je dis cela, car, pour reprendre les termes du juge en chef McEachern, les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l'obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l'appelante], selon le droit applicable tant avant qu'après l'arrêt *Donoghue*». Nous n'avons pas affaire, en l'espèce, au genre de situation de fait qui a soulevé des questions au sujet de la portée des principes traditionnels. Conclure que les intimés n'avaient aucune obligation de diligence envers l'appelante aurait manifestement pour effet de reconnaître une nouvelle immunité là où il n'en existait pas auparavant.

Tel que mentionné précédemment, l'absence de confiance de la part de l'appelante est un facteur crucial selon le juge Hinkson et les intimés. Voici certaines observations du juge Hinkson (à la p. 35):

[TRADUCTION] Habituellement, le propriétaire s'attend à ce que l'entreposeur et ses employés fassent preuve de diligence raisonnable en manipulant et en entreposant ses marchandises. L'entreposeur et ses employés savent que, si les marchandises sont endommagées, le propriétaire subira une perte. Par conséquent, on peut dire que les exigences de prévisibilité des dommages et d'existence d'un lien étroit ont été remplies, de sorte que l'entreposeur et ses employés ont une obligation de diligence envers le propriétaire.

However, he then goes on to find that because the appellants knew about the limitation of liability clause and chose to obtain its own insurance, it was “not relying on the warehouseman and its employees not to damage the transformer” (p. 36). Assuming, *arguendo*, that “reliance” is relevant in the case at bar, I am of the view that Hinkson J.A. misapplied this concept.

When reliance is used in cases such as *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), *Junior Books*, *supra*, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, in order to determine the existence of a duty of care, it is concerned with the relationship between the plaintiff’s position and the tortfeasor’s conduct, not with the relationship between the plaintiff’s position and the tortfeasor’s pocketbook. In other words, reliance, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care. In this respect, I agree with the following passage taken from Professor Joost Blom’s commentary in (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156, at p. 168:

Probably the line taken by Hinkson J.A. presents the most serious problems. It seems unrealistic to say, as he did, that by agreeing to a virtual exclusion of liability in a case like this, you remove potential wrongdoers from “proximity” with yourself because you give up reliance on their taking reasonable care. As McEachern C.J.B.C. pointed out, the nuisance of having your goods damaged, and the cost of making an insurance claim and paying the deductible, are strong reasons for saying that you do rely. Saying, “I will not look to you for damages if there is an accident” is not the same thing as saying, “Go ahead and be as careless as you want with my property.” [Emphasis added.]

Having said this, I wish simply to add what has already become evident by my conclusion. There is no general rule in Canada to the effect that an

Il ajoute cependant que, comme l’appelante avait pris connaissance de la clause de limitation de la responsabilité et qu’elle avait choisi de souscrire sa propre assurance, elle [TRADUCTION] «ne se fiait pas à ce que l’entreposeur et ses employés n’endommageraient pas le transformateur» (p. 36). En tenant pour acquis, pour les fins de la discussion, que la «confiance» est pertinente en l’espèce, je suis d’avis que le juge Hinkson a mal appliqué ce concept.

Lorsque, dans des affaires comme *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), *Junior Books*, précitée, et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, on se sert de la confiance pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence, il s’agit de la confiance qui intervient dans le rapport entre la situation du demandeur et la conduite de l’auteur du délit, et non dans le rapport entre la situation du demandeur et la capacité de payer de l’auteur du délit. En d’autres termes, la confiance, dont on peut se servir ici, touche l’existence d’une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence. À cet égard, je souscris à l’extrait suivant du commentaire du professeur Joost Blom dans (1991), 70 *R. du B. can.* 156, à la p. 168:

[TRADUCTION] La voie empruntée par le juge Hinkson pose probablement la plus grande difficulté. Il me semble irréaliste d’affirmer, comme il l’a fait, qu’en consentant à une quasi-exonération de responsabilité dans un cas comme celui-ci, vous empêchez l’établissement d’un «lien étroit» entre les auteurs de délits éventuels et vous-mêmes du fait que vous renoncez à vous fier à ce qu’ils feront preuve de diligence raisonnable. Comme le souligne le juge en chef McEachern, l’inconvénient de voir vos biens endommagés, de même que les frais liés à la présentation d’une demande d’indemnité à l’assureur et au paiement de la franchise vous incitent fortement à dire que vous faites confiance. Dire «Je ne compterai pas sur vous pour payer les dommages en cas d’accident» ne revient pas à dire «Allez-y, soyez aussi négligents que vous voulez avec mon bien.» [Je souligne.]

Ceci dit, je souhaite simplement ajouter ce qui ressort déjà de ma conclusion. Au Canada, aucune règle générale n’a pour effet de soustraire l’em-

employee acting in the course of his or her employment and performing the “very essence” of his or her employer’s contractual obligations with a customer does not owe a duty of care, whether one labels it “independent” or otherwise, to the employer’s customer. Our law of negligence has long since moved away from a category approach when dealing with duties of care. It is now well established that the question of whether a duty of care arises will depend on the circumstances of each particular case, not on pre-determined categories and blanket rules as to who is, and who is not, under a duty to exercise reasonable care. There may well be cases where, having regard to the particular circumstances involved, an employee will not owe a duty of care to his or her employer’s customer. Indeed, the respondents have provided this Court with a series of decisions where this conclusion appears to have been reached: see *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702 (B.C.C.A.); *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (Man. C.A.); *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; and *R.M. & R. Log Ltd. v. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744 (Ex. Ct.).

However, this does not mean that this is the necessary result in all factual situations. Abstaining from commenting on the conclusions reached in the cases cited, I find nothing in any of them, nor have I found anything else, which supports the type of blanket rule advocated by the respondents. At best, these decisions simply confirm that the question of whether a duty of care arises between an employee and his or her employer’s customer depends on the circumstances of each particular case. The mere fact that the employee is performing the “very essence” of a contract between the plaintiff and his or her employer does not, in itself, necessarily preclude a conclusion that a duty of care was present.

As conceded by the respondents, there are many decisions in which a duty of care was found to

ployé qui agit dans l’exercice de ses fonctions et dans l’exécution de ce qui constitue «l’essence même» des obligations contractuelles de son employeur envers un client, à toute obligation de diligence, qu’elle soit qualifiée d’«indépendante» ou autrement, envers le client de l’employeur. Notre droit relatif à la négligence s’est depuis longtemps écarté de la méthode fondée sur l’appartenance à une catégorie dans le cas d’obligations de diligence. Il est désormais bien établi que la question de savoir s’il existe une obligation de diligence dépend des circonstances de chaque cas et non de catégories préétablies et de règles générales applicables à la question de savoir qui a et qui n’a pas l’obligation de faire preuve de diligence raisonnable. Il peut bien y avoir des cas où, selon les circonstances particulières en cause, un employé n’aura pas d’obligation de diligence envers un client de son employeur. Les intimés ont, en effet, mentionné à notre Cour une série de décisions où l’on semble avoir tiré cette conclusion: voir *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702 (C.A.C.-B.), *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (C.A. Man.), *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989, et *R.M. & R. Log Ltd. c. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744 (C. de l’É.).

Toutefois, cela ne signifie pas qu’on arrive nécessairement à ce résultat dans toutes les situations de fait. Sans me prononcer sur les conclusions tirées dans la jurisprudence citée, je n’y trouve rien, ni quoi que ce soit d’autre, qui justifie le type de règle générale préconisé par les intimés. Au mieux, ces décisions ne font que confirmer que la question de savoir si un employé a une obligation de diligence envers le client de son employeur dépend des circonstances de chaque cas. Le simple fait que l’employé exécute ce qui constitue «l’essence même» d’un contrat intervenu entre le demandeur et son employeur n’empêche pas nécessairement en soi de conclure à l’existence d’une obligation de diligence.

Comme les intimés l’ont reconnu, les tribunaux ont maintes fois conclu à l’existence d’une obliga-

exist: see, for example, *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (B.C.C.A.); *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (B.C.S.C.); *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189 (B.C.S.C.); and *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (B.C.S.C.). In concluding discussion of this issue, I would add that the acceptance of the general rule advocated by the respondents would be at odds with the common law notion of vicarious liability. This principle, which has been well developed through years of jurisprudence, has as part of its very core the recognition that in many cases employees do owe duties of care to third parties, such as their employer's customers.

As the respondents owed a duty of care to the appellant in their handling of the transformer, I would accordingly dismiss the cross-appeal.

B. Limitation of Liability Clause

Accepting the finding of the trial judge that the respondents breached their duty of care thereby causing damages fixed at \$33,955.41 to the appellant, I must now consider whether they are allowed to benefit from the limitation of liability clause found in the contract of storage between their employer, Kuehne & Nagel, and the appellant. The majority of the Court of Appeal reached a conclusion favourable to the respondents on this issue by using two different approaches (1) by implying a term in the contract extending the protection of s. 11(b) of the contract of storage to the respondents and by applying the exception to the doctrine of privity set out in *The Eurymedon* and *ITO—International Terminal Operators* (Lambert J.A.'s contract analysis); and (2) by taking into account the "contractual matrix" between Kuehne & Nagel and the appellant, including the limitation of liability clause, so as to qualify the respondents' duty of

tion de diligence: voir, par exemple, *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (C.A.C.-B.), *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (C.S.C.-B.), *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189 (C.S.C.-B.), et *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (C.S.C.-B.). Pour conclure sur le sujet, j'ajouterais que l'acceptation de la règle générale préconisée par les intimés serait difficilement compatible avec la notion de la responsabilité du fait d'autrui reconnue en common law. Au cœur même de ce principe, que la jurisprudence a bien développé au fil des ans, il y a la reconnaissance que, dans bien des cas, les employés ont une obligation de diligence envers des tiers tels que les clients de leur employeur.

Comme les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé le transformateur, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

B. La clause de limitation de la responsabilité

Ayant fait mienne la conclusion du juge de première instance que les intimés ont manqué à leur obligation de diligence et, de ce fait, causé à l'appelante des dommages évalués à 33 955,41 \$, je dois maintenant examiner la question de savoir s'ils peuvent bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité que renferme le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur, Kuehne & Nagel, et l'appelante. La Cour d'appel, à la majorité, s'est prononcée en faveur des intimés à cet égard, en recourant à deux méthodes différentes, c'est-à-dire 1) en concluant à l'existence, dans le contrat, d'une condition implicite étendant aux intimés la protection de l'al. 11b) du contrat d'entreposage et en appliquant au principe du lien contractuel l'exception énoncée dans les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators* (l'analyse contractuelle du juge Lambert), et 2) en tenant compte du «cadre contractuel» établi entre Kuehne & Nagel et l'appelante, y compris la clause de limitation de la responsabilité, de manière à atténuer l'obligation de diligence des intimés et à limiter à 40 \$ la responsabilité qui en

care and their ensuing liability to \$40 (McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A.'s tort analysis).

découle (l'analyse délictuelle du juge en chef McEachern et du juge Wallace).

(1) Arguments of the Parties

The appellant argues that the respondents should not benefit, in any way, from a limitation of liability clause contained in a contract to which they are not parties. In its submissions, the appellant strongly, if not exclusively, relies upon the doctrine of privity of contract and upon its application by this Court in *Canadian General Electric, supra*, *Greenwood Shopping Plaza, supra*, and *ITO-International Terminal Operators, supra*. It is submitted that these decisions have unequivocally established the legal principles to be applied in determining whether a tortfeasor may rely upon a limitation of liability clause in a contract to which the tortfeasor is not a party. The appellant submits that, in so doing, this Court has repeatedly rejected attempts to abrogate or weaken the doctrine of privity of contract. In particular, it is argued that contractual protection can be extended to non-contracting parties only in limited circumstances where the facts support a finding of agency or trust. In the present case, the appellant states that there exists no evidence which would allow this Court to make such a finding. Accordingly, it is submitted that the majority of the Court of Appeal has abandoned "longstanding, established and fundamental principles of law" in affording contractual protection to the respondents.

More specifically, the appellant argues that, while Lambert J.A. was correct in adopting a contractual analysis, he erred in implying into the contract a term which included the respondents. On the other hand, the appellant claims that McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. erred in their emphasis upon the contractual relationship between the appellant and Kuehne & Nagel when considering the nature and extent of the duty of care owed by the respondents. It is submitted that such reasoning is unfounded in Canadian law and is bound to create uncertainty. Furthermore, it represents an unwarranted and unnecessary intrusion in the area of tort law. The appellant submits that

1) L'argumentation des parties

^a L'appelante soutient que les intimés ne devraient nullement bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité contenue dans un contrat auquel ils ne sont pas parties. Dans son argumentation, elle invoque fortement, voire exclusivement, le principe du lien contractuel et son application par notre Cour dans les arrêts *Canadian General Electric, Greenwood Shopping Plaza* et *ITO—International Terminal Operators*, précités. Elle prétend que ces arrêts ont établi, de manière non équivoque, les principes juridiques qui doivent s'appliquer pour déterminer si l'auteur d'un délit peut invoquer une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat auquel il n'est pas partie. L'appelante fait valoir que, ce faisant, notre Cour a maintes fois repoussé les tentatives d'abroger ou d'affaiblir le principe du lien contractuel. Elle soutient, plus particulièrement, qu'une protection contractuelle ne peut être étendue à des parties non contractantes que dans les cas limités où les faits permettent de conclure à l'existence d'un mandat ou d'une fiducie. En l'espèce, l'appelante affirme qu'il n'y a aucune preuve qui permettrait à notre Cour de tirer une telle conclusion. Par conséquent, elle fait valoir que la Cour d'appel, à la majorité, a rompu avec [TRADUCTION] «des principes de droit fondamentaux établis depuis longtemps» en accordant aux intimés la protection contractuelle.

^h L'appelante soutient, plus précisément, que le juge Lambert a eu raison de recourir à une analyse contractuelle, mais qu'il a commis une erreur en concluant que le contrat contenait une condition implicite qui en étendait l'application aux intimés. Par ailleurs, elle fait valoir que le juge en chef McEachern et le juge Wallace ont eu tort de mettre l'accent sur le lien contractuel existant entre l'appelante et Kuehne & Nagel aux fins de déterminer la nature et la portée de l'obligation de diligence des intimés. Selon elle, pareil raisonnement n'est pas fondé en droit canadien et ne peut qu'engendrer de l'incertitude. De plus, il représente une ingérence injustifiée et inutile dans le domaine du

to use a duty of care (tort) analysis to import contractual limitations into tort law is another attempt to circumvent the rigidity of the doctrine of privity. According to the appellant, any departure from this doctrine should be brought upon by the legislature and not by the courts. In any event, it is submitted that the application of the duty of care analysis is inappropriate in the case at bar as the foundation of liability against the respondents is the tort of trespass to goods, as advanced by Southin J.A. in dissent. In conclusion, the appellant challenges the "starting point" of the judges in the courts below to the effect that it is unjust to hold the respondent employees personally liable in the case at bar. In particular, it notes that the respondents were negligent, that more substantive injustice has been done in this case and others by a departure from orthodox and fundamental principles, and that adequate protection for employees exists within the current framework of the common law.

For their part, the respondents submit that they are entitled to benefit from the limitation of liability clause and suggest three alternative ways to arrive at such a result. First, they argue for a judicial reconsideration, or a relaxation of, the doctrine of privity of contract as it applies to the case at bar. It is submitted that this doctrine, in the facts of the present case, is radically out of step with commercial reality, with the expectations of the parties and with the way in which the parties allocated the risk of loss or damage. The respondents argue that employees can, without consideration and without invoking traditional exceptions such as trust or agency, claim the benefit of their employer's contractual limitation of liability when: (1) there is a contractual limitation of liability between their employer and another party; (2) a loss occurs during the employer's performance of its contractual obligations to that third party; and (3) the employees are acting in the course of their employment when the loss occurs. Second, the respondents submit that they can benefit from the clause in question by implying a term into the contract and by

droit de la responsabilité délictuelle. L'appelante soutient que le recours à une analyse (délictuelle) fondée sur une obligation de diligence pour introduire des limites contractuelles dans le droit de la responsabilité délictuelle constitue une autre tentative de contourner le rigorisme du principe du lien contractuel. Selon elle, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il incombe de prescrire toute dérogation à ce principe. Quoiqu'il en soit, elle prétend que l'analyse fondée sur l'application de l'obligation de diligence est inopportune en l'espèce puisque la responsabilité des intimés est fondée, selon l'opinion dissidente du juge Southin, sur le délit d'atteinte à la possession mobilière. Enfin, l'appelante conteste le «point de départ» des juges d'instance inférieure selon lequel il est injuste, en l'espèce, de tenir les employés intimés personnellement responsables. Plus particulièrement, elle fait remarquer que les intimés ont été négligents, qu'une dérogation à des principes orthodoxes et fondamentaux a entraîné une injustice plus grave dans la présente affaire notamment et que la common law, dans son état actuel, offre déjà une protection adéquate aux employés.

Pour leur part, les intimés soutiennent qu'ils ont le droit de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité et ils proposent trois façons différentes d'arriver à ce résultat. Premièrement, ils préconisent un réexamen ou un assouplissement, par les tribunaux, du principe du lien contractuel qui s'applique à la présente affaire. Ils prétendent que, compte tenu des faits de l'espèce, ce principe est tout à fait incompatible avec la réalité commerciale, les attentes des parties et la manière dont celles-ci ont réparti le risque de perte ou de dommages. Les intimés font valoir qu'indépendamment des exceptions traditionnelles comme le mandat et la fiducie, les employés peuvent invoquer la limitation contractuelle de la responsabilité de leur employeur 1) s'il existe une limitation contractuelle de la responsabilité entre leur employeur et une autre partie, 2) si une perte se produit pendant que l'employeur remplit ses obligations contractuelles envers cette tierce partie et 3) si les employés agissent dans l'exercice de leurs fonctions au moment où la perte survient. Deuxièmement, les intimés prétendent qu'ils peuvent bénéfi-

relying on the decisions in *The Eurymedon*, *supra*, and *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, in the manner suggested by Lambert J.A. And third, the respondents adopt similar arguments to those advanced in the reasons of McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. and submit that the contractual setting between Kuehne & Nagel and the appellant, including the limitation of liability clause, has the effect of limiting the respondents' liability to the appellant. In this sense, it is suggested that the respondents should be allowed to benefit from the clause, albeit indirectly, via a duty of care (tort) analysis. They argue that such an analysis is not irrelevant as suggested by Southin J.A. in dissent and by the appellant. Rather, the respondents submit it is the principles of trespass, not negligence, that are inapplicable to the facts of this case.

(2) Approach to be Taken Herein

In my opinion, it is unnecessary to embark upon the type of tort analysis suggested by the respondents in order to arrive at the result that justice mandates in the case at bar. I do not say this because I disagree in principle with the reasoning of McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A., and of my colleague Justice McLachlin, on which I refrain from expressing any opinion, but rather because I believe that a more direct approach is both available and preferable. The respondents are seeking the benefit of s. 11(b) of the contract of storage between their employer and the appellant in order to limit the liability that would otherwise attach to their breach of duty; in other words, in order to downwardly modify the assessment of damages currently fixed at \$33,955.41. The appellant has never argued, understandably in the circumstances of this case, that s. 11(b) of the contract of storage was not wide enough to cover the respondents' negligence, that it had not been brought to the appellant's attention prior to the execution of the contract, or that it would be unconscionable to permit the respondents to rely on the limitation clause. The main obstacle to the

cier de la clause en question en concluant à l'existence d'une condition implicite dans le contrat et en invoquant les arrêts *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators*, précités, comme l'a proposé le juge Lambert. Troisièmement, ils avancent des arguments semblables à ceux avancés dans les motifs du juge McEachern et du juge Wallace et soutiennent que l'entente contractuelle intervenue entre Kuehne & Nagel et l'appelante, y compris la clause de limitation de la responsabilité, a pour effet de limiter leur responsabilité envers l'appelante. C'est ainsi qu'ils laissent entendre qu'ils devraient pouvoir bénéficier de la clause, quoique indirectement, grâce à une analyse (délictuelle) fondée sur l'obligation de diligence. Ils font valoir que cette analyse n'est pas hors de propos comme l'affirment le juge Southin, dissidente, et l'appelante. Les intimés affirment plutôt que sont les principes de l'atteinte à la possession mobilière, et non de la négligence, qui sont inapplicables en l'espèce.

e 2) La méthode à suivre en l'espèce

J'estime qu'il est inutile d'entreprendre le genre d'analyse délictuelle que proposent les intimés pour atteindre le résultat que la justice commande en l'espèce. Ce n'est pas que je sois en désaccord, en principe, avec le raisonnement suivi par le juge en chef McEachern et le juge Wallace, ainsi que par ma collègue le juge McLachlin, au sujet duquel je n'exprime aucune opinion, mais je crois qu'il est possible et préférable d'adopter une méthode plus directe. Les intimés cherchent à bénéficier de l'al. 11b) du contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appelante afin de limiter la responsabilité qui découlerait par ailleurs du manquement à leur obligation, en d'autres termes, afin de modifier à la baisse le montant des dommages actuellement évalué à 33 955,41 \$. L'appelante n'a jamais soutenu, ce qui est naturel dans les circonstances de la présente affaire, que l'al. 11b) du contrat d'entreposage n'avait pas une portée assez large pour englober la négligence des intimés, qu'il n'avait pas été porté à son attention avant la signature du contrat ou qu'il serait inique de permettre aux intimés d'invoquer la clause de limitation. Comme l'a souligné l'appelante, le principal obsta-

respondents' claim, as pointed out by the appellant, is the doctrine of privity of contract. The judges below were well aware of the difficulty presented by this doctrine and chose different routes to deal with it: the trial judge and Southin J.A., in dissent, simply applied the doctrine; Lambert J.A. applied a recognized exception to privity; and McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. circumvented the doctrine by resorting to a tort analysis.

For my part, I prefer to deal head-on with the doctrine of privity and to relax its ambit in the circumstances of this case. Some may argue that the same result can (and should) be reached by using a number of approaches which are seemingly less drastic and/or allegedly more theoretically sound, such as the one advanced in the Court of Appeal by McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A., or the "no duty" approach advocated by my colleague, Justice La Forest, and authors such as B. J. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance", in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), 235, or the doctrine of "vicarious immunity" allegedly adopted by the House of Lords in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522.

In this respect, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague McLachlin J. in the case at bar but, with respect, cannot agree with her characterization of my reasons or with her approach to the questions raised herein. Except for a rigid adherence to the doctrine of privity of contract, I do not see any compelling reason based on principle, authority or policy demonstrating that this Court, or any other, must embark upon a complex and somewhat uncertain "tort analysis" in order to allow third parties such as the respondents to obtain the benefit of a contractual limitation of liability clause, once it has been established that they breached a recognized duty of care. In my view, apart from privity of contract, it is contrary to neither principle nor authority to allow such a party, in appropriate circumstances, to obtain the

auquel se heurte la demande des intimés est le principe du lien contractuel. Les juges d'instance inférieure étaient bien conscients de la difficulté que présentait ce principe et ils ont choisi d'en traiter de différentes façons. Le juge de première instance et le juge Southin, dissidente, ont simplement appliqué le principe, le juge Lambert a appliqué une exception reconnue au principe du lien contractuel et le juge en chef McEachern et le juge Wallace ont contourné le principe en recourant à une analyse délictuelle.

Pour ma part, je préfère m'attaquer de front au principe du lien contractuel et en assouplir la portée dans les circonstances de la présente affaire. D'aucuns peuvent soutenir que le même résultat peut (et devrait) être atteint en recourant à un certain nombre de méthodes qui sont apparemment moins draconiennes ou qui, prétend-on, sont théoriquement plus saines ou les deux à la fois, comme celle proposée en Cour d'appel par le juge en chef McEachern et le juge Wallace, ou la méthode de l'absence d'obligation préconisée par le juge La Forest et des auteurs comme B. J. Reiter dans «Contracts, Torts, Relations and Reliance», dans B. J. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980), 235, ou encore le principe de l'«immunité dérivée» qu'aurait adopté la Chambre des lords dans l'arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522.

À cet égard, j'ai pris connaissance des motifs rédigés en l'espèce par ma collègue le juge McLachlin, mais, en toute déférence, je ne puis être d'accord avec son interprétation de mes motifs ou avec la façon dont elle aborde les questions soulevées en l'espèce. Sauf si on veut observer strictement le principe du lien contractuel, je vois aucune raison sérieuse, fondée sur les principes, la jurisprudence, la doctrine ou l'ordre public, qui démontre que notre Cour ou tout autre tribunal doit procéder à une «analyse délictuelle» complexe et quelque peu incertaine, pour permettre à des tiers comme les intimés de bénéficier d'une clause contractuelle de limitation de la responsabilité, une fois qu'il a été établi qu'ils ont manqué à une obligation de diligence reconnue. À mon avis, hormis le principe du lien contractuel, il est contraire à

benefit directly from the contract (i.e. in the same manner as would the contracting party) by resorting to what may be referred to as a “contract analysis”. The main obstacle to such an approach resides in the fact that the party relying on the limitation of liability clause is not a party to the contract, not in the alleged principle that if one starts in tort, one must end in tort.

I accept the respondents’ submission that this is both the time and the case for a judicial reconsideration of the rule regarding privity of contract as applied to employers’ contractual limitation of liability clauses. Furthermore, I find wide support for the contract approach I adopt, including my view as to how a contractual limitation of liability clause may become relevant in a tort case such as the present one (i.e. as a juridical reason affecting the consequences—liability—of the breach of a duty of care), both in the jurisprudence and in a number of commentaries dealing specifically with the case at bar: see *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *ITO—International Terminal Operators*, *supra*; W. J. Swadling, “Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee” (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, at p. 229; and J. Swan, “Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent” (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129, at pp. 133-34.

In my view, the respondents were third party beneficiaries to the limitation of liability clause found in the contract of storage between their employer and the appellant and, in view of the circumstances involved, may benefit directly from this clause notwithstanding that they are not a signing party to the contract. I recognize that such a conclusion collides with privity of contract in its strictest sense; however, for reasons that follow, I

quelque principe, jurisprudence ou doctrine de permettre à une telle partie, dans des circonstances appropriées, de bénéficié directement du contrat (c’est-à-dire comme ce serait le cas pour la partie contractante), en recourant à ce qu’on peut appeler une «analyse contractuelle». Le principal obstacle auquel se heurte cette méthode réside dans le fait que la partie qui invoque la clause de limitation de la responsabilité n’est pas une partie au contrat, et non dans le prétendu principe selon lequel qui commence en matière délictuelle doit terminer en matière délictuelle.

J’accepte l’argument des intimés voulant que ce soit le temps et qu’il convienne de procéder à un réexamen judiciaire de la règle concernant le lien contractuel qui s’applique aux clauses de limitation de la responsabilité des employeurs. De plus, je trouve, tant dans la jurisprudence que dans un certain nombre de commentaires portant précisément sur la présente affaire, un appui considérable pour la méthode contractuelle que j’adopte, y compris ma perception de la façon dont une clause de limitation de la responsabilité peut devenir pertinente dans une affaire délictuelle comme celle dont nous sommes saisis (c’est-à-dire à titre de motif juridique modifiant les conséquences, savoir la responsabilité, du manquement à une obligation de diligence): voir *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589, *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, *ITO—International Terminal Operators*, précité, W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, à la p. 229, et J. Swan, «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129, aux pp. 133 et 134.

Selon moi, les intimés étaient des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de la responsabilité figurant dans le contrat d’entreposage intervenu entre leur employeur et l’appelante et, dans les circonstances, ils peuvent bénéficier directement de cette clause même s’ils ne sont pas signataires du contrat. J’admets qu’une telle conclusion est contraire au principe du lien contractuel au sens le plus strict, mais, pour les motifs énoncés ci-

believe that this Court is presented with an appropriate factual opportunity in which to reconsider the scope of this doctrine and decide whether its application in cases such as the one at bar should be limited or modified. It is my opinion that commercial reality and common sense require that it should.

Before proceeding with my analysis I wish to state that, in view of the approach I adopt, it will be unnecessary for me to determine whether or not the respondents' liability is, as argued by Southin J.A. in dissent, governed by the law of trespass and not the law of negligence. Indeed, as I am of the opinion that the respondents owed a duty of care and that they may benefit from the limitation of liability clause without resorting to a tort analysis, a conclusion that they are liable in trespass rather than in negligence would change nothing in the disposition of this appeal. I must add, however, that I have some doubts as to the correctness of the conclusions of law made by Southin J.A. on this matter. In this respect, I would adopt the comments made by Professor Swadling, *supra*, at pp. 221-23 of his commentary.

I will now turn to the heart of the present appeal, namely, privity of contract and third party beneficiaries. In dealing with this issue, I would like briefly to review what is understood by the doctrine of privity of contract, the decisions that support it, the reasons behind the doctrine, criticisms of the doctrine, and its treatment in other jurisdictions. I shall then go on to discuss previous decisions of this Court on the matter before turning to the doctrine in the circumstances of this appeal.

(3) The Doctrine of Privity of Contract and Third Party Beneficiaries

(a) *Introduction*

The doctrine of privity of contract has been stated by many different authorities sometimes with varying effect. Broadly speaking, it stands for the proposition that a contract cannot, as a general

après, je crois que notre Cour a ici l'occasion de réexaminer la portée de ce principe et de décider si son application à des cas semblables à l'espèce devrait être limitée ou modifiée. J'estime que la réalité commerciale et le bon sens exigent qu'elle le soit.

Avant d'entreprendre mon analyse, je tiens à préciser qu'en raison de la méthode que j'adopte, il ne me sera pas nécessaire de déterminer si la responsabilité des intimés est, comme l'a prétendu le juge Southin dans sa dissidence, régie par le droit relatif à l'atteinte à la possession mobilière plutôt que par le droit relatif à la négligence. En effet, comme je suis d'avis que les intimés avaient une obligation de diligence et qu'ils peuvent bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité sans qu'il soit nécessaire de recourir à une analyse délictuelle, conclure qu'ils ont commis une atteinte à la possession mobilière et non une négligence ne modifierait en rien l'issue du présent pourvoi. Je dois néanmoins ajouter que je doute quelque peu de la justesse des conclusions de droit tirées par le juge Southin sur ce point. À cet égard, je mentionnerais les propos que tient le professeur Swadling, *loc. cit.*, aux pp. 221 à 223 de son commentaire.

Je reviens maintenant au cœur du présent pourvoi, savoir le principe du lien contractuel et les tiers bénéficiaires. En abordant cette question, j'aimerais examiner brièvement ce qu'on entend par le principe du lien contractuel, les décisions qui l'appuient et les motifs qui le sous-tendent, les critiques exprimées à son égard et la façon de le traiter dans d'autres ressorts. J'analyserai ensuite les arrêts déjà prononcés par notre Cour en la matière avant de passer à l'examen du principe dans le contexte du présent pourvoi.

(3) Le principe du lien contractuel et les tiers bénéficiaires

a) *Introduction*

Le principe du lien contractuel a été énoncé à maintes reprises dans la doctrine et la jurisprudence, avec parfois plus ou moins d'effet. De manière générale, ce principe veut qu'un contrat

rule, confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it: see, for example, *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), at p. 411, cited by McIntyre J. for this Court in *Greenwood Shopping Plaza Ltd.*, *supra*,^a at p. 236; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (8th ed. 1991), at pp. 523-75; *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), at pp. 450-68; and *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), vol. I, at pp. 662-91. It is now widely recognized that this doctrine has two very distinct components or aspects. On the one hand, it precludes parties to a contract from imposing liabilities or obligations on third parties. On the other, it prevents third parties from obtaining rights or benefits under a contract; it refuses to recognize a *jus quaesitum tertio* or a *jus tertii*. This latter aspect has not only applied to deny complete strangers from enforcing contractual provisions but has also applied in cases where the contract attempts, either expressly or impliedly, to confer benefits on a third party. In other words, it has equally applied in cases involving third party beneficiaries. This appeal is concerned only with the second aspect of privity, and particularly with its application to third party beneficiaries. Nothing in these reasons should be taken as affecting in any way the law as it relates to the imposition of obligations on third parties.^f

The decisions most often cited in Canadian courts in support of the doctrine of privity are: *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847 (H.L.); *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, *supra*; *Canadian General Electric*, *supra*; and *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*. As confirmed by these and other decisions, privity of contract is an established principle of contract law. It is not, however, an ancient principle. As noted by this Court in *Greenwood Shopping Plaza*, at p. 237, the doctrine "has not always been applied with the rigor which has developed during modern times". Indeed, many have noted earlier decisions in the English com-

ne confère des droits ou n'impose des obligations qu'aux personnes qui y sont parties: voir, par exemple, *Anson's Law of Contract* (25^e éd. 1979), à la p. 411, cité par le juge McIntyre, au nom de notre Cour, dans *Greenwood Shopping Plaza Ltd.*, précité, à la p. 236, G. H. Treitel, *The Law of Contract* (8^e éd. 1991), aux pp. 523 à 575, *Cheshire, Fifoot et Furmston's Law of Contract* (12^e éd. 1991), aux pp. 450 à 468, et *Chitty on Contracts* (25^e éd. 1983), vol. I, aux pp. 662 à 691. Il est désormais généralement admis que ce principe comporte deux éléments ou aspects très distincts. D'une part, il empêche les parties à un contrat d'imposer des responsabilités ou des obligations à des tiers. D'autre part, il empêche les tiers de bénéficier des droits ou des avantages que confère un contrat; il fait obstacle à la reconnaissance des droits des tiers (*jus quaesitum tertio* ou *jus tertii*). Ce dernier aspect a été appliqué non seulement pour empêcher de parfaits étrangers au contrat de faire exécuter des dispositions de celui-ci, mais également lorsque les parties tentent expressément ou implicitement, dans le contrat, de conférer un avantage à un tiers. En d'autres termes, il s'est également appliqué dans des cas où il était question de tiers bénéficiaires. Le présent pourvoi ne porte que sur le second aspect du principe du lien contractuel et, plus particulièrement, sur son application aux tiers bénéficiaires. Les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme modifiant de quelque manière le droit applicable à l'imposition d'obligations à des tiers.^g

Voici les arrêts qui sont le plus souvent cités, devant les tribunaux canadiens, à l'appui du principe du lien contractuel: *Tweddle c. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762, *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847 (H.L.), *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, précité, *Canadian General Electric*, précité, et *Greenwood Shopping Plaza*, précité. Ces arrêts ainsi que d'autres décisions confirment que le principe du lien contractuel est un principe établi du droit des contrats. Ce principe n'est cependant pas ancien. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans *Greenwood Shopping Plaza*, à la p. 237, ce principe «n'a pas toujours été appliqué [...] avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui».

mon law which have allowed third party beneficiaries to enforce contracts made for their benefit: see, for example, the review of the history by Windeyer J. in *Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385 (H.C.), at pp. 407-9; R. Flannigan, "Privity—The End of an Era (Error)" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564, at pp. 565-68; and *Carver's Carriage by Sea* (13th ed. 1982), at pp. 241-47. It is generally recognized that the law in this respect was not "settled" until the mid-nineteenth century. It is also accepted that there are certain exceptions to the doctrine of privity such as trust and agency: see *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, at pp. 238-41 and *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, at pp. 784-94.

Closely related to the doctrine of privity, but conceptually distinct, is the rule that consideration for a promise must move from the person entitled to sue or rely on that promise. Both rules have been used in the past, sometimes in an interchangeable manner, in order to deny third parties the right to enforce contractual provisions made for their benefit. There is some debate in academic circles, supported by *obiter dicta*, as to whether or not privity and consideration are really distinct concepts. For our purposes, however, I find it unnecessary to consider this question. I proceed on the basis that the major obstacle to the respondents' claim, as stated by the appellant, is that they are not a party to the contract from which they seek to obtain a benefit.

The reasons behind the doctrine of privity have received very little judicial attention. Professor Treitel offers perhaps the most often cited (and debated) justifications for this doctrine in his treatise *The Law of Contract*, *supra*, at pp. 527-28. Maintaining a certain distance, he claims that the denial of third party rights under a contract may be justified for four reasons: (1) a contract is a very personal affair, affecting only the parties to it; (2)

En fait, plusieurs ont souligné des décisions antérieures, dans la common law anglaise, où on a permis à des tiers bénéficiaires de faire exécuter des contrats conclus à leur profit: voir par exemple, l'historique que fait le juge Windeyer dans *Coulls c. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385 (H.C.), aux pp. 407 à 409, R. Flannigan, «Privity—The End of an Era (Error)» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564, aux pp. 565 à 568, et *Carver's Carriage by Sea* (13^e éd. 1982), aux pp. 241 à 247. On admet généralement que le droit applicable en la matière n'a pas été «établi» avant le milieu du XIX^e siècle. On accepte également qu'il existe certaines exceptions, comme la fiducie et le mandat, au principe du lien contractuel: voir *Greenwood Shopping Plaza*, précité, aux pp. 238 à 241, et *ITO—International Terminal Operators*, précité, aux pp. 784 à 794.

Liée de près au principe du lien contractuel, mais pourtant distincte, il y a la règle voulant que la contrepartie à un engagement provienne de la personne qui a le droit d'engager des poursuites fondées sur cet engagement ou de s'y fier. Les deux règles ont été invoquées dans le passé, parfois indifféremment, pour refuser à des tiers le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à leur profit. Certains débats théoriques, appuyés d'opinions incidentes, portent sur la question de savoir si le lien contractuel et la contrepartie constituent vraiment des notions distinctes. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Je tiens pour acquis que le principal obstacle auquel se heurte la demande des intimés, comme l'a mentionné l'appelante, réside dans le fait qu'ils ne sont pas parties au contrat dont ils cherchent à tirer un avantage.

Les tribunaux se sont peu attardés aux motifs qui sous-tendent le principe du lien contractuel. Dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract*, *op. cit.*, aux pp. 527 et 528, le professeur Treitel expose peut-être les justifications les plus citées (et discutées) de ce principe. Avec une certaine réserve, il prétend que le refus de reconnaître les droits des tiers aux termes d'un contrat peut être justifié pour quatre raisons: 1) le contrat revêt un

it would be unjust to allow a person to sue on a contract on which he or she could not be sued; (3) if third parties could enforce contracts made for their benefit, the rights of contracting parties to rescind or vary such contracts would be unduly hampered; and (4) the third party is often merely a donee and a "system of law which does not give a gratuitous promisee a right to enforce the promise is not likely to give this right to a gratuitous beneficiary who is not even a promisee".

Professor Atiyah in *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) offers an economic explanation for the doctrine (at p. 414):

There is a sense in which the new doctrine of privity was an important development in the law at a time of increasing complexity in multilateral commercial relationships. The appearance of middlemen in all sorts of commercial situations served to separate the parties at either end of the transaction, and it was generally accepted that no privity existed between them. Economically, this may have served a useful purpose, in that it encouraged the development of a more market-based concept of enterprise liability. But on some occasions the results were not only economically dubious but socially disastrous.

Other possible justifications include preventing the promisor from being subject to double recovery and avoiding a floodgate of litigation brought about by third party beneficiaries.

(b) *Criticisms of the Doctrine*

Few would argue that complete strangers to a contract should have the right to enforce its provisions. When it comes to third party beneficiaries, however, the doctrine of privity of contract has received much criticism in this century by law reformers, commentators, and judges. To date, three major law reform bodies in the Common-

caractère très personnel et n'a d'effet que sur les parties qui le concluent, 2) il serait injuste de permettre à une personne d'engager des poursuites fondées sur un contrat aux termes duquel elle ne pourrait pas être poursuivie, 3) si des tiers pouvaient faire exécuter des contrats conclus à leur profit, les droits des parties contractantes de résilier ou de modifier ces contrats seraient indûment compromis, et 4) souvent, le tiers n'est qu'un donataire et [TRADUCTION] «il est peu probable qu'un système de droit qui ne reconnaît pas au créancier d'un engagement à titre gratuit le droit de faire exécuter cet engagement confèrera ce droit au bénéficiaire à titre gratuit qui n'est même pas créancier de l'engagement».

Dans son ouvrage intitulé *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), le professeur Atiyah propose, à la p. 414, une explication économique de ce principe:

[TRADUCTION] À une époque où les liens commerciaux multilatéraux deviennent de plus en plus complexes, le nouveau principe du lien contractuel a, dans un sens, marqué une évolution importante du droit. L'avènement d'intermédiaires dans toutes sortes d'opérations commerciales a contribué à séparer les parties à une opération, et il était généralement admis qu'aucun lien contractuel n'existait entre eux. Du point de vue économique, cela peut avoir été utile en encourageant l'établissement d'un concept de responsabilité de l'entreprise fondé davantage sur le marché. Toutefois, il est parfois arrivé que les résultats aient été non seulement économiquement douteux, mais aussi socialement catastrophiques.

Parmi les autres justifications possibles, il y a la volonté d'empêcher le débiteur d'un engagement de s'exposer à la double indemnisation et celle d'éviter une avalanche de poursuites de la part de tiers bénéficiaires.

b) *Critiques formulées au sujet du principe*

Rares sont ceux qui soutiennent que de parfaits étrangers à un contrat devraient avoir le droit d'en faire exécuter les dispositions. Cependant, lorsqu'il s'agit de tiers bénéficiaires, le principe du lien contractuel a, au cours de ce siècle, fait l'objet de nombreuses critiques de la part de réformateurs du droit, de commentateurs et de juges. Dans le Com-

wealth have examined the doctrine; each has recommended its abolition.

In 1937, the Law Revision Committee of the United Kingdom in its *Sixth Interim Report*, noting the difficulties created by privity of contract, recommended that it be abolished subject to three provisos: (1) no third party right can be acquired unless given by the express terms of the contract; (2) the promisor should be entitled to raise against the third party any defence that would have been valid against the promisee; and (3) the parties to the contract should retain the right to cancel it at any time, unless the third party has received notice of the agreement and has adopted it. The English Parliament has yet to legislate in this area and the whole matter is once again before the law reformers of that country: Law Commission, *Twenty-fifth Annual Report: 1990* (Law Comm. No. 195), para. 2.14. The Commission recently published a Consultation Paper in which it makes the provisional recommendation that a reform to the law of privity should be made in order to allow third parties to enforce contractual provisions made in their favour: Law Commission, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Consultation Paper No. 121 (1991).

In New Zealand, a similar recommendation was made in the 1981 *Report on Privity of Contract* of the New Zealand Contracts and Commercial Law Reform Committee following a review of the problems created by a strict adherence to privity of contract and of the legal techniques sometimes used to avoid unjust results. The many recommendations of the Committee, including a reference to limitation of liability clauses and third parties, were implemented in the *Contracts (Privity) Act 1982*, Stat. N.Z., No. 132.

In Canada, the Ontario Law Reform Commission in its 1987 *Report on Amendment of the Law of Contract* recommended; persuasively in my view, the enactment of a general legislative provision to the effect that "contracts for the benefit of third parties should not be unenforceable for lack

monwealth, trois importants organismes de réforme du droit ont examiné ce principe et chacun en a recommandé l'abolition.

En 1937, dans son *Sixth Interim Report*, le Law Revision Committee du Royaume-Uni, soulignant les difficultés que posait le principe du lien contractuel, en a recommandé l'abolition sous réserve de trois conditions, soit 1) qu'un droit ne puisse être conféré à un tiers qu'au moyen d'une disposition expresse du contrat, 2) que le débiteur de l'engagement puisse opposer à un tiers tout moyen de défense qu'il aurait pu opposer au créancier de l'engagement et 3) que les parties au contrat conservent le droit de l'annuler à tout moment, à moins que le tiers n'ait été avisé de l'entente et ne l'ait acceptée. Le Parlement anglais n'a pas encore légiféré dans ce domaine et les réformateurs du droit de ce pays se trouvent de nouveau saisis de toute la question: Law Commission, *Twenty-fifth Annual Report: 1990* (Law Comm. No. 195), par. 2.14. La Commission a récemment publié un document d'étude dans lequel elle recommande provisoirement que l'on modifie la règle du lien contractuel de manière à permettre aux tiers de faire exécuter les dispositions contractuelles stipulées en leur faveur: Law Commission, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Consultation Paper No. 121 (1991).

En Nouvelle-Zélande, une recommandation similaire a été faite dans le *Report on Privity of Contract* de 1981 par le New Zealand Contracts and Commercial Law Reform Committee, suite à une analyse des problèmes causés par l'observation stricte du principe du lien contractuel et des techniques juridiques parfois utilisées pour éviter des résultats injustes. Les nombreuses recommandations du comité, notamment en ce qui concerne les clauses de limitation de la responsabilité et les tiers, ont été mises en œuvre dans la *Contracts (Privity) Act 1982*, Stat. N.Z., n° 132.

Au Canada, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a, dans son *Report on Amendment of the Law of Contract* de 1987, recommandé, de façon persuasive selon moi, l'adoption d'une disposition législative générale selon laquelle [TRA-DUCTION] «les contrats conclus au profit de tiers ne

of consideration or want of privity” (at p. 71). The Commission, in the chapter of its *Report* entitled “Third Party Beneficiaries and Privity of Contract”, offered the following general reasons for its recommendation: (1) the present state of the law is very complex and uncertain; (2) the traditional justifications for the doctrine of privity (only those in privity should be allowed to sue; consideration gives the right to sue; and preventing double recovery) are largely unfounded; (3) the doctrine impairs the enforcement of sensible commercial and personal arrangements made on a daily basis; (4) exceptions to the doctrine have developed with no rational basis except to avoid the application of the doctrine; (5) it is difficult, if not impossible, to reconcile the exceptions with the doctrine; (6) the exceptions are of limited use in many situations; (7) the possibility remains that meritorious claims will be defeated by the application of the doctrine; (8) the doctrine has been subject to legislative inroads as well as academic and judicial criticism; (9) many jurisdictions around the world (United States, New Zealand, Western Australia, Queensland and Quebec) have recognized third party rights by abolishing or modifying the doctrine of privity. The Commission concluded its canvass of the reasons for reform with the following comments (at pp. 67-68):

Abolishing the present third party beneficiary rule would, we believe, render the law more consistent internally, and more understandable by lay persons. As was pointed out previously, the courts have been able to circumvent the doctrine of privity by one legal device or another when the desired result was the enforcement of the promise by the third party beneficiary. The present state of the law, with its anomalies and unjustified distinctions, cannot and should not continue.

We note the clear trend in other jurisdictions permitting third parties to enforce contracts made for their benefit. From the discussion of the law in other jurisdictions, it should be apparent that there is almost universal

devraient pas être inexécutaires en raison de l’absence de contrepartie ou de lien contractuel» (à la p. 71). Dans le chapitre de son rapport intitulé «Third Party Beneficiaries and Privity of Contract», la Commission justifie sa recommandation par les motifs généraux suivants: 1) le droit, dans son état actuel, est très complexe et incertain, 2) les justifications traditionnelles du principe du lien contractuel (c.-à-d., celles voulant que seuls les cocontractants devraient pouvoir engager des poursuites, que la contrepartie confère le droit d’engager des poursuites et qu’il y a lieu d’empêcher la double indemnisation) sont en grande partie non fondées, 3) le principe compromet l’exécution d’ententes commerciales et personnelles raisonnables, conclues chaque jour, 4) les exceptions au principe ont été établies sans fondement rationnel, si ce n’est pour éviter l’application du principe, 5) il est difficile, voire impossible, de concilier les exceptions et le principe, 6) dans bien des cas, les exceptions ont une utilité restreinte, 7) il demeure possible que des demandes valables soient rejetées par application du principe, 8) celui-ci a fait l’objet d’incursions législatives ainsi que de critiques de la part d’auteurs de doctrine et de membres de la magistrature, 9) de nombreux ressorts dans le monde (États-Unis, Nouvelle-Zélande, Australie-Occidentale, Queensland et Québec) ont reconnu les droits des tiers en abolissant ou en modifiant le principe du lien contractuel. La Commission a conclu son examen approfondi des motifs qui justifient une réforme, en faisant les observations suivantes (aux pp. 67 et 68):

[TRADUCTION] Nous croyons que l’abolition de la règle actuelle applicable aux tiers bénéficiaires rendrait le droit plus cohérent sur le plan interne et plus intelligible pour les profanes. Tel que mentionné précédemment, les tribunaux ont réussi à contourner le principe du lien contractuel en ayant recours à un moyen juridique ou à un autre lorsque le résultat voulu était de permettre à un tiers bénéficiaire de faire exécuter l’engagement pris. Étant donné ses anomalies et ses distinctions injustifiées, le droit, dans son état actuel, ne peut pas et ne devrait pas subsister.

Nous constatons qu’il y a, dans d’autres ressorts, une nette tendance à permettre à des tiers de faire exécuter les contrats conclus à leur profit. Il ressort de l’examen du droit applicable dans d’autres ressorts que la quasi-

agreement among those who have considered the question that the existing privity of contract rule must be abandoned. In the United States, through common law developments and legislative reform, the privity of contract rule has been rendered virtually obsolete. In Ontario, there are significant areas of the law where this rule no longer holds sway. We believe that the time has come for Ontario to recognize that the doctrine of privity of contract is no longer appropriate as a general principle of contract law.

It is the firmly held view of the Commission that the privity of contract rule should be abolished.

The Commission opted for a reform based on the enactment of a general provision abolishing the doctrine, rather than detailed legislation. This approach was considered to be more flexible, permitting courts to fashion principles on a case by case basis in order to enforce third party rights where justice required such a result. Moreover, it would avoid the many difficulties facing the drafter of specific legislation. It is apparent throughout the *Report* that the reform was also directed towards third parties seeking to enforce limitation of liability clauses made for their benefit.

While noting that legislative reform along the lines mentioned above would be most welcome in this area of the law, many commentators have noted that uniform reform is unlikely in Canada owing to our present constitutional framework: see, for example, S. M. Waddams, "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 327, at p. 333; S. M. Waddams, "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 549, at p. 556; and L. C. Reif, "A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372, at p. 382. Despite the difficulty in the way of uniform legislative reform, Professor Reif is of the opinion that "the legislatures are still the most appropriate sites for any substantial amendment to the principle" since courts are limited in their response to "sporadic and factually limited opportunities" (p. 382). While this may be true, it does

totalité des personnes ayant étudié la question favorise l'abandon de la règle existante du lien contractuel. Aux États-Unis, par suite de l'évolution de la common law et de réformes législatives, la règle du lien contractuel est devenue presque désuète. En Ontario, cette règle n'a plus d'emprise dans des domaines importants du droit. Nous estimons que l'heure est venue, en Ontario, de reconnaître que le principe du lien contractuel n'a plus sa place comme principe général du droit des contrats.

La Commission croit fermement que la règle du lien contractuel devrait être abolie.

La Commission a opté pour une réforme basée sur l'adoption d'une disposition générale abolissant le principe, au lieu de dispositions législatives détaillées. Cette méthode était jugée plus souple, car elle permet aux tribunaux d'établir des principes, dans chaque cas, en vue d'assurer l'exécution des droits des tiers lorsque la justice l'exige. En outre, elle permet d'éviter les innombrables difficultés auxquelles fait face le rédacteur de dispositions législatives précises. Il ressort du rapport de la Commission que la réforme vise également les tiers qui demandent l'application de clauses de limitation de la responsabilité stipulées à leur profit.

Tout en soulignant qu'une réforme législative suivant les paramètres susmentionnés serait très opportune dans ce domaine du droit, bon nombre de commentateurs ont fait remarquer qu'il est peu probable qu'une réforme homogène ait lieu au Canada en raison du cadre constitutionnel actuel: voir, par exemple, S. M. Waddams, «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties» (1977), 55 *R. du B. can.* 327, à la p. 333, S. M. Waddams, «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada» (1981), 59 *R. du B. can.* 549, à la p. 556, et L. C. Reif, «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372, à la p. 382. Malgré les obstacles auxquels se heurte une réforme législative homogène, le professeur Reif est d'avis que [TRADUCTION] «les législatures sont encore l'endroit le plus approprié pour modifier substantiellement le principe» puisque les tribunaux ne peuvent réagir qu'à des [TRADUCTION]

not mean that this Court should refuse to assist in the evolution of the common law when faced with appropriate circumstances.

Most of the specific criticisms of the doctrine of privity and its application to third party beneficiaries have come from commentators. Some have questioned the application of the doctrine in general terms, that is, in its application to cases where a third party is attempting to enforce a contractual provision either by suit or by a defence to a suit, while others have dealt exclusively with the question of third party beneficiaries and limitation of liability (or exemption or exclusion) clauses. See, for example, A. L. Corbin, "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12; S. M. Waddams, "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties", *supra*; S. M. Waddams, "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada", *supra*; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at pp. 200-16; *Carver's Carriage by Sea, supra*, at pp. 241-64; M. Tedeschi, "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *Aust. L.J.* 876; J. Swan and B. J. Reiter, "Developments in Contract Law: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125; W. J. Swadling, "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee", *supra*; J. Swan, "Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent", *supra*; R. Flannigan, "Privity — The End of an Era (Error)", *supra*; J. N. Adams and R. Brownsword, "Privity and the Concept of a Network Contract" (1990), 10 *Legal Studies* 12; G. Battersby, "Exemption Clauses and Third Parties" (1975), 25 *U.T.L.J.* 371; G. Battersby, "Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions" (1978), 28 *U.T.L.J.* 75; B. Coote, *Exception Clauses* (1964), at pp. 117-36; J. Livermore, *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts* (1986), at pp. 175-207. See also the articles cited by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators, supra*, at

«occasions sporadiques et limitées sur le plan des faits» (p. 382). Bien que cela puisse être vrai, il ne s'ensuit pas que notre Cour devrait s'abstenir de contribuer à l'évolution de la common law lorsque les circonstances s'y prêtent.

La plupart des critiques qui visent précisément le principe du lien contractuel et son application aux tiers bénéficiaires proviennent de commentateurs. Certains ont mis en doute l'application du principe en général, c'est-à-dire son application dans les cas où un tiers tente de faire exécuter une disposition contractuelle en engageant ou en contestant des poursuites, tandis que d'autres n'ont examiné que la question des tiers bénéficiaires et des clauses de limitation (d'exonération ou d'exclusion) de la responsabilité. Voir, par exemple, A. L. Corbin, «Contracts for the Benefit of Third Persons» (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12, S. M. Waddams, «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties», *loc. cit.*, S. M. Waddams, «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada», *loc. cit.*, S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (2^e éd. 1984), aux pp. 200 à 216, *Carver's Carriage by Sea, op. cit.*, aux pp. 241 à 264, M. Tedeschi, «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *Aust. L.J.* 876, J. Swan et B. J. Reiter, «Developments in Contract Law: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125, W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee», *loc. cit.*, J. Swan, «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent», *loc. cit.*, R. Flannigan, «Privity—The End of an Era (Error)», *loc. cit.*, J. N. Adams et R. Brownsword, «Privity and the Concept of a Network Contract» (1990), 10 *Legal Studies* 12, G. Battersby, «Exemption Clauses and Third Parties» (1975), 25 *U.T.L.J.* 371, G. Battersby, «Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions» (1978), 28 *U.T.L.J.* 75, B. Coote, *Exception Clauses* (1964), aux pp. 117 à 136, et J. Livermore, *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts* (1986), aux pp. 175 à 207. Voir aussi les articles cités par le juge McIntyre dans *ITO—International*

p. 783 dealing specifically with the application of the rule to “*Himalaya clauses*”.

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

There have been numerous calls from the judiciary for a reconsideration of the doctrine of privity and its refusal to allow third party beneficiaries to enforce provisions made for their benefit. Lord Denning has probably been the most outspoken, if not the least subtle, in this respect. In cases such as *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500, at p. 514, *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250, at pp. 272-75, *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, at p. 183 (a case involving an exemption of liability clause and an action against

Terminal Operators, précité, à la p. 783, concernant précisément l’application de la règle aux «*clauses Himalaya*».

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

^h Les tribunaux ont, à maintes reprises, invité une reconsidération du principe du lien contractuel et son refus de permettre à des tiers bénéficiaires de faire exécuter des dispositions stipulées à leur profit. Lord Denning est probablement celui qui s’est exprimé avec le plus de franchise, voire le plus directement, à cet égard. Dans des affaires comme *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. c. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500, à la p. 514, *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. c. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250, aux pp. 272 à 275, *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, à la p. 183 (une cause

employees), *Midland Silicones*, *supra*, at pp. 483-89 (a case involving a limitation of liability clause and stevedores) and in his Court of Appeal judgment in *Beswick v. Beswick*, [1966] Ch. 538, Lord Denning questioned the accuracy and necessity of the "fundamental principle" that no one who is not a party to a contract can sue or be sued on it or take advantage of the stipulations or conditions that it contains. He has been quick to note that the principle is far from being an ancient one and that there are judicial ways to avoid its application when desired. However, his efforts have been largely ignored, and sometimes criticized, by the English judiciary.

But often judges have expressed similar discontent and have called for a reconsideration of the doctrine prohibiting a third party from enforcing contractual provisions made for his or her benefit: *Beswick v. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), at p. 1201 *per* Lord Reid; *Olsson v. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365 (Aust. H.C.), at pp. 392-93 *per* Windeyer J.; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), at pp. 588-89 *per* Lord Keith and at p. 591 *per* Lord Scarman; *Swain v. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598 (H.L.), at p. 611 *per* Lord Diplock. Lord Scarman's comments are particularly forceful:

I respectfully agree with Lord Reid that the denial by English law of a *jus quaesitum tertio* calls for reconsideration. In *Beswick v. Beswick*, Lord Reid, after referring to the Law Revision Committee's recommendation that the third party should be able to enforce a contractual promise taken by another for his benefit, observed: "If one had to contemplate a further long period of Parliamentary procrastination, this House might find it necessary to deal with this matter." The committee reported in 1937; *Beswick v. Beswick* was decided in 1967. It is now 1979; but nothing has been done. If the opportunity arises, I hope the House will reconsider *Tweddle v. Atkinson* and the other cases which stand guard over this unjust rule.

portant sur une clause de limitation de la responsabilité et une poursuite contre des employés), et *Midland Silicones*, précité, aux pp. 483 à 489 (une cause où il était question d'une clause de limitation de la responsabilité et de manutentionnaires), ainsi que dans les motifs de jugement qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel dans *Beswick c. Beswick*, [1966] Ch. 538, lord Denning s'est interrogé sur la justesse et la nécessité du «principe fondamental» selon lequel la personne qui n'est pas partie à un contrat ne peut engager des poursuites fondées sur ce contrat ni être poursuivie en vertu de celui-ci, pas plus qu'elle ne peut tirer profit des stipulations ou des conditions qu'il contient. Il n'a pas tardé à constater que ce principe était loin d'être ancien et que les tribunaux peuvent en éviter l'application à leur gré. Toutefois, ses efforts ont été largement ignorés et parfois critiqués par la magistrature anglaise.

Cependant, d'autres juges ont exprimé un mécontentement semblable et ont demandé le réexamen du principe interdisant à un tiers de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à son profit: *Beswick c. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), à la p. 1201, lord Reid, *Olsson c. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365 (H.C. Aust.), aux pp. 392 et 393, le juge Windeyer, *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), aux pp. 588 et 589, lord Keith, et à la p. 591, lord Scarman, et *Swain c. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598 (H.L.), à la p. 611, lord Diplock. Les observations de lord Scarman sont particulièrement éloquentes:

[TRADUCTION] En toute déférence, je partage l'opinion de lord Reid selon laquelle la dénégation du droit d'un tiers par le droit anglais devrait être réexaminée. Dans *Beswick c. Beswick*, lord Reid, après avoir mentionné la recommandation du Law Revision Committee qu'un tiers puisse faire exécuter un engagement contractuel pris par une autre personne à son profit, fait remarquer ce qui suit: «Si le législateur devait faire preuve de procrastination encore longtemps, notre Chambre pourrait juger nécessaire d'examiner la question». Le comité a déposé son rapport en 1937 et l'arrêt *Beswick c. Beswick* a été rendu en 1967. Nous sommes en 1979 et rien n'a encore été fait. Si l'occasion se présente, j'ose espérer que notre Chambre réexaminera *Tweddle c. Atkinson* et les autres décisions qui ont maintenu cette règle injuste.

More recently, the High Court of Australia was faced with an opportunity in which to reconsider the doctrine of privity. The majority of the Court accepted the invitation made by those calling for reform. It strongly criticized the doctrine and permitted a third party beneficiary to enforce a provision in an insurance contract notwithstanding that it was not a party to the contract and had provided no consideration, and that neither agency nor trust (nor any other exception) was applicable: *Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574.

Trident General Insurance Co. had entered into a contract of insurance with Blue Circle Southern Cement Ltd., a limestone crushing plant, with respect to its operation. The contract, among other things, attempted to extend certain benefits of coverage to third parties such as contractors and subcontractors. Following an accident in which a third party was held liable (McNiece Bros. Pty. Ltd.), Trident refused coverage on the ground that said party was not privy to the contract of insurance and had given no consideration. Notwithstanding that the facts could not support an agency argument and that trust had not been pleaded, the lower courts allowed McNiece's claim under the insurance policy thus creating, in effect, a new exception to the doctrine of privity. Trident appealed to the High Court of Australia making arguments very similar to ones made by the appellant in the case at bar; namely, that the High Court should confirm and apply "fundamental", "settled" and "established" contract principles relating to privity of contract and consideration, and asking that courts reject any judicial developments outside the scope of existing exceptions to the doctrine. These submissions were, in essence, accepted by three members of the High Court: Brennan, Deane and Dawson JJ. Each wrote individual dissenting reasons in which they defended the orthodox doctrine of privity and rejected attempts at judicial reform. However, a majority of the High Court (Mason C.J. and Wilson, Toohey and Gaudron JJ.) decided to examine the propriety of the rule denying third party beneficiary rights and held that this was an appropriate case in which to relax the rule. In the

Plus récemment, dans l'arrêt *Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574, la Haute Cour d'Australie a eu l'occasion de réexaminer le principe du lien contractuel. La cour à la majorité s'est rendue à l'invitation de ceux qui demandaient une réforme. Après avoir vigoureusement critiqué le principe, elle a permis à un tiers bénéficiaire de faire exécuter une clause d'un contrat d'assurance, même s'il n'était pas partie à ce contrat et n'avait fourni aucune contrepartie, et même si l'exception du mandat ou de la fiducie (ou toute autre exception) ne s'appliquait pas.

Dans cette affaire, Trident General Insurance Co. avait conclu un contrat d'assurance avec Blue Circle Southern Cement Ltd., une entreprise de concassage de pierre à chaux, relativement à son exploitation. Dans le contrat, on tentait notamment d'accorder à des tiers, comme les entrepreneurs et les sous-traitants, certains avantages liés à la garantie d'assurance. À la suite d'un accident dont un tiers (McNiece Bros. Pty. Ltd.) avait été tenu responsable, Trident a refusé la protection pour le motif que ce tiers n'était pas partie au contrat d'assurance et n'avait fourni aucune contrepartie. Même si les faits ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un mandat et que l'exception de la fiducie n'avait pas été invoquée, les tribunaux d'instance inférieure ont fait droit à la demande de McNiece fondée sur le contrat d'assurance et ont ainsi créé, dans les faits, une nouvelle exception au principe du lien contractuel. Trident a interjeté appel devant la Haute Cour d'Australie en avançant des arguments semblables à ceux de l'appellante dans la présente affaire, c'est-à-dire que la Haute Cour devrait confirmer et appliquer les principes «fondamentaux», «établis» et «consacrés» du droit des contrats en ce qui concerne le lien contractuel et la contrepartie, et en demandant que les tribunaux rejettent toute évolution jurisprudentielle qui ne s'en tient pas aux exceptions existantes à ce principe. Trois juges de la Haute Cour, soit les juges Brennan, Deane et Dawson ont fait droit, pour l'essentiel, à ces arguments. Chacun a rédigé ses propres motifs de dissidence dans lesquels il a défendu le principe traditionnel du lien contractuel et rejeté toute tentative d'obtenir une réforme par

end, Trident's appeal was dismissed and McNiece was permitted to obtain the benefit of a contract to which it was not a party without resorting to notions of agency or trust.

(c) *Treatment in Other Jurisdictions*

As long ago as 1937, the English Law Revision Committee observed in its *Sixth Interim Report* that "the common law of England stands alone among modern systems of law in its rigid adherence to the view that a contract should not confer any rights on a stranger to the contract, even if the sole object may be to benefit him" (para. 48). This observation is still appropriate today, although it may be said that the common law of England has, for better or worse, found allegiance in Canada.

I need not engage in a thorough review of how third party beneficiary questions are dealt with in other jurisdictions or systems of law; that has been done on a number of occasions: see, for example, M. A. Millner, "*Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis*" (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446; A. J. Waters, "The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109; S. P. de Cruz, "Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation" (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265; D. M. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (2nd ed. 1985), at pp. 454-60; A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. (1952), at pp. 723-82; and Ontario Law Reform Commission, *Report on Amendment of the Law of Contract*, *supra*, at pp. 55-65. I will simply take this opportunity to note what is obvious to anyone considering the issue, that is, that many jurisdictions have recognized, in varying degrees, that third party beneficiaries to a contract are entitled to enforce contractual provisions made for

les tribunaux. Toutefois, la Haute Cour à la majorité (le juge en chef Mason et les juges Wilson, Toohey et Gaudron) a décidé d'examiner la justesse de la règle qui ne reconnaît pas des droits aux tiers bénéficiaires et a statué qu'il s'agissait d'un cas où il convenait d'assouplir cette règle. En définitive, l'appel de Trident a été rejeté et le tribunal a permis à McNiece de bénéficier d'un contrat auquel elle n'était pas partie, et ce, sans recourir aux notions de mandat ou de fiducie.

c) *La façon dont le principe est traité dans d'autres ressorts*

Dès 1937, dans son *Sixth Interim Report*, l'English Law Revision Committee faisait remarquer que [TRADUCTION] «la common law anglaise est le seul système juridique contemporain à adhérer strictement au point de vue qu'un contrat ne devrait pas conférer de droits à un étranger à ce contrat, même si le seul objet poursuivi est de lui accorder un avantage» (par. 48). Cette observation demeure valable de nos jours, bien que l'on puisse dire que la common law anglaise a, pour le meilleur ou pour le pire, trouvé écho au Canada.

Je n'ai pas à entreprendre un examen approfondi de la question de savoir comment les questions de tiers bénéficiaires sont réglées dans d'autres ressorts ou systèmes juridiques, puisque cela a été fait à un certain nombre d'occasions: voir, par exemple, M. A. Millner, «*Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis*» (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446, A. J. Waters, «The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109, S. P. de Cruz, «Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation» (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265, D. M. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (2^e éd. 1985), aux pp. 454 à 460, A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, édition en un volume (1952), aux pp. 723 à 782, et la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Amendment of the Law of Contract*, *op. cit.*, aux pp. 55 à 65. Je saisis simplement cette occasion pour faire remarquer ce qui est évident pour quiconque examine la question, savoir que bon nombre de ressorts ont

their benefit without necessarily resorting to notions such as agency or trust.

For example, in Quebec, the general principle of privity of contract (*relativité des contrats*) endorsed in art. 1023 of the *Civil Code of Lower Canada* is qualified by art. 1029 so as to permit contracting parties to stipulate in favour of third parties. Courts have interpreted this latter provision as giving to the third party a right, under certain circumstances, to enforce a contract made for his or her benefit. Such an interpretation is now codified in arts. 1444 to 1450 of the amendments to the *Quebec Civil Code*, S.Q. 1991, c. 64, which were recently passed by the National Assembly.

In a similar vein, while Scottish law adheres to the general rule that persons who are not parties to a contract cannot sue upon it, it nevertheless recognizes an exception when a *jus quaesitum tertio* has been created; that is, a right vested in and secured to a third party in and by a contract between two other parties. If an intention to confer a benefit on a third party can be gathered from the terms of the contract and the conduct of the parties, a *jus quaesitum tertio* will arise and the third party will have a right to enforce the contractual provision.

As stated above, in New Zealand, the *Contracts (Privity) Act 1982* abolishes to a very large extent the doctrine of privity of contract. Section 4 of the Act states that when a promise contained in a contract confers, or purports to confer, a benefit on a third party, the promisor shall be under an obligation, enforceable at the suit of the third party, to perform the promise. Section 2 of the Act defines "benefit" as including, *inter alia*, any immunity and any limitation or qualification of an obligation to which a person (other than a party to the contract) is or may be subject. Similar statutory inroads on privity include Western Australia's *Property Law Act, 1969*, W. Austl. Acts 1969,

reconnu, à divers degrés, que le tiers bénéficiaire d'un contrat a le droit de faire exécuter les dispositions contractuelles qui ont été stipulées à son profit, sans devoir nécessairement recourir à des notions comme le mandat ou la fiducie.

Au Québec, par exemple, le principe général de la relativité des contrats, consacré à l'art. 1023 du *Code civil du Bas-Canada*, est atténué par l'art. 1029 de manière à permettre aux parties contractantes de stipuler au profit d'un tiers. Les tribunaux ont interprété cette dernière disposition comme conférant à un tiers, dans certaines circonstances, le droit de faire exécuter un contrat conclu à son profit. Cette interprétation est désormais codifiée aux art. 1444 à 1450 des modifications au *Code civil* du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, récemment sanctionnées par l'Assemblée nationale.

Dans la même veine, même si le droit écossais souscrit à la règle générale selon laquelle les personnes qui ne sont pas parties à un contrat ne peuvent engager des poursuites fondées sur ce contrat, il reconnaît néanmoins une exception lorsqu'il y a *jus quaesitum tertio*, c'est-à-dire lorsqu'un contrat liant deux parties confère un droit à un tiers. Si l'intention de conférer un avantage à un tiers peut être déduite des conditions du contrat et de la conduite des parties, il y a *jus quaesitum tertio* et le tiers a le droit de faire exécuter la disposition contractuelle.

Tel que mentionné précédemment, en Nouvelle-Zélande, la *Contracts (Privity) Act 1982* abolit dans une très large mesure le principe du lien contractuel. Selon l'art. 4 de cette loi, lorsqu'un engagement stipulé dans un contrat confère ou a pour objet de conférer un avantage à un tiers, le débiteur de l'engagement a l'obligation, que le tiers peut faire exécuter en justice, de respecter cet engagement. L'article 2 de la Loi définit le mot «avantage» (*benefit*) comme incluant notamment toute exonération, limitation ou restriction d'une obligation à laquelle une personne (qui n'est pas partie au contrat) est ou peut être assujettie. Parmi les autres incursions législatives dont a fait l'objet le principe du lien contractuel, il y a la *Property Law Act, 1969* d'Australie-Occidentale, W. Austl. Acts

No. 32, s. 11, and Queensland's *Property Law Act 1974*, Queensl. Stat. 1974, No. 76, s. 55.

Finally, in the United States, third party rights are now recognized in every State, to a varying degree, by common law, uniform statutory legislation and/or specific state legislation. See, for example, §§ 302-315 of the *Restatement of Law (Second): Contracts 2d*. Ever since the cornerstone decision of the New York Court of Appeal in *Lawrence v. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859), there has emerged what Professor Corbin refers to as a "trend" in the law, both judge-made and statutory, recognizing that third party beneficiaries are entitled, as a general rule, to enforce contractual provisions made for their benefit. The decision of the Massachusetts State Supreme Court in *Choate, Hall & Stewart v. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979), demonstrates that this trend has apparently now swept the entire country.

(d) *Previous Decisions of This Court*

As mentioned above, the appellant in its argument places considerable if not exclusive reliance on the decisions of this Court in *Canadian General Electric, supra*, *Greenwood Shopping Plaza, supra*, and *ITO—International Terminal Operators, supra*. From these decisions it is submitted that a tortfeasor's liability cannot be excluded, limited or modified by the terms of a contract to which he or she is not a party absent facts that can support a finding of trust or agency.

In *Canadian General Electric, supra*, an owner of goods brought an action against a firm of stevedores for negligence in the stowing of certain heavy electrical equipment belonging to the plaintiff on board a steamship destined for the Republic of Ghana. Writing reasons for the Court, Ritchie J. began by finding that the stevedoring company owed a duty of care to the owner of the goods, because in carrying out the work which it had undertaken for the shipowners, the stevedores should have had the owner of the goods in contem-

1969, n° 32, art. 11, et la *Property Law Act 1974* du Queensland, Queensl. Stat. 1974, n° 76, art. 55.

Enfin, aux États-Unis, les droits des tiers sont désormais reconnus dans tous les États, à divers degrés, par la common law, les lois d'application uniforme ou les lois applicables dans un État en particulier, ou les deux à la fois. Voir, par exemple, les par. 302 à 315 de la *Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Depuis l'arrêt de principe de la Cour d'appel de New York *Lawrence c. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859), il s'est dégagé ce que le professeur Corbin appelle une [TRADUCTION] «tendance» dans le droit, tant d'origine prétorienne que législative, à reconnaître que les tiers bénéficiaires ont, en général, le droit de faire exécuter les dispositions contractuelles stipulées à leur profit. La décision de la Cour suprême de l'État du Massachusetts *Choate, Hall & Stewart c. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979), démontre que cette tendance semble désormais se faire sentir partout au pays.

d) *Les arrêts antérieurs de notre Cour*

Tel que mentionné précédemment, dans son argumentation, l'appelante s'en remet en grande partie, sinon exclusivement, aux arrêts de notre Cour *Canadian General Electric, Greenwood Shopping Plaza* et *ITO—International Terminal Operators*, précités. S'appuyant sur ces décisions, l'appelante soutient que la responsabilité de l'auteur d'un délit ne saurait être exclue, limitée ou modifiée par les dispositions d'un contrat auquel il n'est pas partie lorsqu'il n'y a pas de faits permettant de conclure à l'existence d'une fiducie ou d'un mandat.

Dans *Canadian General Electric*, précité, une entreprise d'arrimage a été poursuivie pour négligence dans l'arrimage du matériel électrique lourd appartenant à la demanderesse à bord d'un navire à destination de la République du Ghana. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Ritchie a tout d'abord conclu que l'entreprise d'arrimage avait une obligation de diligence envers la propriétaire des marchandises, puisqu'en exécutant les travaux qu'ils s'étaient engagés à effectuer pour le compte des propriétaires du navire, les arrimeurs auraient

plation as a person affected by their acts. One argument raised by the firm of stevedores was that, even if they were in breach of this duty, their liability would be nonetheless limited in accordance with the provisions of the *Water Carriage of Goods Act*, R.S.C. 1952, c. 291, Schedule, Article IV(5), which were incorporated in the contracts of carriage between the owner of the goods and other parties, as evidenced by certain bills of lading. In response to this argument, Ritchie J. made the following observations (at pp. 43-44):

... as the stevedoring company is a complete stranger to the contract of carriage it would not be affected by any provisions for limitation of liability or otherwise contained in the bills of lading and if the respondent was in breach of its duty to take reasonable care of the goods which it was stowing in the ship, it must accept the normal consequences of its tort. The law in this regard is, in my opinion, correctly stated in the reasons for judgment of the majority of the House of Lords in *Midland Silicones v. Scruttons Limited*, where the relevant cases are fully discussed. [Emphasis added.]

It is important to note that the provisions of the *Water Carriage of Goods Act* relied on by the stevedoring company only made the "carrier" and the "ship" beneficiaries of a limited liability. There was no "Himalaya clause" involved as this expression is commonly understood. In other words, the limitation of liability clause contained in the contracts of carriage (i.e. the provisions of the *Water Carriage of Goods Act* incorporated by reference) did not confer, nor did it attempt to confer, any benefits whatsoever on the stevedoring company. There was no specific reference to stevedores and the terms "carrier" and "ship" could not be interpreted as including stevedores according to jurisprudence: see *Midland Silicones*, *supra*, and *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959). In sum, nothing in the contracts expressly or impliedly limited the liability of the stevedoring company. The firm of stevedores was not a third party beneficiary under the contracts but rather a "complete stranger" who was attempting to acquire a benefit (i.e. a limitation of liability) from contracts which did not even

dû considérer la propriétaire des marchandises comme une personne touchée par leurs actes. L'un des arguments invoqués par l'entreprise d'arrimage était que, même si celle-ci avait manqué à cette obligation, sa responsabilité serait néanmoins limitée conformément aux dispositions de l'art. IV, règle 5 de l'annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1952, ch. 291, qui étaient intégrées aux contrats de transport intervenus entre la propriétaire des marchandises et d'autres parties, comme en faisaient foi certains connaissements. Le juge Ritchie répond ainsi à cet argument (aux pp. 43 et 44):

... l'arrimeur n'étant aucunement partie au contrat de transport, n'est touché par aucune disposition tendant à limiter la responsabilité ou autrement contenue dans les connaissements. Si l'intimée a manqué à son devoir d'apporter un soin raisonnable en faisant l'arrimage de la marchandise sur le navire, elle doit subir les conséquences normales de sa faute. À mon avis, le droit qui s'applique à cette question est correctement énoncé dans les motifs du jugement majoritaire de la Chambre des Lords dans *Midland Silicones v. Scruttons Limited*, où les précédents pertinents sont discutés à fond. [Je souligne.]

Il importe de souligner que les dispositions de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* invoquées par l'entreprise d'arrimage n'avaient pour effet de limiter que la responsabilité du «transporteur» et celle du «navire». Aucune «clause Himalaya», au sens où on l'entend habituellement, n'était en cause dans cette affaire. En d'autres termes, la clause de limitation de la responsabilité figurant dans les contrats de transport (c'est-à-dire les dispositions de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* intégrées par renvoi) ne conférait ni ne tentait de conférer aucun avantage à l'entreprise d'arrimage. Les contrats ne faisaient nullement mention des arrimeurs, et les termes «transporteur» et «navire» ne pouvaient être interprétés comme incluant les arrimeurs, selon la jurisprudence: voir *Midland Silicones*, précité, et *Robert C. Herd & Co. c. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959). En somme, rien dans les contrats ne limitait expressément ou implicitement la responsabilité de l'entreprise d'arrimage. Celle-ci était non pas un tiers bénéficiaire aux termes des contrats, mais une «parfaite étran-

acknowledge its existence. Accordingly, while *Canadian General Electric* confirms the doctrine of privity to the extent that a stranger cannot obtain a benefit from a contract to which he or she is not a party, it says nothing about the aspect of the doctrine which refuses to recognize a third party beneficiary right.

Much of the same can be said about *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*. In that case, employees of a company which was leasing premises in a shopping centre, while acting in the course of their employment, negligently caused a fire which destroyed part of the shopping centre. The lease between the owner of the centre and the company included in paragraphs 14 and 15 the provisions which dealt with the insurance of the demised premises. Although neither party to the contract took any steps towards the performance of the insurance undertakings, both were partially insured. Following the fire, an action was brought against the company and its employees on behalf of the owner of the shopping centre for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid. The company, even though it was vicariously liable for the negligence of its employees, was held to be protected from liability through the provisions of the lease. The sole question before this Court, as stated by McIntyre J., was the following (at pp. 235-36):

... whether the respondents, held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreement 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, who was otherwise equally liable with them for their negligence.

McIntyre J. answered the question in the negative by resorting to the doctrine of privity of contract. He noted that while certain exceptions to this doctrine had developed, such as agency and trust,

gère» qui tentait de tirer un avantage (c.-à-d. une limitation de la responsabilité) de contrats qui ne reconnaissaient même pas son existence. En conséquence, bien que l'arrêt *Canadian General Electric* confirme le principe du lien contractuel dans la mesure où un étranger ne saurait tirer un avantage d'un contrat auquel il n'est pas partie, il ne dit rien au sujet de cet aspect du principe qui refuse de reconnaître un droit aux tiers bénéficiaires.

On pourrait en dire autant de l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza*, précité. Dans cette affaire, les employés d'une société qui louait des locaux dans un centre commercial avaient causé par négligence, dans l'exécution de leurs fonctions, un incendie qui avait détruit une partie du centre commercial. Les clauses 14 et 15 du bail intervenu entre le propriétaire du centre et la société traitaient de l'assurance des lieux loués. Même si aucune des parties au contrat n'avait fait de démarches pour donner suite aux engagements en matière d'assurance, les deux parties étaient partiellement assurées. À la suite de l'incendie, une action a été intentée contre la société et ses employés, d'une part, au nom du propriétaire du centre commercial en vue d'obtenir l'indemnisation de sa perte non assurée et, d'autre part, au nom de ses assureurs contre l'incendie par voie de subrogation, en vue de recouvrer le montant des indemnités versées. Même si elle avait une responsabilité du fait d'autrui pour la négligence de ses employés, la société a été exonérée de toute responsabilité grâce à l'application des dispositions du bail. Voici la seule question dont était saisie notre Cour, d'après le juge McIntyre (aux pp. 235 et 236):

... 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, qui était, par ailleurs, responsable au même titre que ses employés de la négligence de ces derniers.

Le juge McIntyre a répondu à la question par la négative en recourant au principe du lien contractuel ou de la relativité des contrats. Il a fait remarquer que, même si certaines exceptions, comme le

on the limited evidence before this Court none was available to permit the employees to claim the benefit from the provisions of the lease.

I should like to make four observations concerning this decision. First, the contract involved in *Greenwood Shopping Plaza* was a lease of premises rather than a contract for services such as a contract of storage. The contract was between a lessor (the owner of the shopping centre) and the lessee (the company) and the intervention of the lessee's employees was not at all necessary for the execution of this agreement. It was irrelevant to any aspect of this agreement, especially to paragraphs 14 and 15, whether the lessee had any employees and whether they would be present on the leased premises. Second, the provisions of the contract which the employees were seeking to obtain a benefit from in *Greenwood Shopping Plaza* were not general limitation of liability clauses. Rather they were stipulations containing mutual undertakings by the lessor and the lessee with respect to insurance of the premises and the granting of subrogation rights. Third, it was inferentially observed that there was little, if any, evidence to support a finding that the parties to the contract intended to confer a benefit on the employees by the provisions of the lease relied on. This appears from the comments made by McIntyre J. in the context of his analysis of both the agency exception (at pp. 238-39) and the trust exception (at p. 240) and, more clearly, in the following closing observations (at pp. 240-41):

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 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. [Emphasis added.]

Finally, and closely related to the preceding comment, there is the fact that, as in *Canadian General Electric, supra*, the parties seeking to obtain benefits from the contract in *Greenwood Shopping*

mandat et la fiducie, avaient été reconnues à l'application de ce principe, la preuve limitée dont notre Cour était saisie ne permettait pas aux employés d'invoquer les dispositions du bail.

a

Je tiens à faire quatre observations relativement à cet arrêt. Premièrement, dans *Greenwood Shopping Plaza*, il s'agissait d'un contrat de location de locaux et non d'un contrat de prestation de services, tel un contrat d'entreposage. Le contrat liait un bailleur (le propriétaire du centre commercial) et le locataire (la société), et l'intervention des employés du locataire n'étaient aucunement requise pour exécuter l'entente. Il importait peu, à l'égard de quelque aspect de cette entente, spécialement les clauses 14 et 15, que le locataire ait des employés et que ceux-ci soient présents dans les locaux loués. Deuxièmement, dans *Greenwood Shopping Plaza*, les dispositions du contrat que les employés cherchaient à invoquer n'étaient pas des clauses générales de limitation de la responsabilité. Il s'agissait plutôt d'engagements réciproques de la part du bailleur et du locataire concernant l'assurance des locaux et l'attribution de droits de subrogation. Troisièmement, on a déduit qu'il y avait peu d'éléments de preuve, si vraiment il y en avait, que les parties au contrat avaient eu l'intention de conférer un avantage aux employés au moyen des dispositions du bail invoquées. C'est ce qui ressort des observations du juge McIntyre dans son analyse des exceptions du mandat (aux pp. 238 et 239) et de la fiducie (à la p. 240) et, plus clairement, des observations finales suivantes (à la p. 241):

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 souligne.]

Enfin, en étroite relation avec l'observation qui précède, il y a le fait que, tout comme dans l'affaire *Canadian General Electric*, précitée, les parties qui cherchaient à bénéficier du contrat dans

Plaza were viewed as complete strangers and not third party beneficiaries. This appears clearly from the wording of the provisions in question as noted by McIntyre J. in the underlined passage reproduced above.

In sum, the decision of this Court in *Greenwood Shopping Plaza*, while containing certain general statements relating to privity of contract, involved a contract and provisions which are different from the contract and provision in the case at bar. More importantly, however, is the fact that that case was not decided with reference to third party beneficiaries and with the aspect of privity denying a *jus tertii*, but rather with reference to complete strangers to a contract. Accordingly, *Greenwood Shopping Plaza*, like *Canadian General Electric*, is of limited use in a determination of whether third party beneficiary rights should be recognized in certain limited circumstances.

I now come to *ITO—International Terminal Operators, supra*. In that case, Mitsui O.S.K. Lines Ltd., a carrier, entered into a contract of carriage with Miida Electronics Inc. to carry some of the latter's electronic calculators from Japan to Montreal. The bill of lading contained what has become known as a "Himalaya clause" by which the carrier Mitsui sought to extend expressly the benefit of a limitation of liability to those it employed in connection with the shipment and unloading of the cargo, including stevedores. The carrier arranged for the goods to be picked up on arrival and stored at the port on a short-term basis by ITO—International Terminal Operators, a stevedoring and cargo-handling company. The contract between Mitsui and ITO stated that the stevedoring company was to be an express beneficiary of all limitation of liability provisions in its bills of lading. Many cartons of calculators were stolen from ITO's shed and Miida brought an action against both the carrier and the stevedoring company. The action was dismissed at trial. The Federal Court of Appeal dismissed the owner's appeal against the

Greenwood Shopping Plaza étaient considérées comme de parfaits étrangers et non comme des tiers bénéficiaires. C'est ce qui ressort clairement du texte des dispositions en cause, comme le fait remarquer le juge McIntyre dans la partie soulignée de la citation qui précède.

En somme, l'arrêt de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, même s'il renferme un certain nombre d'énoncés généraux concernant le principe du lien contractuel, portait sur un contrat et des dispositions qui diffèrent du contrat et de la disposition qui sont en cause dans la présente affaire. Toutefois, ce qui importe encore davantage c'est que cette affaire n'a pas été tranchée en fonction de tiers bénéficiaires et de cet aspect du principe du lien contractuel qui nie les droits des tiers, mais plutôt en fonction de parfaits étrangers à un contrat. En conséquence, l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza*, tout comme l'arrêt *Canadian General Electric*, est d'une utilité restreinte pour déterminer si les droits de tiers bénéficiaires devraient être reconnus dans certaines circonstances limitées.

J'analyserai maintenant la décision *ITO—International Terminal Operators*, précitée. Dans cette affaire, le transporteur Mitsui O.S.K. Lines Ltd. avait conclu un contrat avec Miida Electronics Inc. pour le transport de calculatrices électroniques de cette dernière depuis le Japon jusqu'à Montréal. Le connaissement renfermait ce qu'on en est venu à appeler une «clause Himalaya» par laquelle le transporteur Mitsui cherchait à étendre expressément la limitation de la responsabilité à ceux qu'il employait aux fins de l'expédition et du déchargement de la cargaison, y compris les manutentionnaires. Le transporteur s'était organisé pour qu'à l'arrivée des marchandises celles-ci soient prises en charge et entreposées à court terme au port par ITO—International Terminal Operators, une compagnie de manutention et d'aconage. Le contrat intervenu entre Mitsui et ITO prévoyait que la compagnie de manutention bénéficierait expressément de toutes les clauses de non-responsabilité contenues dans son connaissement. Plusieurs cartons contenant des calculatrices ont été volés dans le hangar d'ITO et Miida a intenté une action con-

carrier but allowed its appeal against ITO. Both ITO and the owner appealed to this Court.

One of the issues raised was the effect of the “*Himalaya* clause” in the bill of lading, particularly, whether such clauses are to be recognized as a feature of Canadian maritime law. McIntyre J., writing for the majority, began by noting that the major obstacle to the recognition of the “*Himalaya* clause” was the common law doctrine of privity of contract. However, observing that academic writers had revealed a gap between contractual theory and commercial reality in refusing to recognize such clauses, that exceptions to the doctrine had been inferentially recognized in *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, and that the “route” left open by Lord Reid in *Midland Silicones* (i.e. the four-part “agency test”) had been applied by Lord Wilberforce, speaking for the majority of the Privy Council, in *The Eurymedon*, *supra*, a case later affirmed in the Privy Council in *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The “New York Star”)*, [1980] 3 All E.R. 257, McIntyre J. held that “*Himalaya* clauses” could be effective in Canadian maritime law. His conclusion was largely based on the reasoning of Lord Wilberforce in *The Eurymedon* and the latter’s application of Lord Reid’s agency “four-step” exception to the doctrine of privity, especially the fourth step which involves the use of the concept of a unilateral contract in order to show consideration moving from the stevedores to the owner of goods. McIntyre J. stressed that he was not resorting to a general third party right (or *jus tertii*) in order to dispose of the matter; however, he did not foreclose the possibility that such a right might one day be recognized. His comments in this respect merit citation (at pp. 787-88):

tre le transporteur et la compagnie de manutention. L’action a été rejetée en première instance. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel interjeté par le propriétaire contre le transporteur, mais a accueilli son appel contre ITO. ITO et le propriétaire ont formé un pourvoi devant notre Cour.

Dans cette affaire, il s’agissait notamment de déterminer l’effet de la «clause *Himalaya*» du connaissement et, plus particulièrement, si pareilles clauses doivent être reconnues comme une caractéristique du droit maritime canadien. S’exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a commencé par souligner que le principal obstacle à la reconnaissance de la «clause *Himalaya*» était le principe du lien contractuel applicable en common law. Toutefois, le juge McIntyre a statué que les «clauses *Himalaya*» pouvaient être opérantes en droit maritime canadien, après avoir fait observer qu’en refusant de reconnaître ces clauses, des auteurs avaient révélé l’existence d’un écart entre la théorie en matière contractuelle et la réalité commerciale, que des exceptions à l’application du principe avaient été tacitement reconnues dans *Greenwood Shopping Plaza*, précité, et que l’«avenue» laissée ouverte par lord Reid dans *Midland Silicones* (soit le «critère du mandat» à quatre volets) avait été empruntée par lord Wilberforce, au nom de la majorité du Conseil privé, dans l’affaire *Eurymedon*, précitée, un arrêt confirmé par la suite par le Conseil privé dans *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. c. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The «New York Star»)*, [1980] 3 All E.R. 257. Sa conclusion se fondait en grande partie sur le raisonnement de lord Wilberforce dans l’affaire *Eurymedon* ainsi que sur l’application, par ce dernier, de l’exception du mandat «à quatre volets» mise de l’avant par lord Reid à l’égard du principe du lien contractuel, plus particulièrement sur le quatrième volet qui fait appel à la notion de contrat unilatéral pour établir que les manutentionnaires ont fourni une contrepartie au propriétaire des marchandises. Le juge McIntyre a insisté sur le fait qu’il ne recourait pas à un droit général d’un tiers (ou *jus tertii*) pour trancher la question, mais il n’a pas exclu la possibilité qu’un tel droit soit un jour reconnu. Les observations qu’il fait à ce propos méritent d’être citées (aux pp. 787 et 788):

Of interest on this point is the thirteenth edition of Carver, *Carriage by Sea* (1982), in which is found a different approach to the question of liability of stevedores and other agents of the carrier. The learned author rejects the proposition that the concept of the *jus tertii* is unknown to the common law and refers to early authorities which support its application. In essence, the view is expressed that there is nothing wrong in principle or authority with the clear application of the principle of *jus tertii*. There is nothing offensive, it is argued, in a contract of affreightment in giving effect to that which was intended by the parties. The essence of the proposition advanced by the learned author may be found at vol. 1, p. 262, where he says, at paragraph 410:

Importance of the Himalaya Clause

It will be a happy day when the *Himalaya Clause* and *The Eurymedon* have run their full course. The *Himalaya Clause* has proved to have been a most effective dyke to stem the tide threatening to overwhelm the barrier against incursion on shipowners' pockets of perils of the sea. But exceptions of perils of the sea can be preserved more thoroughly by simpler and more rational means once it was generally apparent that the fundamental principle of *jus tertii* covers all. It is clearly the available protective principle to apply now to ensure that the will of the parties to a contract of affreightment can simply be secured by saying in the bill of lading what that will is.

An omnibus clause, of *Himalaya* vintage, could be devised, but it need no longer go into awkward concepts, which vary as between one country and another such as those of undisclosed agency and deemed (which means non-existent *de facto*) trusts.

England does not stand alone in this matter; the real need to preserve, and possibly improve, the clause at this time stems also from the views already expressed by courts in Australia, Canada and the United States.

It may be that this approach offers a more rational solution to the problem than that outlined by Lord Wilberforce, which compresses the facts into a contractual mould in order to preserve the common law principle of privity in a situation in which it would appear that it is being rejected. Be that as it may, I leave open for another day consideration of the Carver proposal, and I

À cet égard, la treizième édition de Carver, *Carriage by Sea* (1982), est intéressante; on y trouve un point de vue différent sur la question de la responsabilité des manutentionnaires et autres mandataires du transporteur. Le savant auteur rejette la thèse selon laquelle la notion d'une conception du *jus tertii* n'existe pas en *common law* et il cite une ancienne jurisprudence qui appuie son application. Essentiellement, on y exprime le point de vue qu'il n'y a rien de mal en principe ou en jurisprudence à appliquer clairement le principe du *jus tertii*. Il n'y a rien de répréhensible, soutient-on, dans un contrat d'affrètement, à mettre à exécution la volonté des parties. L'essentiel de l'argument du savant auteur se retrouve à la p. 262 du volume 1, où il affirme au paragraphe 410:

[TRADUCTION] Importance de la clause Himalaya

Ce sera un jour heureux lorsque la clause *Himalaya* et l'*Eurymedon* auront fait leur temps. La clause *Himalaya* s'est révélée une digue des plus efficace pour stopper la marée qui menaçait de renverser la barrière érigée pour arrêter les incursions contre cette soupape de sûreté que sont les fortunes de mer pour les armateurs. Mais les exceptions que constituent les fortunes de mer peuvent être mieux sauvegardées par des moyens plus simples et plus rationnels quand il devient évident pour tous que le principe fondamental du *jus tertii* s'applique à tout. C'est manifestement le principe de protection existant qu'il faut appliquer maintenant pour assurer que la volonté des parties à un contrat d'affrètement peut être protégée simplement en stipulant expressément dans le connaissement ce qu'est cette volonté.

Une clause fourre-tout, du genre *Himalaya*, pourrait être conçue, mais il n'est plus nécessaire de s'engager dans des concepts bizarres, qui varient d'un pays à l'autre, tels que le mandat secret et les fiducies présumées (c'est-à-dire non existantes *de facto*).

L'Angleterre n'est pas seule à cet égard; le besoin réel de préserver, et peut-être d'améliorer, la clause actuellement découle aussi des points de vue déjà exprimés par les tribunaux en Australie, au Canada et aux États-Unis.

Il se peut que ce point de vue offre une solution plus rationnelle au problème que celle énoncée par lord Wilberforce, qui fait violence aux faits pour les faire entrer dans le moule contractuel afin de préserver le principe de *common law* des liens contractuels dans une situation où il semblerait rejeté. Quoi qu'il en soit, je reporte l'étude de la proposition Carver à une autre occasion; je

would follow the approach of Lord Wilberforce expressed in the case of *The "Eurymedon"*. [Emphasis added.]

McIntyre J. went on to find that the clause in question applied to the stevedoring company and that they were protected from liability.

Several points about *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, warrant mention. First, unlike *Canadian General Electric*, *supra*, and *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, this case involved third party beneficiaries. The bill of lading expressly extended the benefit of a limitation of liability on third parties such as stevedores, which is the essence of a "*Himalaya* clause". In this sense, the stevedoring company was not a complete stranger to the contract of carriage but rather a third party beneficiary. While this fact was insufficient in itself to allow the third party to rely on the clause as a means of defence, it demonstrates that *ITO—International Terminal Operators* was concerned with a different aspect of the doctrine of privity from the two earlier decisions; the aspect which is involved in the case at bar.

Second, the majority of this Court in *ITO—International Terminal Operators* in recognizing the "*Himalaya* clause" took into consideration factors such as: commercial reality, the need for a definite establishment of risks in order to secure the respective needs for insurance, the situation in other jurisdictions, the need to promote uniformity and certainty in this area of law, and the true intention of the parties.

Third, and perhaps most importantly, while McIntyre J. opted for a recognition of the "*Himalaya* clause" within the current framework of the doctrine of privity and the traditional exception of agency, he nonetheless left open "for another day" the consideration of whether an approach simply recognizing a *jus tertii* would be a more rational solution to the problem faced by third party beneficiaries. Although his comments in this respect

préfère le point de vue exprimé par lord Wilberforce dans l'affaire «*Eurymedon*». [Je souligne.]

Le juge McIntyre a ensuite conclu que la clause en question s'appliquait à la compagnie de manutention et que celle-ci était exonérée de toute responsabilité.

Plusieurs précisions s'imposent concernant l'affaire *ITO—International Terminal Operators*, précitée. Premièrement, contrairement aux affaires *Canadian General Electric* et *Greenwood Shopping Plaza*, précitées, cette affaire met en cause des tiers bénéficiaires. Le connaissance étendait expressément la limitation de la responsabilité à des tiers comme les manutentionnaires, ce qui constitue l'essence même d'une «*clause Himalaya*». En ce sens, la compagnie de manutention n'était pas parfaitement étrangère au contrat de transport, mais constituait plutôt un tiers bénéficiaire. Bien que ce fait soit insuffisant en soi pour permettre au tiers d'invoquer la clause comme moyen de défense, il montre que l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* portait sur un aspect du principe du lien contractuel différent de celui dont il était question dans les deux arrêts précédents, et c'est de cet aspect dont il est question en l'espèce.

Deuxièmement, en reconnaissant la «*clause Himalaya*», notre Cour, à la majorité, a pris en considération des facteurs comme la réalité commerciale, la nécessité d'une détermination précise des risques afin d'établir les besoins de chacune des parties en matière d'assurance, la situation dans d'autres ressorts, la nécessité de favoriser l'uniformité et la certitude dans ce domaine du droit et l'intention véritable des parties.

Troisièmement, et ce qui est peut-être le plus important, même si le juge McIntyre a choisi de reconnaître la «*clause Himalaya*» dans le cadre actuel du principe du lien contractuel et de l'exception traditionnelle du mandat, il a néanmoins reporté «à une autre occasion» l'étude de la question de savoir si la simple reconnaissance des droits des tiers apporterait une solution plus rationnelle au problème auquel font face les tiers bénéficiaires.

were made in a context different from that in the case at bar, I see nothing in the "Carver proposal" nor in the reasons of the majority in *ITO—International Terminal Operators* which would prevent this Court from accepting McIntyre J.'s invitation, albeit in a different factual setting.

It appears from the foregoing that the three decisions of this Court relied upon by the appellant do not completely and clearly dispose of the issue under consideration. Put another way, there is nothing in any of them which precludes this Court from adopting the approach I shall set out in the following part of these reasons.

(4) The Doctrine of Privity and the Present Appeal

None of the traditional exceptions to privity is applicable in the case at bar. As noted by the appellant, there is no evidence to support a finding of agency or trust, and these matters were not fully argued before the courts below. While the respondents rely to a certain extent on the approach taken by Lambert J.A. in the Court of Appeal, I must say that I have much difficulty in supporting a conclusion that the approach described in *The Eurymedon, supra*, and *ITO—International Terminal Operators, supra*, is applicable to the facts of this case. Rather than artificially extending recognized exceptions beyond their accepted limits, I prefer approaching this matter on the basis that privity of contract would otherwise apply so as to preclude the respondents from obtaining the benefit of the limitation of liability clause. The questions I now need to address are whether this doctrine should be relaxed in the circumstances of this case and, if so, on what basis.

(a) *Should the Doctrine of Privity be Relaxed?*

Without doubt, major reforms to the rule denying third parties the right to enforce contractual

ciaires. Bien que ses observations à cet égard aient été formulées dans un contexte différent de celui dont nous sommes saisis, je ne vois rien dans la «proposition Carver», non plus que dans les motifs de la majorité dans *ITO—International Terminal Operators*, qui empêcherait notre Cour de se rendre à l'invitation du juge McIntyre, même si les faits en cause sont différents.

Il ressort de ce qui précède que les trois arrêts de notre Cour invoqués par l'appelante ne règlent pas complètement et clairement la question en litige. En d'autres termes, rien dans ces arrêts n'empêche notre Cour d'adopter le point de vue que je vais énoncer dans la partie suivante des présents motifs.

4) Le principe du lien contractuel et le présent pourvoi

Aucune des exceptions traditionnelles au principe du lien contractuel ne s'applique en l'espèce. Comme l'a souligné l'appelante, aucun élément de preuve ne permet de conclure à l'existence d'un mandat ou d'une fiducie, et ces questions n'ont pas été pleinement débattues devant les tribunaux d'instance inférieure. Bien que les intimés s'en remettent, jusqu'à un certain point, à l'approche adoptée par le juge Lambert de la Cour d'appel, je dois dire que j'ai beaucoup de mal à conclure que l'approche décrite dans les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators*, précitées, peut s'appliquer aux faits de la présente affaire. Au lieu d'étendre artificiellement l'application des exceptions reconnues au-delà de leurs limites acceptées, je préfère aborder la question en tenant pour acquis que le principe du lien contractuel s'appliquerait par ailleurs de manière à empêcher les intimés de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité. Il m'incombe dès lors de déterminer si ce principe devrait être assoupli dans les circonstances de la présente espèce et, le cas échéant, de quelle manière.

a) *Le principe du lien contractuel devrait-il être assoupli?*

Il ne fait aucun doute que c'est au législateur qu'il incombe de procéder à des réformes majeures

provisions made for their benefit must come from the legislature. Although I have strong reservations about the rigid retention of a doctrine that has undergone systematic and substantial attack, privity of contract is an established principle in the law of contracts and should not be discarded lightly. Simply to abolish the doctrine of privity or to ignore it, without more, would represent a major change to the common law involving complex and uncertain ramifications. This Court has in the past indicated an unwillingness to sanction judge-made changes of this magnitude: see, for two recent examples, *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-70.

McLachlin J.'s comments in *Watkins v. Olafson*, at pp. 760-61, speaking for the Court, are worth repeating:

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the

de la règle qui nie aux tiers le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à leur profit. Bien que j'aie de sérieuses réserves quant à l'opportunité d'appliquer strictement un principe qui a fait l'objet de critiques à la fois systématiques et vigoureuses, j'estime que le principe du lien contractuel est un principe établi du droit des contrats et qu'il n'y a pas lieu de l'écartier à la légère. Le seul fait d'abolir le principe du lien contractuel ou de l'ignorer, sans plus, représenterait une modification majeure de la common law, dont les ramifications seraient à la fois complexes et incertaines. Dans le passé, notre Cour a montré qu'elle n'était pas disposée à sanctionner des modifications de cette envergure apportées par des membres de la magistrature: pour deux exemples récents, voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 à 670.

Il vaut la peine de reprendre les observations que le juge McLachlin a formulées au nom de notre Cour dans *Watkins c. Olafson* (aux pp. 760 et 761):

Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer

law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

This Court has also recognized, however, that in appropriate circumstances courts have not only the power but the duty to make incremental changes to the common law to see that it reflects the emerging needs and values of our society: *R. v. Salituro*, at pp. 669-70. It is my view that the present appeal is an appropriate situation for making such an incremental change to the doctrine of privity of contract in order to allow the respondents to benefit from the limitation of liability clause.

As we have seen earlier, the doctrine of privity has come under serious attack for its refusal to recognize the right of a third party beneficiary to enforce contractual provisions made for his or her benefit. Law reformers, commentators and judges have pointed out the gaps that sometimes exist between contract theory on the one hand, and commercial reality and justice on the other. We have also seen that many jurisdictions around the world, including Quebec and the United States, have chosen from an early point (as early as the doctrine became "settled" in the English common law) to recognize third party beneficiary rights in certain circumstances. As noted by the appellant, the com-

plètement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Cependant, notre Cour a également reconnu que, dans des circonstances appropriées, les tribunaux ont non seulement le pouvoir, mais également l'obligation, de modifier progressivement la common law afin qu'elle réponde aux besoins et aux valeurs qui se font jour dans notre société: *R. c. Salituro*, aux pp. 669 et 670. J'estime qu'il convient en l'espèce d'effectuer une telle modification progressive du principe du lien contractuel afin de permettre aux intimés de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité.

Comme nous l'avons vu antérieurement, le principe du lien contractuel a fait l'objet d'attaques virulentes parce qu'il ne reconnaît pas à un tiers bénéficiaire le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à son profit. Des réformateurs du droit, des commentateurs et des juges ont souligné les écarts qui existent parfois entre la théorie des contrats, d'une part, et la réalité commerciale et la justice, d'autre part. Nous avons également vu que bien des ressorts dans le monde, dont le Québec et les États-Unis, ont tôt fait (aussitôt que le principe est devenu «établi» en common law anglaise) de reconnaître les droits des tiers bénéficiaires dans certaines circonstances. Comme

mon law recognizes certain exceptions to the doctrine, such as agency and trust, which enable courts, in appropriate circumstances, to arrive at results which conform with the true intentions of the contracting parties and commercial reality. However, as many have observed, the availability of these exceptions does not always correspond with their need. Accordingly, this Court should not be precluded from developing the common law so as to recognize a further exception to privity of contract merely on the ground that some exceptions already exist.

While these comments may not, in themselves, justify doing away with the doctrine of privity, they nonetheless give a certain context to the principles that this Court is now dealing with. This context clearly supports in my view some type of reform or relaxation to the law relating to third party beneficiaries. Again, I reiterate that any substantial amendment to the doctrine of privity is a matter properly left with the legislature. But this does not mean that courts should shut their eyes to criticisms when faced with an opportunity, as in the case at bar, to make a very specific incremental change to the common law.

At this point, it is useful to recall briefly the salient facts with which this Court is seized. The appellant entered into a contract with Kuehne & Nagel for certain services, namely, the storing of its transformer. When the contract was signed, the appellant knew that it contained a clause limiting the liability of the "warehouseman" to \$40. It also knew, or can be assumed to have known, that Kuehne & Nagel employed many individuals and that these employees would be directly involved in the storing of the transformer. The appellant chose not to obtain additional insurance from Kuehne & Nagel and instead arranged for its own all-risk coverage. When the damages to the transformer occurred, the respondents, two of Kuehne & Nagel's employees, were acting in the course of

l'a fait remarquer l'appelante, la common law reconnaît certaines exceptions à l'application du principe, telles celles du mandat ou de la fiducie, qui permettent aux tribunaux, dans les circonstances appropriées, d'atteindre des résultats conformes aux intentions véritables des parties contractantes et à la réalité commerciale. Toutefois, comme plusieurs l'ont fait remarquer, la possibilité de recourir à ces exceptions ne satisfait pas toujours à leurs besoins. En conséquence, notre Cour ne devrait pas être empêchée de faire évoluer la common law de manière à reconnaître une autre exception au principe du lien contractuel, pour le simple motif que certaines exceptions existent déjà.

Même s'il se peut qu'elles ne justifient pas en soi l'abolition du principe du lien contractuel, ces observations permettent néanmoins de situer dans un certain contexte les principes dont notre Cour est maintenant saisie. Selon moi, ce contexte justifie nettement un certain type de réforme ou d'assouplissement du droit applicable aux tiers bénéficiaires. Je répète de nouveau que c'est au législateur qu'il incombe d'apporter des modifications substantielles au principe du lien contractuel. Mais cela ne signifie pas que les tribunaux devraient faire fi des critiques lorsque l'occasion leur est donnée, comme dans la présente affaire, d'apporter une modification progressive très précise à la common law.

Il importe, à cette étape-ci, de rappeler brièvement les faits saillants dont notre Cour est saisie. L'appelante a conclu avec Kuehne & Nagel un contrat visant la prestation de certains services, savoir l'entreposage de son transformateur. Lorsqu'elle a signé le contrat, l'appelante savait qu'il renfermait une clause limitant à 40 \$ la responsabilité de l'«entreposeur». Elle savait également, ou on peut supposer qu'elle savait, que Kuehne & Nagel retenait les services de nombreuses personnes et que ces employés participeraient directement à l'entreposage du transformateur. L'appelante a choisi de ne pas souscrire une assurance supplémentaire auprès de Kuehne & Nagel, mais elle s'est organisée pour souscrire sa propre assurance tous risques. Lorsque le transformateur a été

their employment and were performing services directly related to the contract of storage. The appellant is now seeking to recover the full amount of damages from these employees since it can only obtain \$40 from the employer. As a defence to such a claim, the respondents are attempting to obtain the benefit of the limitation of liability clause.

There are few principled reasons for upholding the doctrine of privity in the circumstances of this case. Maintaining the alleged *status quo* by itself is an unhelpful consideration since I am considering whether or not a relaxation, or change, to the law should be made. Similarly, most of the traditional reasons or justifications behind the doctrine are of little application in cases such as this one, when a third party beneficiary is relying on a contractual provision as a defence in an action brought by one of the contracting parties. There are no concerns about double recovery or floodgates of litigation brought by third party beneficiaries. The fact that a contract is a very personal affair, affecting only the parties to it, is simply a restatement of the doctrine of privity rather than a reason for its maintenance. Nor is there any concern about "reciprocity", that is, there is no concern that it would be unjust to allow a party to sue on a contract when he or she cannot be sued on it.

Moreover, recognizing a right for a third party beneficiary to rely on a limitation of liability clause should have relatively little impact on the rights of contracting parties to rescind or vary their contracts, in comparison with the recognition of a third party right to sue on a contract. In the end, the most that can be said against the extension of exceptions to the doctrine of privity in this case is that the respondent employees are mere donees and have provided no consideration for the contractual limitation of liability.

endommagé, les intimés, deux employés de Kuehne & Nagel, agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et fournissaient des services directement liés au contrat d'entreposage. L'appelante demande aujourd'hui le paiement par ces employés du montant intégral des dommages puisqu'elle ne peut obtenir que 40 \$ de leur employeur. Comme moyen de défense, les intimés tentent d'invoquer la clause de limitation de la responsabilité.

Peu de raisons fondées sur des principes justifient le maintien du principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire. Le maintien du prétendu *statu quo* n'est en soi d'aucun secours puisque j'examine s'il y a lieu d'assouplir ou de modifier le droit. De même, la plupart des raisons et des justifications traditionnelles qui sous-tendent le principe ne s'appliquent guère dans le cas où, comme en l'espèce, un tiers bénéficiaire invoque une disposition contractuelle comme moyen de défense à l'action intentée par l'une des parties contractantes. Il n'y a aucune crainte de double indemnisation ou d'une avalanche de poursuites intentées par des tiers bénéficiaires. Le fait qu'un contrat soit une affaire très personnelle qui ne touche que ceux qui y sont parties, n'est qu'un nouvel énoncé du principe du lien contractuel plutôt qu'une raison de le maintenir. Il n'y a aucune crainte relative à la «réciprocité», en ce sens qu'on ne s'inquiète pas du fait qu'il serait injuste de permettre à une partie d'engager des poursuites fondées sur un contrat alors qu'elle ne peut être poursuivie en vertu de celui-ci.

De plus, le fait de reconnaître aux tiers bénéficiaires le droit d'invoquer une clause de limitation de la responsabilité devrait avoir relativement peu d'effet sur les droits des parties contractantes de résilier ou modifier leurs contrats, comparativement au fait de reconnaître aux tiers le droit d'engager des poursuites fondées sur un contrat. En fin de compte, tout ce que l'on peut faire valoir à l'encontre de la création d'une nouvelle exception au principe du lien contractuel en l'espèce, c'est que les employés intimés sont de simples donataires et qu'ils n'ont fourni aucune contrepartie en échange de la limitation contractuelle de la responsabilité.

The doctrine of privity fails to appreciate the special considerations which arise from the relationships of employer-employee and employer-customer. There is clearly an identity of interest between the employer and his or her employees as far as the performance of the employer's contractual obligations is concerned. When a person contracts with an employer for certain services, there can be little doubt in most cases that employees will have the prime responsibilities related to the performance of the obligations which arise under the contract. This was the case in the present appeal, clearly to the knowledge of the appellant. While such a similarity or closeness might not be present when an employer performs his or her obligations through someone who is not an employee, it is virtually always present when employees are involved. Of course, I am in no way suggesting that employees are a party to their employer's contracts in the traditional sense so that they can bring an action on the contract or be sued for breach of contract. However, when an employer and a customer enter into a contract for services and include a clause limiting the liability of the employer for damages arising from what will normally be conduct contemplated by the contracting parties to be performed by the employer's employees, and in fact so performed, there is simply no valid reason for denying the benefit of the clause to employees who perform the contractual obligations. The nature and scope of the limitation of liability clause in such a case coincides essentially with the nature and scope of the contractual obligations performed by the third party beneficiaries (employees).

Upholding a strict application of the doctrine of privity in the circumstances of this case would also have the effect of allowing the appellant to circumvent or escape the limitation of liability clause to which it had expressly consented. This Court warned against such a practice in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. There, Le Dain

Le principe du lien contractuel ne tient pas compte des conséquences particulières qui découlent des relations employeur-employé et employeur-client. L'employeur et l'employé partagent manifestement les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur. Lorsqu'une personne conclut, avec un employeur, un contrat visant la prestation de certains services, il ne fait presque aucun doute, dans la plupart des cas, que des employés se verront confier les principales tâches liées à l'exécution des obligations qui découlent du contrat. Tel était le cas dans la présente affaire et, de toute évidence, l'appelante le savait. Bien qu'il se puisse qu'une telle similitude ou ressemblance ne soit pas présente lorsque l'employeur s'acquitte de ses obligations par l'entremise de quelqu'un qui n'est pas son employé, pareil élément est presque toujours présent lorsque des employés sont en cause. Il va de soi que je ne laisse nullement entendre que l'employé est une partie aux contrats de son employeur au sens traditionnel, de manière à pouvoir engager des poursuites fondées sur ces contrats ou être poursuivi pour leur inexécution. Toutefois, lorsqu'un employeur et un client concluent un contrat de prestation de services et insèrent une clause limitant la responsabilité de l'employeur relativement aux dommages imputables aux actes qui, dans l'esprit des parties contractantes et dans les faits, sont normalement accomplis par les employés de l'employeur, il n'existe tout simplement aucun motif valable de refuser le bénéfice de la clause aux employés qui exécutent les obligations contractuelles. En pareil cas, la nature et la portée de la clause de limitation de la responsabilité correspondent, pour l'essentiel, à la nature et à la portée des obligations contractuelles exécutées par les tiers bénéficiaires (les employés).

Appliquer strictement le principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire aurait également pour effet de permettre à l'appelante de contourner ou d'éluder la clause de limitation de la responsabilité à laquelle elle a expressément consenti. Dans *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, notre Cour a mis en

J. in speaking for the Court made the following statement of principle (at p. 206):

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

I appreciate that this Court was dealing with a somewhat different factual situation in *Central Trust* since it was addressing the general question of concurrent or alternative liabilities in tort and contract as between two parties to a contract. It was not concerned specifically with the right of a contracting party to bring an action in tort against the employees of the other party, at the same time as suing that other party in contract and tort. However, the concern expressed by Le Dain J., that is, the fundamental unilateral alteration of one's contract, remains entirely applicable to the case at bar. Let me explain.

In making the above "qualification" to concurrent or alternative liability, Le Dain J. was largely influenced by the majority judgment of Pigeon J. in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. In this respect, I think it would be useful to reproduce the passages from *Central Trust*, *supra*, which reveal what Le Dain J. had in mind when he spoke of circumventing or escaping one's contractual limitation of liability. He reviewed *Nunes Diamonds* in the following manner (at pp. 162-63):

The trial court and the Court of Appeal were of the opinion that there had not been misrepresentation for which D.E.P. was liable. The majority of this Court appear also to have been of this view but, assuming that there had been a misrepresentation, they held that there

garde contre cette pratique. Dans cet arrêt, le juge Le Dain a formulé, au nom de la Cour, l'énoncé de principe suivant (à la p. 206):

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'é luder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Je me rends bien compte que, dans *Central Trust*, notre Cour était saisie d'une situation factuelle quelque peu différente puisqu'elle examinait la question générale des responsabilités concomitantes (concurrentes) ou alternatives, en matière délictuelle et contractuelle, des deux parties à un contrat. Elle n'avait pas à se prononcer précisément sur le droit d'une partie contractante d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre les employés de l'autre partie au contrat, tout en intentant contre cette dernière une action fondée sur le contrat et la responsabilité délictuelle. Cependant, la crainte exprimée par le juge Le Dain, savoir qu'il y ait modification unilatérale et fondamentale d'un contrat, demeure tout à fait pertinente en l'espèce, et voici pour quoi.

En assujettissant la responsabilité concomitante ou alternative à la «restriction» susmentionnée, le juge Le Dain s'est inspiré largement de l'opinion majoritaire du juge Pigeon dans *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. J'estime qu'il serait utile, à cet égard, de reproduire les passages de l'arrêt *Central Trust*, précité, qui révèlent ce que le juge Le Dain entendait par le fait de contourner ou d'é luder une limitation contractuelle de la responsabilité. Il a analysé ainsi l'arrêt *Nunes Diamonds* (aux pp. 162 et 163):

La cour de première instance et la Cour d'appel ont conclu à l'absence de déclarations inexactes entraînant la responsabilité de D.E.P. Cette Cour à la majorité semble avoir partagé cet avis, mais a conclu que, même à supposer qu'il y ait eu déclarations inexactes, il ne pouvait

could not be liability in tort for it because of the existence of the contract. Pigeon J., with whom Martland and Judson JJ. concurred, said the following at pp. 777-78:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract, as expressed in *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Peterson, Zochonis & Co., Ltd.*, [[1924] A.C. 522], at p. 548. This is especially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

It appears to have been assumed by the majority, as had been held by the trial judge, that the clause in the contract limiting liability in the case of loss to \$50 did not cover negligence and also that the clause respecting representations did not apply to representations made after the contract was entered into. Pigeon J. said that if D.E.P. were to be liable in tort, despite the limitation of liability in the contract, it would effect a fundamental alteration of the contract.

Le Dain J. went on to examine the House of Lords decision of *Elder, Dempster, supra*, in order to elucidate what Pigeon J. meant by an "independent tort unconnected with the performance of [the] contract". This decision is of particular interest in the case at bar because of the similarity of legal issues involved therein, namely, the reliance by a third party on a contractual limitation of liability. Of course, I recognize that *Elder, Dempster* may be interpreted in many different ways and that the House of Lords has later expressed disapproval with at least one of these interpretations (i.e. vicarious immunity): *Midland Silicones, supra*. However, in clarifying the comments made by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, this Court chose to adopt one particular meaning of *Elder, Dempster* in *Central Trust* (at p. 164) which is very helpful in understanding the concern expressed by Le Dain J.:

What [*Elder, Dempster*] decided in essence was that the contractual exclusion of liability for bad stowage in the

y avoir de responsabilité délictuelle en raison de l'existence du contrat. Le juge Pigeon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Judson, affirme aux pp. 777 et 778:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat, comme on l'a dit dans la cause *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.* ([1924] A.C. 522), p. 548. En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

La Cour à la majorité semble avoir tenu pour acquis, à l'instar du juge de première instance, que la clause du contrat qui limitait la responsabilité en cas de perte à la somme de 50 \$ ne s'appliquait pas à la négligence et aussi que la clause relative aux déclarations ne visait pas celles faites après la signature du contrat. Le juge Pigeon a affirmé que si, malgré la limitation de responsabilité prévue dans le contrat, D.E.P. devait avoir une responsabilité délictuelle, cela apporterait une modification fondamentale au contrat.

Puis, le juge Le Dain a examiné l'arrêt de la Chambre des lords *Elder, Dempster*, précité, afin d'établir ce que le juge Pigeon entendait par «délict civil indépendant sans rapport avec l'exécution du contrat». Cette décision revêt une importance particulière en l'espèce vu la ressemblance des questions juridiques en cause, soit le fait qu'un tiers invoque une limitation contractuelle de la responsabilité. Je concède, bien sûr, que l'arrêt *Elder, Dempster* peut s'interpréter de différentes manières et que la Chambre des lords a, par la suite, désapprouvé expressément au moins une de ces interprétations (soit l'immunité dérivée): *Midland Silicones*, précité. Toutefois, en clarifiant les observations du juge Pigeon dans *Nunes Diamonds*, notre Cour a opté, dans *Central Trust*, pour une interprétation d'*Elder, Dempster* qui facilite grandement la compréhension de la crainte exprimée par le juge Le Dain (à la p. 164):

L'arrêt [*Elder, Dempster*] établissait essentiellement que, lorsque l'acte ou l'omission reprochés étaient reliés

bill of lading could not be circumvented by reliance on a liability in tort where the act or omission complained of was one connected with the performance of the contract. This appears from the speech of Viscount Finlay, cited by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, where, referring to the contention that the shipowners had a liability in tort that was unaffected by the exclusion of liability in the bill of lading [because they were not privy to the contract], he said at p. 548:

This contention seems to me to overlook the fact that the act complained of was done in the course of the stowage under the bill of lading, and that the bill of lading provided that the owners are not to be liable for bad stowage. If the act complained of had been an independent tort unconnected with the performance of the contract evidenced by the bill of lading, the case would have been different. But when the act is done in the course of rendering the very services provided for in the bill of lading, the limitation on liability therein contained must attach, whatever the form of the action and whether owner or charterer be sued. It would be absurd that the owner of the goods could get rid of the protective clauses of the bill of lading, in respect of all stowage, by suing the owner of the ship in tort.

In a similar fashion, it would be absurd in the circumstances of this case to let the appellant go around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort. The appellant consented to limit the "warehouseman's" liability to \$40 for anything that would happen during the performance of the contract. When the loss occurred, the respondents were acting in the course of their employment and performing the very services, albeit negligently, for which the appellant had contracted with Kuehne & Nagel. The appellant cannot obtain more than \$40 from Kuehne & Nagel, whether the action is based in contract or in tort, because of the limitation of liability clause. However, resorting to exactly the same actions, it is trying to obtain the full amount from the individuals ("warehousemen") who were directly responsible for the storing of its goods in accordance with the contract. As stated earlier, there is an identity of interest between the respondents and Kuehne & Nagel as far as performance of the lat-

à l'exécution du contrat, on ne pouvait, au moyen d'une allégation de responsabilité délictuelle, contourner l'exclusion contractuelle de responsabilité pour arrimage défectueux prévue par le connaissement. C'est ce qui ressort des motifs du vicomte Finlay, cités par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*. Abordant l'argument selon lequel la propriétaire du navire assumait une responsabilité délictuelle que n'écartait pas l'exclusion de responsabilité stipulée par le connaissement, le vicomte Finlay affirme à la p. 548:

[TRADUCTION] Cet argument me semble faire abstraction du fait que l'acte dont on se plaint a été accompli au cours de l'arrimage effectué en vertu du connaissement et que, selon ce connaissement, la propriétaire n'assume aucune responsabilité pour un arrimage défectueux. Si la faute dont on se plaint avait constitué un délit indépendant, sans lien avec l'exécution du contrat constaté par le connaissement, l'affaire aurait été différente. Mais, lorsque la faute intervient dans le cours des services mêmes qui sont rendus dans l'exécution du connaissement, la limitation de responsabilité qu'il contient doit jouer, quelle que soit la forme que prend l'action et que la poursuite soit engagée contre le propriétaire ou contre l'affréteur. Il serait absurde que le propriétaire des marchandises puisse contourner les clauses protectrices du connaissement relatives à tous les arrimages en poursuivant le propriétaire du navire en responsabilité délictuelle.

De même, il serait absurde, dans les circonstances de l'espèce, de permettre à l'appelante de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. L'appelante a consenti à ce que la responsabilité de l'«entreposeur» soit limitée à 40 \$ à l'égard de tout événement qui se produirait pendant l'exécution du contrat. Lorsque la perte est survenue, les intimés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et exécutaient, quoique négligemment, les services mêmes qui étaient visés par le contrat que l'appelante avait conclu avec Kuehne & Nagel. Qu'elle engage des poursuites fondées sur le contrat ou sur la responsabilité délictuelle, l'appelante ne peut obtenir davantage que 40 \$ de Kuehne & Nagel, en raison de la clause de limitation de la responsabilité. Or, elle tente d'obtenir, en invoquant exactement les mêmes actes, une indemnisation complète de la part des personnes (les «entreposeurs») qui étaient directement chargées de l'entreposage de

ter's contractual obligations is concerned. When these facts are taken into account, and it is recalled that the appellant knew the role to be played by employees pursuant to the contract, it is clear to me that this Court is witnessing an attempt in effect to "circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort". In my view, we should not sanction such an endeavour in the name of privity of contract.

Finally, there are sound policy reasons why the doctrine of privity should be relaxed in the circumstances of this case. A clause such as one in a contract of storage limiting the liability of a "warehouseman" to \$40 in the absence of a declaration by the owner of the goods of their value and the payment of an additional insurance fee makes perfect commercial sense. It enables the contracting parties to allocate the risk of damage to the goods and to procure insurance accordingly. If the owner declares the value of the goods, which he or she alone knows, and pays the additional premium, the bargain will have placed the entire risk on the shoulders of the "warehouseman". On the other hand, if the owner refuses the offer of additional coverage, the bargain will have placed only a limited risk on the "warehouseman" and the owner will be left with the burden of procuring private insurance if he or she decides to diminish its own risk. In either scenario, the parties to the contract agree to a certain allocation and then proceed, based on this agreement, to make additional insurance arrangements if required. It stretches commercial credulity to suggest that a customer, acting prudently, will not obtain insurance because he or she is looking to the employees for recovery when generally little or nothing is known about the financial capacity and professional skills of the

ses marchandises aux termes du contrat. Tel que mentionné précédemment, les intérêts des intimés et ceux de Kuehne & Nagel se confondent en ce qui a trait à l'exécution des obligations contractuelles de celle-ci. Compte tenu de ces circonstances et, je le rappelle, du fait que l'appelante connaissait le rôle joué par les employés conformément au contrat, il me semble évident que notre Cour assiste en fait à une tentative «de contourner ou d'é luder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de la responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil». J'estime que nous ne devrions pas sanctionner pareille tentative en invoquant le principe du lien contractuel.

Enfin, il existe de solides raisons d'ordre public qui justifient l'assouplissement du principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire. Une clause comme celle qui, dans un contrat d'entreposage, limite la responsabilité de l'«entreposeur» à 40 \$ est, en l'absence d'une déclaration par le propriétaire des marchandises de la valeur de ces marchandises et à défaut du paiement d'une assurance supplémentaire, parfaitement logique sur le plan commercial. Elle permet aux parties contractantes de répartir le risque d'endommagement des marchandises et de s'assurer en conséquence. Lorsque le propriétaire déclare la valeur des marchandises, que lui seul connaît, et qu'il paie la prime supplémentaire, le risque est entièrement assumé par l'«entreposeur» aux termes de l'entente. Par contre, si le propriétaire refuse l'offre de protection supplémentaire, l'«entreposeur» n'assume qu'un risque limité en vertu de l'entente, tandis que le propriétaire est tenu de s'assurer lui-même s'il souhaite diminuer son propre risque. Dans l'un et l'autre cas, les parties contractantes s'entendent sur une certaine répartition puis, compte tenu de cette entente, ils prennent, au besoin, des arrangements supplémentaires en matière d'assurance. Il est exagérément naïf sur le plan commercial de laisser entendre qu'un client prudent ne contracterait pas d'assurance parce qu'il compterait sur les employés pour l'indemniser, alors qu'on dispose généralement de très peu de renseignements, voire aucun, sur la capacité financière et les compétences professionnelles des

employees involved. That does not make sense in the modern world.

In addition, employees such as the respondents do not reasonably expect to be subject to unlimited liability for damages that occur in the performance of the contract when said contract specifically limits the liability of the “warehouseman” to a fixed amount. According to modern commercial practice, an employer such as Kuehne & Nagel performs its contractual obligations with a party such as the appellant through its employees. As far as the contractual obligations are concerned, there is an identity of interest between the employer and the employees. It simply does not make commercial sense to hold that the term “warehouseman” was not intended to cover the respondent employees and as a result to deny them the benefit of the limitation of liability clause for a loss which occurred during the performance of the very services contracted for. Holding the employees liable in these circumstances could lead to serious injustice especially when one considers that the financial position of the affected employees could vary considerably such that, for example, more well off employees would be sued and left to look for contribution from their less well off colleagues. Such a result also creates uncertainty and requires excessive expenditures on insurance in that it defeats the allocations of risk specifically made by the contracting parties and the reasonable expectations of everyone involved, including the employees. When parties enter into commercial agreements and decide that one of them and its employees will benefit from limited liability, or when these parties choose language such as “warehouseman” which implies that employees will also benefit from a protection, the doctrine of privity should not stand in the way of commercial reality and justice.

For all the above reasons, I conclude that it is entirely appropriate in the circumstances of this case to call for a relaxation of the doctrine of privity.

employés en cause. Cela n'a aucun sens dans notre monde contemporain.

De plus, des employés comme les intimés ne s'attendent pas raisonnablement à assumer une responsabilité illimitée pour les dommages causés dans l'exécution du contrat lorsque celui-ci limite expressément à un montant déterminé la responsabilité de l'«entreposeur». Selon la pratique commerciale contemporaine, un employeur comme Kuehne & Nagel s'acquitte de ses obligations contractuelles envers une partie comme l'appelante par l'entremise de ses employés. L'employeur et ses employés partagent les mêmes intérêts en ce qui concerne les obligations contractuelles. Il est tout simplement illogique, sur le plan commercial, de conclure que le mot «entreposeur» n'était pas destiné à viser les employés intimés, de manière à leur refuser le bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité à l'égard d'une perte survenue pendant l'exécution des services mêmes que vise le contrat. Conclure à la responsabilité des employés dans ces circonstances pourrait engendrer une grave injustice particulièrement si on considère que la situation financière des employés touchés pourrait varier considérablement, de sorte que, par exemple, les employés mieux nantis seraient poursuivis et en seraient réduits à chercher une contribution de la part de leurs collègues moins nantis. Pareil résultat crée aussi de l'incertitude et nécessite des frais d'assurance excessifs dans la mesure où il contrecarre la répartition des risques expressément prévue par les parties contractantes, ainsi que les attentes raisonnables de tous les intéressés, y compris les employés. Lorsque des parties concluent des contrats commerciaux et qu'elles décident que l'une d'elles et ses employés auront une responsabilité limitée, ou lorsque ces parties décident d'utiliser un terme comme «entreposeur» qui implique que les employés jouiront également d'une protection, le principe du lien contractuel ne devrait pas faire obstacle à la réalité commerciale et à la justice.

Pour tous les motifs qui précèdent, j'estime qu'il est tout à fait approprié, dans les circonstances de l'espèce, de demander l'assouplissement du principe du lien contractuel.

(b) *How Should the Doctrine of Privity be Relaxed?*

Regardless of the desirability of making a particular change to the law, I have already noted that complex changes with uncertain ramifications should be left to the legislature. Our power and duty as a court to adapt and develop the common law must only be exercised generally in an incremental fashion. This is particularly important when, as here, changes to substantive law are concerned, as opposed to changes to procedural law. The respondents submit that this Court should relax the doctrine of privity so as to permit non-contracting employees to take the benefit of any immunities or limitations of liability granted to their employer. They offer three requirements for the application of this new exception, namely: (1) there is a contractual limitation of liability between an employer and another party; (2) the loss occurs during the employer's performance of its contractual obligations to that party; and (3) the employees are acting in the course of their employment when the loss occurs.

In my opinion, not only does the respondents' submission go beyond what is required to dispose of the present appeal, but it also does not represent an incremental change to the law. The main problem I have is with their first requirement. As we have seen earlier, the criticisms and statutory inroads into the doctrine of privity of contract have mostly, if not exclusively, occurred with respect to third party beneficiaries. That is, with respect to third parties to whom contracting parties have extended, either expressly or impliedly, some form of benefit arising under the contract. However, this is not the thrust of the respondents' submission. In essence, what they are requesting is the recognition of a third party right, or *ius tertii*, for complete strangers to their employer's contracts, without any regard whatsoever to the intention of the contracting parties. While this may be an appropriate

b) *De quelle manière le principe du lien contractuel devrait-il être assoupli?*

Quellè que soit l'opportunité d'apporter une modification particulière au droit applicable, j'ai déjà mentionné que c'est au législateur qu'il incombe d'apporter des modifications complexes ayant des ramifications incertaines. En général, ce n'est que progressivement qu'il nous faut exercer le pouvoir et accomplir le devoir que nous avons, comme cour de justice, d'adapter et de faire évoluer la common law. Cela est particulièrement important lorsque, comme en l'espèce, il est question de modifications du droit positif, et non du droit en matière de procédure. Les intimés soutiennent que notre Cour devrait assouplir le principe du lien contractuel de manière à permettre aux employés non contractants de bénéficier de toute exonération ou limitation de la responsabilité accordée à leur employeur. Ils proposent trois conditions d'application de cette nouvelle exception: 1) il doit y avoir une limitation contractuelle de la responsabilité entre un employeur et une autre partie, 2) la perte doit survenir pendant l'exécution des obligations contractuelles qu'a l'employeur envers cette partie et 3) les employés doivent agir dans l'exercice de leurs fonctions au moment où la perte survient.

J'estime que l'argument des intimés va non seulement au-delà de ce qui est nécessaire pour statuer sur le présent pourvoi, mais également qu'il ne représente pas une modification progressive du droit applicable. La principale difficulté que j'éprouve concerne la première condition. Comme nous l'avons déjà vu, les critiques et les incursions législatives dont a fait l'objet le principe du lien contractuel ont essentiellement, voire exclusivement, porté sur les tiers bénéficiaires, c.-à-d. les tiers auxquels les parties contractantes ont conféré, expressément ou implicitement, une certaine forme d'avantage découlant du contrat. Toutefois, tel n'est pas le sens de l'argument des intimés. Ce qu'ils demandent essentiellement c'est la reconnaissance du droit d'un tiers, ou *ius tertii*, en faveur de parties parfaitement étrangères aux contrats de leur employeur, sans tenir compte d'au-

step for the legislature, it is not the type of incremental change that this Court should endorse.

In my opinion, a threshold requirement for employees to obtain the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause is the express or implied stipulation by the contracting parties that the benefit of the clause will also be shared by said employees. Without such a stipulation, it is my view that the employees are in a no better situation than this Court held those employees involved in *Greenwood Shopping Plaza, supra*, to be in, and should not therefore be able to rely on the clause as a means of defence. This Court found that the employees were strangers to the contract, as I discussed above. As for the other requirements proposed by the respondents, I agree with their substance although I would express them in a different manner.

In the end, the narrow question before this Court is: in what circumstances should employees be entitled to benefit from a limitation of liability clause found in a contract between their employer and the plaintiff (customer)? Keeping in mind the comments made earlier and the circumstances of this appeal, I am of the view that employees may obtain such a benefit if the following requirements are satisfied:

- 1) The limitation of liability clause must, either expressly or impliedly, extend its benefit to the employees (or employee) seeking to rely on it; and
- 2) the employees (or employee) seeking the benefit of the limitation of liability clause must have been acting in the course of their employment and must have been performing the very services provided for in the contract between their employer and the plaintiff (customer) when the loss occurred.

Although these requirements, if satisfied, permit a departure from the strict application of the doctrine

cune manière de l'intention des parties contractantes. Bien qu'il puisse s'agir d'une mesure appropriée pour le législateur, ce n'est pas le genre de modification progressive que notre Cour devrait approuver.

Selon moi, une condition préliminaire pour que les employés bénéficient de la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de leur employeur est que les parties contractantes aient stipulé expressément ou implicitement que la clause s'appliquera également aux employés. Je suis d'avis qu'en l'absence d'une telle stipulation, la situation des employés n'est pas meilleure que celle dans laquelle notre Cour a conclu que se trouvaient les employés en cause dans *Greenwood Shopping Plaza*, précité, de sorte qu'ils ne devraient pas pouvoir invoquer la clause comme moyen de défense. Comme nous l'avons vu, notre Cour a conclu que les employés étaient étrangers au contrat. Quant aux autres conditions proposées par les intimés, je suis d'accord avec leur contenu quoique je les aurais formulées différemment.

En fin de compte, la question restreinte dont est saisie notre Cour est la suivante: dans quelles circonstances les employés devraient-ils avoir le droit de bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat liant leur employeur et le demandeur (le client)? Compte tenu des observations formulées précédemment et des circonstances du présent pourvoi, je suis d'avis que les employés pourront bénéficier d'une telle clause si les conditions suivantes sont remplies:

- 1) La clause de limitation de la responsabilité doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés (ou à l'employé) qui cherchent à l'invoquer;
- 2) Les employés (ou l'employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes que visait le contrat intervenu entre leur employeur et le demandeur (le client) au moment où la perte est survenue.

Même si, une fois remplies, ces conditions permettent de déroger à l'application stricte du principe

of privity of contract, they represent an incremental change to the common law. I say "incremental change" for a number of reasons.

First and foremost, this new exception to privity is dependent on the intention of the contracting parties. An employer and his or her customer may choose the appropriate language when drafting their contracts so as to extend, expressly or impliedly, the benefit of any limitation of liability to employees. It is their intention as stipulated in the contract which will determine whether the first requirement is met. In this connection, I agree with the view that the intention to extend the benefit of a limitation of liability clause to employees may be express or implied in all the circumstances: see e.g. *Mayfair Fabrics v. Henley*, 244 A.2d 344 (N.J. 1968); *Employers Casualty Co. v. Wainwright*, 473 P.2d 181 (Colo. Ct. App. 1970) (*cert. denied*).

Second, taken as a whole, this new exception involves very similar benchmarks to the recognized agency exception, applied in *The Eurymedon* and by this Court in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*. As discussed in the latter decision, the four requirements for the agency exception were inspired from the following passage of Lord Reid's judgment in *Midland Silicones*, *supra* (at p. 474):

I can see a possibility of success of the agency argument if (first) the bill of lading makes it clear that the stevedore is intended to be protected by the provisions in it which limit liability, (secondly) the bill of lading makes it clear that the carrier, in addition to contracting for these provisions on his own behalf, is also contracting as agent for the stevedore that these provisions should apply to the stevedore, (thirdly) the carrier has authority from the stevedore to do that, or perhaps later ratification by the stevedore would suffice, and (fourthly) that any difficulties about consideration moving from the stevedore were overcome.

The first requirement of both exceptions is virtually identical. The second and third requirements of the agency exception are supplied by the identity of interest between an employer and his or her

du lien contractuel, elles représentent une modification progressive de la common law. Je parle de «modification progressive» pour un certain nombre de motifs.

D'abord et avant tout, cette nouvelle exception au principe du lien contractuel repose sur l'intention des parties contractantes. Un employeur et son client peuvent, au moment de rédiger leurs contrats, choisir des mots appropriés pour faire bénéficier expressément ou implicitement les employés de toute limitation de responsabilité. C'est leur intention exprimée dans le contrat qui déterminera si la première condition est remplie. À cet égard, je conviens que l'intention de faire bénéficier les employés d'une clause de limitation de la responsabilité peut être expresse ou implicite dans tous les cas: voir, par exemple, *Mayfair Fabrics c. Henley*, 244 A.2d 344 (N.J. 1968), *Employers Casualty Co. c. Wainwright*, 473 P.2d 181 (Colo. Ct. App. 1970) (*cert. refusé*).

Deuxièmement, vue dans son ensemble, cette nouvelle exception comporte des points de repère très semblables à ceux de l'exception reconnue du mandat qui a été appliquée dans l'affaire *Eurymedon* et, par notre Cour, dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators*, précité. Tel que mentionné dans ce dernier arrêt, les quatre conditions applicables à l'exception du mandat s'inspirent de l'extrait suivant du jugement de lord Reid dans *Midland Silicones*, précité (à la p. 474):

[TRADUCTION] Selon moi, l'argument du mandat a une chance de succès si (1) le connaissement énonce clairement que ses dispositions limitant la responsabilité visent à protéger l'acconier, (2) si le connaissement énonce clairement que le transporteur, en plus de convenir par contrat que ces dispositions s'appliqueront à lui-même, convient aussi à titre de mandataire de l'acconier qu'elles s'appliqueront à l'acconier, (3) si le transporteur a l'autorisation de l'acconier d'agir ainsi (ou peut-être qu'une ratification ultérieure de l'acconier suffira), et (4) si toutes les difficultés concernant la contrepartie provenant de l'acconier sont surmontées.

La première condition applicable à chacune des deux exceptions est presque identique. Les deuxième et troisième conditions de l'exception du mandat découlent du fait que l'employeur et ses

employees as far as the performance of contractual obligations is concerned; this is implicit in the recognition of this new exception. As for the fourth requirement of agency, while this new exception makes no specific mention of consideration moving from the employees to the customer, the second requirement of the new exception embraces the same elements which were adopted by courts to recognize consideration moving from stevedores in cases involving "*Himalaya clauses*".

Third, it must be remembered that I am proposing a very specific and limited exception to privity in the case at bar; viz. permitting employees who qualify as third party beneficiaries to use their employer's limitation of liability clauses as "shields" in actions brought against them, when the damage they have caused was done in the course of their employment and while they were carrying out the very services for which the plaintiff (customer) had contracted with their employer. In sum, I am recognizing a limited *jus tertii*.

In closing on this point, I wish to add the obvious comment that nothing in the above reasons should be taken as affecting in any way recognized exceptions to privity of contract such as trust and agency. In other words, even if the above requirements are not satisfied, an employee may still establish the existence of a trust or agency so as to obtain a benefit which the contracting parties intended him or her to have, notwithstanding lack of privity.

(c) *Application of the New Exception*

The only question in the case at bar is whether the respondents are third party beneficiaries with respect to the limitation of liability clause so as to come within the first requirement of the test I set forth above. Based on uncontested findings of fact, the respondents were acting in the course of their

employés partagent les mêmes intérêts en ce qui concerne l'exécution des obligations contractuelles, ce qui est implicite dans la reconnaissance de cette nouvelle exception. Quant à la quatrième condition de l'exception du mandat, même si cette nouvelle exception ne prévoit pas expressément qu'une contrepartie est fournie au client par les employés, la deuxième condition de la nouvelle exception englobe les mêmes éléments que ceux retenus par les tribunaux pour reconnaître qu'une contrepartie provenait des manutentionnaires dans des affaires où il était question de «*clauses Himalaya*».

Troisièmement, il faut se rappeler que je propose, en l'espèce, une exception très précise et limitée au principe du lien contractuel, savoir permettre aux employés qui ont les qualités requises pour être des tiers bénéficiaires d'utiliser les clauses de limitation de la responsabilité de leur employeur comme moyens de défense dans des poursuites engagées contre eux, lorsque les dommages qu'ils ont causés l'ont été dans l'exercice de leurs fonctions et pendant qu'ils fournissaient les services mêmes que vise le contrat intervenu entre le demandeur (le client) et leur employeur. En somme, je reconnais un droit des tiers limité.

Pour conclure sur ce point, je tiens à préciser que les motifs qui précèdent ne doivent évidemment pas être considérés comme modifiant de quelque manière les exceptions reconnues au principe du lien contractuel, comme la fiducie et le mandat. En d'autres termes, même si les conditions susmentionnées ne sont pas remplies, un employé peut encore établir l'existence d'une fiducie ou d'un mandat de manière à bénéficier d'un avantage que les parties contractantes entendaient lui conférer, malgré l'absence d'un lien contractuel.

c) *Application de la nouvelle exception*

La seule question qui se pose ici est de savoir si les intimés sont des tiers bénéficiaires relativement à la clause de limitation de la responsabilité, de manière à remplir la première condition du test susmentionné. Selon les conclusions de fait non contestées, les intimés agissaient dans l'exercice

employment when they caused the transformer to topple over. Moreover, at that time they were performing the very services provided for in the contract between Kuehne & Nagel and the appellant, namely, the storage and upkeep of the transformer. ^a

de leurs fonctions lorsqu'ils ont fait basculer le transformateur. De plus, ils exécutaient alors les services mêmes que prévoit le contrat intervenu entre Kuehne & Nagel et l'appelante, savoir les services d'entreposage et d'entretien du transformateur.

For convenience, I reproduce again the limitation of liability clause:

^b Pour des motifs de commodité, je reproduis de nouveau la clause de limitation de la responsabilité:

LIABILITY - Sec. 11(a) The responsibility of a warehouseman in the absence of written provisions is the reasonable care and diligence required by the law.

^c [TRADUCTION] RESPONSABILITÉ - Al. 11a) En l'absence de dispositions écrites, l'entreposeur est tenu de faire preuve de la prudence et de la diligence raisonnables que requiert la loi.

(b) The warehouseman's liability on any one package is limited to \$40 unless the holder has declared in writing a valuation in excess of \$40 and paid the additional charge specified to cover warehouse liability.

^d b) La responsabilité de l'entreposeur à l'égard d'un colis donné est limitée à 40 \$, à moins que l'entrepositaire n'ait déclaré par écrit que la valeur de l'objet en cause est supérieure à 40 \$ et qu'il n'ait acquitté les frais supplémentaires spécifiés pour qu'il y ait responsabilité accrue de l'entreposeur.

Does the language chosen indicate that the benefit of the clause is specifically restricted to Kuehne & Nagel? I think not. On the contrary, when all of the relevant circumstances are considered, it is my view that the parties must be taken as having intended that the benefit of this clause would also extend to Kuehne & Nagel's employees. ^e

^f Peut-on déduire du texte de la clause qu'elle s'applique au seul bénéficiaire de Kuehne & Nagel? Je ne le crois pas. Au contraire, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes, j'estime qu'il faut considérer que les parties ont voulu que cette clause s'applique également aux employés de Kuehne & Nagel.

It is clear that the parties did not choose express language in order to extend the benefit of the clause to employees. For example, there is no mention of words such as "servants" or "employees" in s. 11(b) of the contract. As such, it cannot be said that the respondents are express third party beneficiaries with respect to the limitation of liability clause. However, this does not preclude a finding that they are implied third party beneficiaries. In view of the identity of interest between an employer and his or her employees with respect to the performance of the former's contractual obligations and the policy considerations discussed above, it is surely open to a court, in appropriate circumstances, to conclude that a limitation of liability clause in a commercial contract between an employer and his or her customer impliedly extends its benefit to employees. ^j

^g Il est clair que les parties n'ont pas choisi de prévoir expressément l'application de la clause aux employés. Par exemple, on ne trouve pas à l'al. 11b) du contrat des termes comme «préposés» ou «employés». De ce fait, on ne saurait dire que les intimés sont expressément des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de la responsabilité. Cela n'empêche toutefois pas de conclure qu'ils sont implicitement des tiers bénéficiaires. Compte tenu du fait que l'employeur et les employés partagent les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur, et vu les considérations de principe analysées précédemment, il est sûrement loisible à une cour, dans des circonstances appropriées, de conclure qu'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat commercial intervenu entre un employeur et son client s'applique tacitement aux employés.

In the case at bar, the parties have not chosen language which inevitably leads to the conclusion that the respondents were not to benefit from s. 11(b) of the contract of storage. The term “warehouseman” as used in s. 11(b) is not defined in the contract and the definition provided in the *Warehouse Receipt Act*, s. 1, is of no use in determining whether it includes employees for the purpose of the contractual limitation of liability. While it is true that s. 10(e) of the contract uses the term “warehouse employee”, this by itself does not preclude an interpretation of “warehouseman” in s. 11(b) of the same contract as implicitly including employees for the purposes of the limitation of liability clause. Such a conclusion does not offend the words chosen by the parties.

When all the circumstances of this case are taken into account, including the nature of the relationship between employees and their employer, the identity of interest with respect to contractual obligations, the fact that the appellant knew that employees would be involved in performing the contractual obligations, and the absence of a clear indication in the contract to the contrary, the term “warehouseman” in s. 11(b) of the contract must be interpreted as meaning “warehousemen”. As such, the respondents are not complete strangers to the limitation of liability clause. Rather, they are unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to this clause. Accordingly, the first requirement of this new exception to the doctrine of privity is also met.

C. Conclusion

The respondents owed a duty of care to the appellant in their handling of its transformer. According to the uncontested findings of the trial judge, they breached this duty causing damages in the amount of \$33,955.41. While neither trust nor agency is applicable, the respondents are entitled to benefit directly from the limitation of liability clause in the contract between their employer and the appellant. This is so because they are third

En l'espèce, les parties n'ont pas choisi des mots qui amènent inévitablement à conclure que les intimés ne devaient pas bénéficier de l'application de l'al. 11b) du contrat d'entreposage. Le mot [TRADUCTION] «entreposeur» utilisé à l'al. 11b) n'est pas défini dans le contrat et la définition qu'en donne l'art. 1 de la *Warehouse Receipt Act* ne permet pas de déterminer si ce mot inclut les employés aux fins de la clause contractuelle de limitation de la responsabilité. Même s'il est vrai qu'on trouve à l'al. 10e) du contrat, l'expression [TRADUCTION] «employé d'entrepôt», cela n'empêche pas en soi d'interpréter le mot [TRADUCTION] «entreposeur» utilisé à l'al. 11b) du même contrat comme incluant implicitement les employés aux fins de la clause de limitation de la responsabilité. Pareille conclusion n'est pas contraire aux mots choisis par les parties.

Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, y compris la nature de la relation qui existe entre les employés et leur employeur, le fait que les mêmes intérêts soient partagés relativement aux obligations contractuelles, le fait que l'appelante savait que des employés participeraient à l'exécution des obligations contractuelles et l'absence, dans le contrat, d'une disposition non équivoque à l'effet contraire, le mot [TRADUCTION] «entreposeur» employé à l'al. 11b) du contrat doit être interprété comme signifiant «les entreposeurs». En ce sens, les intimés ne sont pas parfaitement étrangers à la clause de limitation de la responsabilité. Ce sont plutôt, à l'égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites. En conséquence, la première condition de cette nouvelle exception au principe du lien contractuel est également remplie.

C. Conclusion

Les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé son transformateur. Selon les conclusions de fait non contestées du juge de première instance, ils ont manqué à cette obligation et causé des dommages s'élevant à 33 955,41\$. Bien qu'aucune fiducie ou aucun mandat ne soit applicable, les intimés ont le droit de bénéficier directement de la clause de limitation de la responsabilité que renferme le con-

party beneficiaries with respect to that clause and because they were acting in the course of their employment and performing the very services contracted for by the appellant when the damages occurred. I acknowledge that this, in effect, relaxes the doctrine of privity and creates a limited *jus tertii*. However, when viewed in its proper context, it merely represents an incremental change to the law, necessary to see that the common law develops in a manner that is consistent with modern notions of commercial reality and justice.

V. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and cross-appeal, both with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with Justice Iacobucci that the appeal should be dismissed. However, I arrive at the conclusion that the liability of the defendant employees is limited to the \$40 maximum stipulated in their employer's contract by somewhat different reasoning.

Iacobucci J., as I understand his reasons, finds the liability of the defendants in tort. He concludes that the defendant employees owed the plaintiff a duty of care and that they breached that duty in dropping the plaintiff's transformer. He then finds that the limitation in the contract between the plaintiff and a third party (the employer) is a bar to full recovery in tort. He simply asserts this, without much discussion of how, as a matter of doctrine, defendants in a tort action can raise, as a defence to a tort claim, a contract to which they are not parties. I believe the question of how, in terms of legal principle, a term of a contract can serve as

trat intervenu entre leur employeur et l'appelante. Il en est ainsi parce que ce sont des tiers bénéficiaires relativement à cette clause et parce qu'ils agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et fournissaient les services mêmes pour lesquels l'appelante avait conclu un contrat, lorsque les dommages ont été causés. Je reconnais que cette conclusion a pour effet d'assouplir le principe du lien contractuel et de conférer aux tiers un droit limité. Toutefois, si on la situe dans son contexte approprié, elle représente simplement une modification progressive du droit applicable, qui est nécessaire pour que la common law évolue d'une manière conforme aux notions contemporaines de la réalité commerciale et de la justice.

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris à l'opinion du juge Iacobucci qu'il convient de rejeter le pourvoi. Toutefois, c'est par un raisonnement quelque peu différent que j'arrive à la conclusion que la responsabilité des employés défendeurs se limite au montant maximal de 40 \$ stipulé dans le contrat de leur employeur.

Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Iacobucci a conclu que les défendeurs ont une responsabilité délictuelle. À son avis, les employés défendeurs avaient envers la demanderesse une obligation de diligence à laquelle ils ont manqué lorsqu'ils ont laissé tomber son transformateur. Il a ensuite jugé que la limitation stipulée au contrat conclu entre la demanderesse et un tiers (l'employeur) fait obstacle à une pleine indemnisation en matière délictuelle. C'est ce qu'il affirme simplement, sans trop analyser comment, du point de vue doctrinal, les défendeurs dans une action délictuelle peuvent invoquer en défense un contrat auquel ils ne sont pas parties. J'estime qu'il est important, aux fins du présent pourvoi et d'autres cas qui pourront se présenter, de savoir comment, sur le plan des principes juridiques, une condition

a defence to a claim in tort is important for this and future cases. Hence these reasons.

I have also had the advantage of reading my colleague Justice La Forest's reasons. While I confess to great admiration for the scholarship and good sense they display, my concerns about the magnitude of the change they would introduce to the Canadian law of tort and the difficult questions they raise prevent me from agreeing with them. Later in these reasons, I will briefly address some of these concerns.

In the court below, Lambert J.A. conducted an analysis in contract, and found an independent contract between the plaintiff and the employees. A limitation of liability clause was seen by Lambert J.A. to be a logically necessary term to that contract. Meanwhile, Southin J.A. found the employees liable in trespass. With respect, Lambert J.A.'s approach suffers from many difficulties, chief among which is that of uncertainty as to the terms that a court will find to be applied between the employees and the plaintiff in any given case. I am also in respectful disagreement with Southin J.A.'s approach, as an action in trespass is most likely inappropriate in law where a bailor who came into possession of goods with the consent of the plaintiff damages the goods negligently (and not intentionally).

The analysis in this case, as I see it, must start from the self-evident proposition that tort and contract constitute separate legal regimes. The plaintiff's action against the employees in this case is necessarily in tort, since there was no contract between it and the employees. The defendants, however, seek to rely on the terms of the contract between the plaintiff and their employer as a defence. The question is whether they can do this, and if so, on what basis.

d'un contrat peut offrir un moyen de défense à une action fondée sur la responsabilité délictuelle. D'où les présents motifs.

^a J'ai également eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest. Malgré ma grande admiration à l'égard du savoir et du bon sens qui s'en dégagent, mes craintes à l'égard de l'amplitude du changement qu'ils introduiraient dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle et les questions épineuses qu'ils soulèvent m'empêchent d'y souscrire. Plus loin dans les présents motifs, je traiterai brièvement de certaines de ces craintes.

^b Le juge Lambert de la Cour d'appel a effectué une analyse contractuelle et conclu à l'existence d'un contrat indépendant entre la demanderesse et les employés. Il a considéré qu'une clause de limitation de la responsabilité était une condition logiquement nécessaire de ce contrat. Pour sa part, le juge Southin a conclu que les employés étaient responsables d'atteinte à la possession mobilière. En toute déférence, la méthode adoptée par le juge Lambert présente de nombreuses lacunes, dont la principale est l'incertitude quant aux conditions qu'un tribunal jugera applicables aux employés et au demandeur dans un cas donné. Je suis également en désaccord avec la méthode du juge Southin pour le motif qu'en droit l'action fondée sur l'atteinte à la possession mobilière ne convient vraisemblablement pas lorsque le déposant qui est entré en possession des marchandises avec le consentement du demandeur les endommage par négligence (et non intentionnellement).

^c À mon avis, l'analyse en l'espèce doit se fonder sur la prémisse évidente en soi selon laquelle le droit de la responsabilité délictuelle et celui des contrats constituent des régimes distincts. En l'espèce, l'action intentée par la demanderesse contre les employés est nécessairement fondée sur la responsabilité délictuelle puisqu'aucun contrat ne la liait aux employés. Toutefois, les défendeurs tentent d'invoquer en défense les conditions du contrat intervenu entre la demanderesse et leur employeur. Il s'agit de savoir s'ils peuvent agir ainsi et, dans l'affirmative, pour quel motif?

Several theories for permitting an employee sued in tort to rely on a term of limitation in his employer's contract have been suggested. The most salient is the assertion that the plaintiff voluntarily accepted the risk of damage over the amount specified in the limitation clause. On this theory, the plaintiff, having agreed to the limitation of liability vis-à-vis the employer, must be taken to have done so with respect to the employer's employees.

On a avancé plusieurs théories selon lesquelles l'employé poursuivi en matière délictuelle peut invoquer une clause de limitation figurant dans le contrat de son employeur. Celle qui ressort le plus veut que la demanderesse ait volontairement accepté le risque du dommage excédant le montant stipulé dans la clause de limitation. Selon cette théorie, il faut considérer que l'acceptation par la demanderesse de la limitation de la responsabilité de l'employeur vaut également pour les employés de ce dernier.

The concept of voluntary assumption of the risk is known in tort law by the maxim *volenti non fit injuria*. Scholars have characterized it in two different ways: first, as a negation or limitation of the duty of care, and second, as a waiver of an existing cause of action (i.e. a bar to recovery): *Clerk & Lindsell on Torts* (16th ed. 1989), at pp. 112-13; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987), at pp. 557-58; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 448-49. The negation or limitation of duty of care approach looks at all the circumstances, including the contract, to determine what was the common law duty between the parties. The waiver approach assumes a standard duty of care, but says that the plaintiff's right to sue for breach of that duty has been removed.

La notion de l'acceptation volontaire du risque est exprimée en droit de la responsabilité délictuelle par la maxime *volenti non fit injuria*. Selon les auteurs, elle comporte deux aspects différents: d'une part, elle supprime ou limite l'obligation de diligence et, d'autre part, elle constitue une renonciation à un droit d'action existant (et empêche ainsi l'indemnisation): *Clerk & Lindsell on Torts* (16^e éd. 1989), aux pp. 112 et 113; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19^e éd. 1987), aux pp. 557 et 558; A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), aux pp. 545 à 547. Le point de vue selon lequel il y a suppression ou limitation de l'obligation de diligence tient compte de toutes les circonstances, dont le contrat, pour déterminer la nature de l'obligation des parties en common law. D'après le point de vue selon lequel il y a renonciation, on suppose qu'il existe une obligation de diligence normale, mais on dit que le droit du demandeur de poursuivre pour manquement à cette obligation a été retiré.

In the court below, McEachern C.J.B.C., Wallace J.A. and Hinkson J.A. took the first approach. My colleague Iacobucci J., as I understand his reasons, takes the second. He says it is unnecessary to take the "tort" approach. He determines breach on the usual standard of care without consideration of the particular circumstances or the contract. He then proceeds to consider whether the limitation of

En cour d'appel, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et les juges Wallace et Hinkson ont adopté le premier point de vue. Selon mon interprétation de ses motifs, mon collègue le juge Iacobucci adopte le second. Il affirme qu'il n'est pas nécessaire d'adopter la méthode fondée sur la «responsabilité délictuelle». Il détermine le manquement selon la norme habituelle de diligence sans tenir compte des circonstances particulières ou du contrat. Il se demande ensuite si la limitation de responsabilité stipulée au contrat conclu entre la demanderesse et l'employeur peut être

liability in the plaintiff-employer contract provides a defence, and finds it does.

The first problem in Iacobucci J.'s approach is whether the defendants, who were not parties to the contract, can rely on the contract at all. In the past, the doctrine of privity of contract has said no. Iacobucci J. says this should no longer be a bar; I agree.

But there is a second problem. This arises from the fact that the contract term, even if it can be raised as a defence by the employees, does not by its content provide the employees with a defence. The contract exempts only the "warehouseman". The term "warehouseman" is not defined in the contract. But in my respectful view, upon a reading of the contract as a whole, the only reasonable interpretation is that the term "warehouseman" refers to the employer and does not include the employees.

One way of overcoming this difficulty would be through the doctrine of implied terms. It might be argued that where a customer and employer contract for a limitation of liability in circumstances where they know that the work will be done by the employer's employees, it is an implied term of that contract that the plaintiff accepts the risk of the employees' negligence as well, with the consequence that the employees may raise the defence of *volenti* against the plaintiff.

The supposition of an implied term to exempt the employees from liability on this case runs up against the problem that there is nothing to suggest that the parties intended the word "warehouseman", which defines whose liability is exempted, to include the employees. With all respect to Iacobucci J.'s apparent finding to the contrary, the conclusion that the parties intended "warehouseman" to include employees is of doubtful validity, given the absence of evidence on the matter and the fact that elsewhere in the contract "warehouseman" can only be read as not extending to employees.

invoquée comme moyen de défense, ce à quoi il répond par l'affirmative.

La première difficulté que soulève le point de vue adopté par le juge Iacobucci est de savoir si les défendeurs, qui n'étaient pas parties au contrat, peuvent l'invoquer. Autrefois, la réponse était négative en vertu du principe du lien contractuel. Selon le juge Iacobucci, cela ne devrait plus constituer un empêchement; je suis d'accord.

Il existe toutefois une deuxième difficulté. Elle découle du fait que la condition du contrat, même si elle peut être invoquée en défense par les employés, n'offre pas, de par son contenu, un moyen de défense à ces derniers. Le contrat n'exonère que l'«entreposeur». Ce terme n'y est pas défini. Cependant, j'estime que la lecture du contrat dans son ensemble ne permet qu'une seule interprétation raisonnable, c'est-à-dire que le terme «entreposeur» désigne l'employeur et non les employés.

La théorie des conditions implicites constituerait un moyen de surmonter cette difficulté. On pourrait prétendre que lorsqu'un client et un employeur prévoient par contrat une limitation de responsabilité et qu'ils savent tous deux que le travail sera accompli par les employés de l'employeur, il y a alors dans ce contrat une condition implicite selon laquelle le demandeur accepte également le risque de négligence des employés, permettant ainsi à ces derniers d'opposer la défense de *volenti* au demandeur.

La supposition qu'il existe une condition implicite de manière à exonérer les employés de toute responsabilité en l'espèce se heurte au fait que rien ne laisse croire que les parties ont voulu que le terme «entreposeur», qui définit ceux dont la responsabilité est exclue, vise également les employés. En toute déférence pour la conclusion apparemment contraire du juge Iacobucci, il est douteux que les parties aient voulu que le terme «entreposeur» vise également les employés, étant donné l'absence de preuve à ce sujet et le fait qu'ailleurs dans le contrat, on ne peut que comprendre que le terme «entreposeur» ne vise pas les employés.

However, presumed intention of the parties is only one of the grounds on which an implied term may be founded. As G. H. Treitel states in *The Law of Contract* (8th ed. 1991) at p. 185:

Implied terms may be divided into three groups. The first consists of terms implied in fact, that is, terms which were not expressly set out in the contract, but which the parties must have intended to include. The second consists of terms implied in law, that is, terms imported by operation of law, although the parties may not have intended to include them. The third consists of terms implied by custom.

See also Le Dain J. in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, and my concurring reasons in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986. In short, the court, where appropriate, may as a matter of policy imply a term in a particular type of contract, even where it is clear the parties did not intend it.

This would seem to me to afford a sufficient foundation for Iacobucci J.'s conclusion that the contract exemption should afford a defence to the employees. It might be argued that as a matter of policy the courts should imply a term in warehousing contracts that "warehouseman" includes the employees of the warehouse for purposes of contractual limitations of liability. This in turn would permit the conclusion that the plaintiff, by entering into such a contract, waived its right to sue the employees for damage beyond \$40. This approach does, however, raise the difficult question of whether the court should, as a matter of policy, imply the term contended for.

But voluntary assumption of the risk can be grounded on a broader basis than waiver based on the contract's exclusion clause, as the three judges of the court below who dealt with the matter in tort concluded. Quite apart from the particular contract term, it can be argued that the concatenation of cir-

Toutefois, l'intention présumée des parties ne constitue qu'un seul des moyens de soutenir l'existence d'une condition implicite. Comme le dit G. H. Treitel dans *The Law of Contract* (8^e éd. 1991), à la p. 185:

[TRADUCTION] Les conditions implicites peuvent se diviser en trois catégories. La première renferme les conditions implicites en fait, soit celles qui n'ont pas été expressément stipulées au contrat, mais que les parties ont dû avoir l'intention d'inclure. La deuxième catégorie regroupe les conditions implicites en droit, c'est-à-dire les conditions qui découlent de l'application du droit, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention de les inclure. Les conditions implicites en vertu de la coutume forment la troisième catégorie.

Voir également les motifs du juge Le Dain dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, et mes motifs concordants dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986. Bref, lorsque cela est indiqué, le tribunal peut, en principe, supposer l'existence d'une condition dans une forme particulière de contrat, même si de toute évidence les parties n'ont pas voulu l'y inclure.

Cela me semble fournir une justification suffisante à la conclusion du juge Iacobucci que les employés devraient pouvoir invoquer comme moyen de défense l'exonération prévue au contrat. On pourrait prétendre qu'en principe, les tribunaux devrait supposer l'existence, dans les contrats d'entreposage, d'une condition prévoyant que le terme «entreposeur» vise les employés de l'entrepôt pour les fins des limitations contractuelles de responsabilité. On pourrait alors conclure que la demanderesse, en concluant un tel contrat, a renoncé à son droit de poursuivre les employés pour les dommages excédant 40 \$. Ce point de vue soulève toutefois la question épineuse de savoir si le tribunal devrait, en principe, supposer l'existence de la prétendue condition.

Cependant, comme l'ont conclu les trois juges de la Cour d'appel qui ont abordé la question sous l'angle de la responsabilité délictuelle, l'acceptation volontaire du risque peut se fonder sur un motif plus général que la renonciation découlant de la clause d'exonération du contrat. Tout à fait indé-

cumstances giving rise to the tort duty, of which the contract with its exemption of liability is one, are such that they limit the duty of care the employees owed to the plaintiff. As Wallace J.A. put it (quoting Purchas L.J. in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), at p. 1011), the question of whether there are circumstances qualifying or negating the duty of care “can only be answered in the context of the factual matrix including especially the contractual structure against which such duty is said to arise.”

The law of tort has long recognized that circumstances may negate or limit the duty of care in tort. Indeed, as noted earlier in these reasons, this is one of the fundamental theories by which scholars have explained the defence of voluntary assumption of the risk. Waivers and exemption clauses, whether contractual or not, have long been accepted as having this effect on the duty in tort. As Fleming, *supra*, at p. 265 (dealing with the complete negation of any duty of care), puts it:

The basic idea is that the plaintiff, by agreeing to assume the risk himself, absolves the defendant from all responsibility for it. The latter’s duty of care is thus suspended.

Canadian courts, including this one, have applied this principle in determining liability and damages in tort. In *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322, Kellock J., after discussing the duty of care that is ordinarily owed by the operator of an automobile to a passenger, stated (at p. 331):

A finding of *volenti* involves the consequence that no such duty existed, the onus of establishing which lay upon the defendant.

pendamment de la condition du contrat en cause, on peut soutenir que les circonstances qui donnent naissance à l’obligation en matière délictuelle, dont fait partie le contrat prévoyant l’exonération de responsabilité, sont de nature à limiter l’obligation de diligence des employés envers la demanderesse. Comme l’a dit le juge Wallace (citant le lord juge Purchas dans l’arrêt *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), à la p. 1011), la question de savoir s’il existe des circonstances qui atténuent ou suppriment l’obligation de diligence [TRADUCTION] «peut être tranchée uniquement en fonction du cadre factuel et, en particulier, de la structure contractuelle dans laquelle on allègue que cette obligation prend naissance.»

Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît depuis longtemps que les circonstances peuvent supprimer ou limiter l’obligation de diligence en matière délictuelle. En fait, comme je l’ai déjà souligné dans les présents motifs, il s’agit de l’une des théories fondamentales auxquelles les auteurs ont eu recours pour expliquer le moyen de défense fondé sur l’acceptation volontaire du risque. On reconnaît depuis longtemps que les renonciations et les clauses d’exonération, qu’elles soient contractuelles ou non, ont un tel effet sur l’obligation en matière délictuelle. Comme Fleming, *op. cit.*, le dit à la p. 265 (où il traite de la suppression totale de toute obligation de diligence):

[TRADUCTION] L’idée fondamentale est que le demandeur qui accepte d’assumer le risque lui-même dégage le défendeur de toute responsabilité à l’égard de ce risque. L’obligation de diligence de ce dernier est donc suspendue.

Les tribunaux canadiens, dont notre Cour, ont appliqué ce principe pour déterminer la responsabilité et les dommages-intérêts en matière délictuelle. Dans l’arrêt *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322, après avoir analysé l’obligation de diligence que le conducteur d’une automobile a normalement envers un passager, le juge Kellock affirme (à la p. 331):

[TRADUCTION] La conclusion qu’il y a acceptation volontaire du risque a comme conséquence que cette obligation n’existait pas, et c’est au défendeur qu’il incombe de l’établir.

See also *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186, at p. 1203.

Voir également *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, à la p. 1203.

McEachern C.J.B.C., Hinkson J.A. and Wallace J.A. in the Court of Appeal below, after a careful review of the circumstances giving rise to the duty of care owed by the employees to the plaintiff in this case, concluded that it was limited to damage under \$40. It would serve no purpose to repeat the considerations that led them to this conclusion, which have been ably summarized by Iacobucci J. Suffice it to say that I think they were right. (I add only the caveat that unlike one commentator (W. J. Swadling, "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, at pp. 218-19), I do not read Hinkson J.A. as holding that reliance by the plaintiff is essential to recovery in all such cases, nor Wallace J.A. as saying that the only requirement for liability is what is "just and reasonable.")

Après avoir revu minutieusement les circonstances donnant naissance à l'obligation de diligence des employés envers la demanderesse en l'espèce, le juge en chef McEachern et les juges Hinkson et Wallace de la Cour d'appel ont conclu qu'elle était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$. Il ne servirait à rien de répéter les considérations qui les ont amenés à conclure ainsi et que le juge Iacobucci a résumées adroitement. Il suffit de dire qu'à mon avis, ils avaient raison. (J'ajouterai comme seule réserve que, contrairement à un commentateur (W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, aux pp. 218 et 219), je ne considère pas que le juge Hinkson a conclu que la confiance de la demanderesse est une condition essentielle de l'indemnisation dans tous ces cas, ni que le juge Wallace a affirmé que la seule exigence pour qu'il y ait responsabilité est ce qui est «juste et raisonnable».)

In England, the courts have rejected the doctrine of "vicarious immunity" which holds as a matter of principle that "an employee who performs acts under a contract made between his employer and a third party is entitled to the same immunities that the contract confers on his employer" (Swadling, *supra*, at p. 223). However, more recent decisions have opened the door to an analysis based on modification of the duty of care similar to that adopted in the Court of Appeal below. In *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), Lord Roskill, in addressing the question as to "what the position would be in a case where there was a relevant exclusion clause in the main contract", stated (at p. 546):

En Angleterre, les tribunaux ont rejeté la règle de l'«immunité dérivée» selon laquelle, en principe, [TRADUCTION] «un employé qui accomplit des actes aux termes d'un contrat intervenu entre son employeur et un tiers a droit aux mêmes immunités que celles que le contrat confère à son employeur» (Swadling, *loc. cit.*, à la p. 223). Toutefois, des décisions plus récentes ont ouvert la voie à une analyse fondée sur une modification de l'obligation de diligence semblable à celle adoptée par la Cour d'appel en l'espèce. Dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), lord Roskill, se demandant [TRADUCTION] «ce qui se produirait s'il y avait une clause d'exonération pertinente dans le contrat principal», a répondu (à la p. 546):

... that question does not arise for decision in the instant appeal, but in principle I would venture the view that such a clause according to the manner in which it was worded might in some circumstances limit the duty of care just as in the *Hedley Byrne* case the plaintiffs were ultimately defeated by the defendants' disclaimer of responsibility. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce, mais, en principe, je me permettrais d'observer que pareille clause, telle que formulée, pourrait dans certaines circonstances limiter l'obligation de diligence, tout comme dans l'arrêt *Hedley Byrne* les demandeurs ont été déboutés en raison de la dénégation de responsabilité des défendeurs. [Je souligne.]

The principles of tort set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and repeatedly applied by this Court permit, and indeed require, the court to take into account all relevant circumstances in assessing the duty of care which a particular defendant owes to a particular plaintiff. The existence of a limitation on liability, whether contractual or otherwise, may affect the ambit of that duty of care. In this case, the majority of the Court of Appeal, applying these principles, concluded that the duty of care of the defendants was limited to damage under \$40, the plaintiff having accepted all risk of damage over that amount. I would affirm that conclusion.

I have outlined how the notion of voluntary assumption of the risk, whether on the basis of a contractual waiver via the doctrine of implied terms, or on an analysis based on the scope of the duty of care, permits the conclusion that the defendant employees are not liable to the plaintiff. It remains to consider briefly the conclusion of my colleague La Forest J. that on the matrix of facts relevant to this case, no duty of care whatsoever lies on the employees, that duty lying exclusively on the employer. My concern is whether it is appropriate for this Court to take such a step at this time.

The rule proposed by my colleague La Forest J. would introduce a change in the common law of tort of major significance. It has always been accepted that a plaintiff has the right to sue the person who was negligent, regardless of whether the employee was working for someone else or not. The employer becomes liable only by the doctrine of vicarious liability, absent independent negligence on its part. The reasons of my colleague would reverse the scheme; the employer, regardless of whether it was itself negligent, would be primarily liable for the negligence of its employees. Only in exceptional cases, as where there is specific reliance on the employee or special

Les principes du droit de la responsabilité délictuelle qui ont été énoncés dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et que notre Cour a appliqués à maintes reprises, permettent, et en fait exigent, que le tribunal tienne compte de toutes les circonstances pertinentes dans l'évaluation de l'obligation de diligence qu'un défendeur a envers un demandeur. L'existence d'une limitation de responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou autre, peut modifier l'étendue de cette obligation. En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu, après avoir appliqué ces principes, que l'obligation de diligence des défendeurs était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$, la demanderesse ayant accepté tous les risques de dommage excédant cette somme. Je confirmerais cette conclusion.

J'ai souligné comment la notion d'acceptation volontaire du risque, que ce soit en vertu d'une renonciation contractuelle par l'entremise de la théorie des conditions implicites ou en vertu d'une analyse fondée sur l'étendue de l'obligation de diligence, permet de conclure que les employés défendeurs ne sont pas responsables envers la demanderesse. Il reste à examiner brièvement la conclusion de mon collègue le juge La Forest selon laquelle, compte tenu de l'ensemble des faits pertinents en l'espèce, aucune obligation de diligence n'incombe aux employés, celle-ci incombant exclusivement à l'employeur. Je me demande s'il convient que notre Cour fasse ce pas à ce moment-ci.

La règle proposée par mon collègue le juge La Forest apporterait un changement capital dans la common law relative à la responsabilité délictuelle. On a toujours reconnu le droit du demandeur de poursuivre une personne négligente, peu importe que l'employé travaille pour quelqu'un d'autre ou non. En l'absence de négligence indépendante de sa part, l'employeur n'engage sa responsabilité qu'en vertu du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Les motifs de mon collègue inverseraient la situation; l'employeur, peu importe qu'il ait été lui-même négligent ou non, serait essentiellement responsable de la négligence de ses employés. Le droit de poursuivre directe-

“safety concerns”, would there be a right to sue the employee directly.

Such a change would have great impact on the substantive and procedural rights of plaintiffs. On the substantive front, elimination of the current right to recover against a negligent employee would deprive a plaintiff of the possibility of alternative recovery in cases where, for example, the employer has insufficient insurance and no realizable assets (frequently the case with smaller corporate employers). On the procedural front, the rights to discovery and use in evidence of the testimony of the person who was actually negligent might be lost. These are but two important consequences that come to mind.

Not only is the proposed change in the law one of great significance; it would introduce collateral questions the answers to which are not immediately apparent, at least to me. How does one define specific reliance on employees or special safety concerns? Once established, do they justify holding employees liable for property damage and economic loss as well as for personal injury damages? Should an employer sued in such a case have a right over against the employee? My concern is not that questions such as these cannot be satisfactorily resolved, but that their resolution would involve the courts in a long and difficult process of law-making in an area where the legislative process might be better suited than the courts to setting the rules. In the meantime employees, employers and the insurance industry would find it difficult to accurately assess and provide for the risk of liability. These considerations suggest to me that however attractive the idea posited by my colleague may seem, the better course is to leave it to the legislatures of Canada to consider the full implications of the proposed change, decide whether on balance it is desirable, and if they think

ment l'employé ne serait accordé que dans des circonstances exceptionnelles comme dans le cas où il y a une confiance précise en l'employé ou encore des «questions de sécurité» particulières.

Un tel changement aurait des répercussions énormes sur les droits des demandeurs sur les plans du fond et de la procédure. Sur le plan du fond, l'élimination du droit actuel de se faire indemniser par un employé négligent priverait le demandeur de la possibilité d'obtenir une indemnité subsidiaire dans le cas où, par exemple, l'employeur n'est pas suffisamment assuré et n'a aucun actif réalisable (ce qui est fréquemment le cas pour les propriétaires d'entreprises moins importantes). Sur le plan de la procédure, le droit à l'interrogatoire préalable et le droit à l'utilisation en preuve du témoignage de la personne qui a effectivement été négligente risquent d'être perdus. Ce ne sont là que deux conséquences importantes qui viennent à l'esprit.

Non seulement le changement proposé au droit est capital, mais il susciterait des questions accessoires dont les réponses ne sont pas évidentes, du moins pas à mes yeux. Comment définit-on la confiance précise en des employés ou les questions de sécurité particulières? Une fois établies, justifient-elles de tenir les employés responsables de dommages matériels et d'une perte économique, de même que de lésions corporelles? L'employeur poursuivi dans un tel cas devrait-il pouvoir se retourner contre l'employé? Je ne crains pas que de telles questions ne puissent être tranchées d'une manière satisfaisante; je crains plutôt que leur solution n'entraîne les tribunaux dans un long et pénible processus d'élaboration du droit dans un domaine où le processus législatif est peut-être mieux adapté que les tribunaux pour établir des règles. En attendant, les employés, les employeurs et le secteur de l'assurance trouveraient difficile d'évaluer avec précision et de prévoir le risque de responsabilité. Ces considérations me portent à croire que si attrayante que puisse sembler l'idée avancée par mon collègue, la meilleure solution est de laisser aux assemblées législatives du Canada le soin d'examiner toutes les répercussions du changement proposé et de décider si, tout bien consi-

it is, impose appropriate exceptions, terms and conditions.

As I stated in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 761:

... major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

Conclusion

I would dismiss the appeal and cross-appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs, LA FOREST J. dissenting on the cross-appeal.

Solicitors for the appellant: Lindsay, Kenney, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Stevenson, Norman, Vancouver.

déré, il est souhaitable d'imposer les exceptions et les conditions appropriées.

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 761:

... les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés avec dépens, le juge LA FOREST est dissident dans le pourvoi incident.

Procureurs de l'appelante: Lindsay, Kenney, Vancouver.

Procureurs des intimés: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant: Stevenson, Norman, Vancouver.