

T-841-97

Jim Dryburgh, Pete Engstad, Sydney Mallon, Arthur Mountain, Morris Hankey, Peter Adams, the Estate of Bruce Aikman, William Cairns, Jim Hopkins, David Holmes, Ken Joyce, Jim Provan, William Lenihan, Warren Hong, J. Bridle, John Celona, M. Coldren, Bernie Dahl, Murray Fallen, Paul Fletcher and Ralph Jones (*Plaintiffs*)

v.

Oak Bay Marina (1992) Ltd., Oak Bay Marina Ltd., Robert Wright, The Corporation of the District of Oak Bay, Newport Yacht Sales (1996) Ltd. and Newport Yacht Charters Ltd. (*Defendants*)

INDEXED AS: DRYBURGH v. OAK BAY MARINA (1992) LTD. (T.D.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, April 27 and August 17, 2000.

Maritime law — Contracts — Plaintiff claiming damages for negligence, breach of contract, duty as bailee for reward, despite exculpatory clause in moorage contract — Dock at which plaintiff's yacht moored breaking up, resulting in damage to yacht — Under moorage contract vessels moored solely at owner's risk, defendant not liable under any circumstances for loss, damage — Court ought intervene only if exculpatory provision unconscionable — Damage must fit within four corners of provision — Moorage contract must be interpreted according to true intention of parties to achieve sensible commercial result — Whether exculpatory clause extending to president of corporate defendant — Narrow exception to doctrine of privity of contract in case of employer-employee relationships exempting president from liability — Intent to extend protection of exculpatory clause must be mutual — Exculpatory clause covering corporate defendant as well as president.

Contracts — Exculpatory clause in standard form moorage agreement — Plaintiff's vessel damaged when dock breaking up in heavy weather — While courts generally hostile to clauses excluding liability, provision should be upheld if not unconscionable, unfair or unreasonable — If exculpatory clause clearly expressed, usual rules for construction of contracts apply and language not to be given strained, artificial meaning to avoid exclusion of liability —

T-841-97

Jim Dryburgh, Pete Engstad, Sydney Mallon, Arthur Mountain, Morris Hankey, Peter Adams, la succession de Bruce Aikman, William Cairns, Jim Hopkins, David Holmes, Ken Joyce, Jim Provan, William Lenihan, Warren Hong, J. Bridle, John Celona, M. Coldren, Bernie Dahl, Murray Fallen, Paul Fletcher et Ralph Jones (*demandeurs*)

c.

Oak Bay Marina (1992) Ltd., Oak Bay Marina Ltd., Robert Wright, The Corporation of the District of Oak Bay, Newport Yacht Sales (1996) Ltd. et Newport Yacht Charters Ltd. (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: DRYBURGH c. OAK BAY MARINA (1992) LTD. (1^{re} INST.)

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 27 avril et 17 août 2000.

Droit maritime — Contrats — Le demandeur poursuit les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés, malgré une clause de non-responsabilité dans un contrat d'amarrage — Le quai auquel le yacht du demandeur était amarré s'est détaché, occasionnant des dommages au yacht — Selon le contrat d'amarrage, les bateaux étaient amarrés aux seuls risques du propriétaire, la partie défenderesse n'étant en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice — Les tribunaux ne devraient intervenir que lorsque la clause de non-responsabilité est inique — Le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition — Le contrat d'amarrage doit recevoir une interprétation conforme à l'intention véritable des parties d'atteindre un résultat commercial raisonnable — Il s'agit de savoir si la clause de non-responsabilité va jusqu'à protéger le président de la société défenderesse — Grâce à l'exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, le président est dégagé de toute responsabilité — L'intention d'étendre la portée de la clause de non-responsabilité doit être mutuelle — La clause de non-responsabilité couvre la société défenderesse ainsi que son président.

Contrats — Clause de non-responsabilité dans un contrat type d'amarrage — Le bateau du demandeur s'est endommagé lorsque le quai s'est cassé par mauvais temps — Même si les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine hostilité, la disposition devrait être maintenue si elle n'est pas inique, injuste ou déraisonnable — Si la clause de non-responsabilité est exprimée de façon claire, les règles normales d'interpréta-

In case of company wholly owned by president, absurd if corporation exempt from liability but president liable — Common law privity of contract doctrine having been relaxed incrementally.

This was a motion for summary judgment under rule 213 seeking a declaration that certain of the defendants were not protected by an exculpatory clause in a moorage contract. Plaintiff's claim was for damages for negligence, breach of contract and breach of duties by the defendants as bailees for reward, following the break up, in heavy weather, of the marina at Oak Bay, near Victoria, B.C., which resulted in damage to a number of vessels, including the plaintiff's yacht. Prior to that incident, the plaintiff, Dryburgh, had signed with the defendant, Oak Bay Marina Ltd., a standard form moorage contract, on an annual basis, whereby vessels were moored solely at their owner's risk. Under that clause, the corporate defendant was not liable under any circumstances for loss or damage even if caused by the defendant itself, its servants or agents. The plaintiff sought a declaration that no protection was afforded to Oak Bay Marina Ltd. and to its president, Robert Wright, by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. The issues raised on this motion were: (1) whether the exclusion clause in the moorage contract exempts Oak Bay Marina Ltd. from liability to the plaintiff and, (2) if so, whether that exemption also extends to the corporate president, for the claims alleged in the amended statement of claim.

Held, the motion should be dismissed.

(1) Because they generally look at clauses which exclude liability with hostility, courts strictly construe such clauses against the party seeking to invoke them. While the moorage contract is a contract of adhesion and purports to exclude all liability, even that resulting from negligence, it was clearly written and not one between an all powerful service provider and an unsophisticated clientele. Moreover, the moorage rate made it clear that Oak Bay Marina Ltd. was not acting as a port-risk insurer. Therefore, the contract was not unconscionable, unfair or unreasonable. So long as the exculpatory provision is on point regarding the negligence or breach which in fact occurred, a court ought only to intervene if the exculpatory provision is unconscionable. The damage must fit within the four corners of the exculpatory provision. In this instance, the moorage contract is a broad agreement for the provision of suitable moorage for vessels. The exculpatory provision is also broad, referring to "any loss or damage" whether or not caused by negligence. The contract is not so specific that the exclusion clause must refer only to the day to day provision of suitable premises; rather, it

tion des contrats s'appliquent et rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d'éviter l'exclusion de la responsabilité — Il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée d'une responsabilité, mais non son président — La règle du lien contractuel en common law a été assouplie progressivement.

Il s'agit d'une requête en jugement sommaire en vertu de la règle 213 déclarant que certains des défendeurs n'étaient pas protégés par une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat d'amarrage. Le demandeur a poursuivi les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés après que la marina à Oak Bay, près de Victoria (C.-B.), se soit cassée par mauvais temps, endommageant d'un certain nombre de bateaux, dont le yacht du demandeur. Avant cet incident, le demandeur Dryburgh avait signé avec la défenderesse Oak Bay Marina Ltd. un contrat type d'amarrage sur une base annuelle en vertu duquel les bateaux étaient amarrés aux seuls risques du propriétaire. En vertu de cette clause, la défenderesse n'était en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice causés soit par la négligence de la société elle-même ou par celle de ses employés ou de ses représentants. Le demandeur conclut à un jugement portant qu'Oak Bay Marina Ltd. et son président, Robert Wright, ne peuvent invoquer aucune protection en vertu d'une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Les points en litige dans cette requête étaient de savoir: 1) si la clause de non-responsabilité dans le contrat d'amarrage exonère Oak Bay Marina Ltd. de toute responsabilité envers le demandeur et 2), dans l'affirmative, si cette exonération s'étend aussi au président de la société, à l'égard des réclamations alléguées dans la déclaration modifiée.

Jugement: la requête est rejetée.

1) Comme les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine hostilité, ils interprètent de telles clauses de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque. Même si le contrat d'amarrage est un contrat d'adhésion et qu'il est censé exclure toute responsabilité, même celle qui est causée par négligence, ses dispositions sont clairement libellées et il ne s'agit pas d'un contrat entre un fournisseur de services tout puissant et un client peu expérimenté. De plus, le tarif d'amarrage indique clairement que Oak Bay Marina Ltd. n'agissait pas à titre d'assureur des risques de port. Par conséquent, le contrat n'était pas inique, injuste ou déraisonnable. Dès lors que la disposition d'exonération se rapporte directement à la négligence ou à l'inexécution qui a effectivement eu lieu, un tribunal ne devrait intervenir que si elle est inique. Le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition d'exonération de responsabilité. Dans la présente espèce, le contrat d'amarrage est une convention vaste visant la prestation de services adéquats d'amarrage pour des bateaux. La clause de non-responsabilité est aussi large, mentionnant

refers to any loss or damage, without a limitation. As to the plaintiffs's argument, that negligence in the design of the marina, which took place in 1994 and 1995, should not be protected by the exculpatory clause, the Court assumed that there was negligence in the marina design, including in placing and driving the piling, a task undertaken by Robert Wright on behalf of Oak Bay Marina Ltd. As a result of the 1994 and 1995 renovations to the marina, both of them owed a duty to future marina users to provide them with a properly built marina.

The rules of construction which apply to any written contract are equally applicable to exemption clauses in order to determine the meaning the words were intended to bear. If a clause is expressed clearly and unambiguously, there is no justification for placing upon its language a strained and artificial meaning to avoid the exclusion or restriction of liability. The doctrine of *contra proferentem* should be invoked only if there is an ambiguity. It was necessary to look at the entire moorage agreement and to interpret it consistently with the true intention of the parties thus achieving a sensible commercial result. To hold that the exculpatory clause is bound by some time constraint and to exclude past neglect in a duty owed to the plaintiff as a later occupier would distort the four corners rule and bring about an unrealistic result. The exculpatory clause protected Oak Bay Marina Ltd. from liability for the negligence and breaches of duty and contract set out in the statement of claim.

(2) The second issue was whether the exculpatory clause which protected the corporate defendant, Oak Bay Marina Ltd., extended to its president. Under the doctrine of privity of contract, a person who is not a party to a contract, such as Mr. Wright, could not benefit from that clause. However, the Supreme Court of Canada decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* recognized a narrow exception to the doctrine of privity of contract, in the case of employer-employee relationships where there is an intent to extend the protection of an exculpatory clause. The *London Drugs* case set out two requirements. The first requirement, applicable here, is whether, by implication, the benefit of the exculpatory clause extends to Robert Wright who, while president of the company, was also an employee in that he redesigned the marina when the renovations were made. Mr. Wright's intent that he have the same exemption from liability as his company was *bona fide*, for it would be

«quelque perte ou préjudice», qu'ils soient ou non causés par négligence. Le contrat n'est pas marqué d'une telle spécificité que la clause de non-responsabilité doive ne renvoyer qu'à la prestation courante de locaux adéquats; au contraire, il mentionne toute perte ou tout préjudice, sans limite. En ce qui a trait à la prétention des demandeurs selon laquelle la négligence dans la conception de la marina, une activité qui a eu lieu en 1994 et en 1995, ne devrait pas être protégée par la clause de non-responsabilité, la Cour a présumé qu'il y a eu négligence dans la conception de la marina, y compris dans la mise en place et le battage des pieux, tâche entreprise par Robert Wright pour le compte d'Oak Bay Marina Ltd. Par suite des travaux de rénovation de la marina effectués en 1994 et en 1995, les deux défendeurs avaient envers les futurs utilisateurs de la marina l'obligation de leur fournir une marina construite adéquatement.

Les règles d'interprétation qui s'appliquent à tout contrat écrit sont également applicables aux clauses de non-responsabilité afin de permettre de dégager le sens que les mots employés visent à donner. Si la clause est exprimée de façon claire et non équivoque, rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d'éviter l'exclusion ou la limitation de la responsabilité qu'elle comprend. La doctrine *contra proferentem* ne devrait être invoquée que s'il y a quelque ambiguïté. Il est nécessaire de tenir compte de l'ensemble du contrat d'amarrage et de dégager une interprétation conforme à l'intention véritable des parties et qui entraîne un résultat commercial raisonnable. Conclure que la clause de non-responsabilité est circonscrite par certaines limites de temps et exclure la négligence passée à l'égard d'une obligation envers le demandeur à titre d'occupant subséquent, fausseraient la règle selon laquelle le dommage doit correspondre au texte même du contrat, et entraîneraient un résultat irréaliste. La clause de non-responsabilité protégeait Oak Bay Marina Ltd. contre la responsabilité à l'égard de la négligence, de la violation de son obligation et de l'inexécution du contrat invoquées dans la déclaration.

2) Le deuxième point en litige a trait à la question de savoir si la clause de non-responsabilité qui protège la société défenderesse, Oak Bay Marina Ltd., va jusqu'à protéger son président. En vertu du principe du lien contractuel, une personne qui n'est pas partie au contrat, comme c'est le cas de M. Wright, ne pourrait profiter de cette protection. Toutefois, dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, la Cour suprême du Canada a reconnu une exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, lorsqu'il y a une intention d'étendre la protection d'une clause de non-responsabilité. L'arrêt *London Drugs* a établi deux conditions. La première condition, applicable en l'espèce, concerne la question de savoir si, implicitement, le bénéfice de la clause de non-responsabilité s'étend à Robert Wright qui, tout président de la société qu'il était, en était aussi un employé en ce qu'il a lui-même conçu le réaména-

absurd, in the case of a company wholly owned by its president, that the corporation would be exempt from liability but that the president or the insurers be open to the same liability. The intention must also be mutual. The second requirement set out in the *London Drugs* case is that an employee seeking the benefit of the contract must have acted in the course of his employment and must have performed the very services provided for in the contract. This requirement was also met. Wright had been directly involved in the building of the marina and he had the full and final say in its reconstruction. This work, intended to produce a properly and safely built marina, was part of what the plaintiff contracted for. The negligent conduct alleged need not comprise all of the services contracted for. Wright should have the benefit of the exculpatory clause, along with his company, as the negligent conduct alleged against him was in the course of his work with the company and in the discharge of the very services which Oak Bay Marina Ltd. not only undertook under the contract but also was expected to provide in the plaintiff's view. This relaxation of the doctrine of privity of contract is consistent with the incremental change which that common law doctrine has undergone. Given that corporations perform their services through employees, it is sensible that a party to a contract not be able to avoid the incidence of loss by suing individuals doing the actual work as employees or as hands-on executives and owners.

gement de la marina au moment où les rénovations ont eu lieu. L'intention de M. Wright de bénéficier de la même exonération de responsabilité que sa société était de bonne foi, puisqu'il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée de toute responsabilité, mais que le président, ou encore les assureurs, y soient assujettis. L'intention doit aussi être mutuelle. En vertu de la deuxième condition établie dans l'arrêt *London Drugs*, l'employé qui cherche à bénéficier du contrat doit avoir agi dans l'exercice de ses fonctions et avoir rendu les services mêmes que visait le contrat. Cette condition a elle aussi été remplie. M. Wright avait été directement engagé dans la construction de la marina et il avait tout pouvoir décisionnel et final sur sa reconstruction. Ce travail, en vue de produire une marina construite de façon adéquate et sécuritaire, était en partie ce pourquoi le demandeur avait passé un contrat. Il n'est pas nécessaire que la conduite négligente alléguée comprenne tous les services que vise le contrat. M. Wright devrait pouvoir invoquer la clause de non-responsabilité, à l'instar de sa société, car la conduite négligente alléguée contre lui a eu lieu dans l'exercice de son travail pour la société et dans l'exécution des services mêmes que non seulement Oak Bay Marina Ltd. a entrepris en vertu du contrat, mais que le demandeur s'attendait à ce qu'elle lui fournisse. Cet assouplissement de la règle du lien contractuel est en harmonie avec la modification progressive qu'a subie cette règle en common law. Comme les personnes morales rendent leurs services par l'intermédiaire de leurs employés, il est logique qu'une partie à un contrat ne puisse éviter l'effet d'une perte en engageant des poursuites contre les personnes physiques qui s'acquittent effectivement du travail, à titre d'employés ou de cadres et de propriétaires actifs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 50(1)(c), (2), 213.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd., [1989] 1 S.C.R. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321; [1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.); *Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 18 B.C.A.C. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d)

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 50(1)(c), (2), 213.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée, [1989] 1 R.C.S. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321; [1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.); *Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Exportations Consolidated-Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; (1979), 112 D.L.R. (3d) 49; [1980] I.L.R. 595; 32 N.R. 488; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 18 B.C.A.C. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d)

1; 143 N.R. 1; *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, 53 B.C.L.R. (3d) 142; 29 B.L.R. (2d) 153; 3 C.C.L.I. (3d) 241 (S.C.); *revd sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Salmon River Co. v. Burt Bros., [1953] 2 S.C.R. 117; [1954] 1 D.L.R. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166; 52 O.A.C. 30 (C.A.).

REFERRED TO:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd., [1997] 3 S.C.R. 1210; (1997), 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 153 D.L.R. (4th) 385; 221 N.R. 1; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131; *affd* (1908), 42 S.C.R. 246; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.*, [1980] 2 S.C.R. 228; (1980), 39 N.S.R. (2d) 119; 111 D.L.R. (3d) 257; 10 B.L.R. 234; [1980] I.L.R. 914; 32 N.R. 163; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; 245 N.R. 88.

AUTHORS CITED

Chitty on Contracts, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

MOTION for summary judgment under rule 213 seeking a declaration that certain defendants are not protected by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Douglas G. Schmitt for plaintiff Jim Dryburgh.

1; 143 N.R. 1; *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, 53 B.C.L.R. (3d) 142; 29 B.L.R. (2d) 153; 3 C.C.L.I. (3d) 241 (C.S.); *inf. sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Salmon River Co. v. Burt Bros., [1953] 2 R.C.S. 117; [1954] 1 D.L.R. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166; 52 O.A.C. 30 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd., [1997] 3 R.C.S. 1210; (1997), 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 153 D.L.R. (4th) 385; 221 N.R. 1; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131; *conf. par* (1908), 42 R.C.S. 246; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie et autre*, [1980] 2 R.C.S. 228; (1980), 39 N.S.R. (2d) 119; 111 D.L.R. (3d) 257; 10 B.L.R. 234; [1980] I.L.R. 914; 32 N.R. 163; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; 245 N.R. 88.

DOCTRINE

Chitty on Contracts, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

REQUÊTE en jugement sommaire en vertu de la règle 213 pour qu'il soit déclaré que certains défendeurs ne sont pas protégés par une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Douglas G. Schmitt pour le demandeur Jim Dryburgh.

John W. Bromley for defendants Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

Michael R. Tinker for defendant Pacific Pile Driving Ltd.

John W. Bromley pour les défendeurs Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright.

Michael R. Tinker pour la défenderesse Pacific Pile Driving Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for plaintiff Jim Dryburgh.

Bromley Chapelski, Vancouver, for defendants Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, for defendant Pacific Pile Driving Ltd.

Carfra & Lawton, Victoria, for defendant The Corporation of the District of Oak Bay.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour le demandeur Jim Dryburgh.

Bromley Chapelski, Vancouver, pour les défendeurs Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright.

Killam, Whitelaw & Twining, Vancouver, pour la défenderesse Pacific Pile Driving Ltd.

Carfra & Lawton, Victoria, pour la défenderesse The Corporation of the District of Oak Bay.

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] HARGRAVE P.: These reasons arise out of a test case which in effect is a question of law, brought by way of a rule 213 summary judgment motion [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] and as provided for under paragraph 50(1)(c) and subsection 50(2) of the Rules, which provide prothonotaries with an appropriate jurisdiction. The issue is the effect of an exculpatory clause in a moorage contract on the claim of one of the plaintiffs, Mr. Jim Dryburgh. Mr. Dryburgh, as owner of the yacht *Three Martletts* claims against the defendants in negligence, breach of contract and breach of duty as bailees for reward, for damages suffered when the marina at Oak Bay, near Victoria, B.C., broke up during heavy weather. This resulted in damage to a number of vessels moored at the marina, including the *Three Martletts*.

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs se rapportent à une cause type qui est en fait une question de droit, soulevée par voie de requête en jugement sommaire en vertu de la règle 213 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] et visée par l'alinéa 50(1)c) et le paragraphe 50(2) des Règles qui confèrent au protonotaire la compétence nécessaire. La question en litige porte sur l'effet d'une clause de non-responsabilité dans un contrat d'amarrage sur la réclamation de l'un des demandeurs, M. Jim Dryburgh. M. Dryburgh, en qualité de propriétaire du yacht *Three Martletts*, poursuit les défendeurs pour négligence, inexécution de contrat et manquement à leurs obligations à titre de dépositaires rémunérés en raison des dommages subis lorsque la marina à Oak Bay, près de Victoria (C.-B.), s'est cassée par mauvais temps, endommageant un certain nombre de bateaux amarrés à la marina, dont le *Three Martletts*.

[2] A number of the individual defendants has been let out of the action by agreement. The plaintiff, Mr. Dryburgh, now seeks a declaration that no protection is afforded to Oak Bay Marina Ltd. and to Mr. Robert Wright by an exculpatory clause in a standard form moorage agreement. The two defendants stand in different relationships to Mr. Dryburgh. Thus some background is in order. Here counsel have been able to agree on the basic facts, to which I now turn.

[2] Certains des défendeurs ont pu se retirer de l'action, par convention. Le demandeur, M. Dryburgh, conclut maintenant à un jugement déclarant qu'Oak Bay Marina Ltd. et M. Robert Wright ne peuvent invoquer aucune protection en vertu d'une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat type d'amarrage. Les deux défendeurs ont des liens différents avec M. Dryburgh. Il y a donc lieu d'exposer certains éléments du contexte. En l'espèce, les avocats

FACTS

[3] The *Three Martletts*, a yacht of about 30 feet in registered length, had been moored at the Oak Bay Marina since 1979. On 17 October 1996, the dock at which the *Three Martletts* was moored broke loose and drifted aground, resulting in damage to the yacht.

[4] Mr. Dryburgh alleges that the dock broke loose by reason of the negligence, breach of contract and breach of duty as bailees for reward. More specifically the shortcomings are said to be in design, construction, maintenance and supervision of the marina.

[5] The defendants now participating in this proceeding, as I have indicated, are Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright, who say that Mr. Dryburgh is party to a moorage contract exempting these two defendants from liability. Here I would note that following the hearing, Dean Strongetharm, Randy Wright and George Moore were let out of the action.

[6] Mr. Dryburgh had at one time been the proprietor of an adjacent ship repairing and building business. Well after the time Mr. Dryburgh began mooring the *Three Martletts* at the Oak Bay Marina, in 1994 and 1995, the whole marina was rebuilt by way of an expansion and modification. Mr. Dryburgh signed a standard form moorage contract, on an annual basis, and particularly the moorage contract from 1 April 1996 running to 31 March 1997, a document called "Oak Bay Marine Group Annual Moorage License and Invoice". It was a document sent out by mail each year by the defendant Oak Bay Marina Ltd. For the purpose of this motion Mr. Dryburgh admits that he is bound by the terms of the standard moorage contract, here waiving any arguments based on lack of notice of the exclusion clause.

[7] The contractual clause at issue is that contained in the Oak Bay Marine Group Annual Moorage

des parties ont été en mesure de convenir des principaux faits, dont je ferai maintenant l'exposé.

LES FAITS

[3] Le *Three Martletts*, yacht d'environ 30 pieds de longueur réglementaire, était amarré à la marina d'Oak Bay depuis 1979. Le 17 octobre 1996, le quai auquel le *Three Martletts* était amarré s'est détaché et s'est échoué, occasionnant des dommages au yacht.

[4] M. Dryburgh prétend que le quai s'est détaché par suite de négligence, d'inexécution de contrat et de manquement aux obligations à titre de dépositaires rémunérés. Les fautes reprochées relèvent plus précisément de lacunes dans la conception, la construction, l'entretien et la supervision de la marina.

[5] Les défendeurs comparissant dans la présente procédure, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, sont Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright, ce dernier prétendant que M. Dryburgh est partie à un contrat d'amarrage qui exonère ces deux défendeurs de toute responsabilité. Je noterai ici qu'à la suite de l'audience, Dean Strongetharm, Randy Wright et George Moore ont pu se retirer de l'action.

[6] M. Dryburgh a déjà été propriétaire d'une entreprise de réparation et de construction de bateaux attenante. Longtemps après que M. Dryburgh eut commencé à amarrer le *Three Martletts* à la marina d'Oak Bay, la marina a, en 1994 et 1995, été reconstruite au complet dans le cadre de travaux d'agrandissement et de modification. M. Dryburgh a, sur une base annuelle, signé un contrat type d'amarrage, et plus particulièrement le contrat d'amarrage du 1^{er} avril 1996 au 31 mars 1997, document intitulé «Oak Bay Marine Group Annual Moorage License and Invoice». Ce document était expédié par la poste chaque année par la défenderesse Oak Bay Marina Ltd. Aux fins de la présente requête, M. Dryburgh admet être lié par les dispositions du contrat type d'amarrage, renonçant ainsi à tout argument fondé sur l'absence de notification de la clause de non-responsabilité.

[7] La clause contractuelle en cause est celle qui est comprise dans l'Oak Bay Marine Group Annual

License and Invoice, being one of the Moorage License Conditions set out on the reverse.

EXCLUSIONS ON LIABILITY

All vessels, boathouse and ancillary equipment of the Owner stored or moored on the Company's premises shall be solely at the Owner's risk, and the Company shall not be responsible under any circumstances for any loss or damage caused thereto whether caused by the negligence of the Company, its servants or agents or the acts of third parties, or otherwise. All vehicles parked on the Company's premises and the contents therein are left at the Owner's risk. All persons using the Company's facilities, floats and ramps do so at their own risk and the Company assumes no responsibility whatsoever for the personal injury in the Owner or his invitees occurring within the Company's premises for any cause whatsoever.

The document, to which I will refer to as the moorage contract, defines the owner as the person named on the face of the contract: Mr. Dryburgh's name appears in the box on the face of the contract labelled "owner's name". The face of the moorage contract, as I have already said, refers to the Oak Bay Marina Group. Along the top of the contract are the names of three entities, Oak Bay Marina Ltd., North Saanich Ltd. and Pedder Bay Marina: the box in front of Oak Bay Marina Ltd. has in it a type written "X". Mr. Dryburgh agreed that he was obtaining his moorage space from Oak Bay Marina Ltd.

[8] The Oak Bay Group and thus, indirectly, Oak Bay Marina Ltd., is owned by the defendant Robert Wright, who is its president.

[9] It is fair to say that Mr. Dryburgh believed that he should look after his vessel while it was at the marina, that he should make certain it was properly tied up and overall he believed he was responsible for the *Three Martletts* while it was tied at the dock, although he also knew that, from time to time, employees of Oak Bay Marina Ltd. checked vessels at the marina, particularly during stormy weather.

[10] When asked, on discovery, as to his understanding of the standard to which the marina had been built, Mr. Dryburgh agreed that he believed it would meet prevailing Canadian safety standards and would

Moorage License and Invoice, à savoir l'une des conditions de la licence d'amarrage figurant au verso:

[TRADUCTION] EXCLUSIONS DE RESPONSABILITÉ

Tous les bateaux, hangars à bateaux et matériels accessoires du propriétaire entreposés ou amarrés dans les locaux de la société le sont aux seuls risques du propriétaire, et la société ne sera en aucune circonstance responsable de quelque perte ou préjudice y causés, que ce soit par la négligence de la société, de ses employés ou de ses représentants, par les actes de tiers, ou autrement. Tous les véhicules stationnés dans les locaux de la société et leur contenu demeurent sous la responsabilité du propriétaire. Toutes les personnes qui utilisent les locaux, les flotteurs et les rampes de la société le font à leurs risques et la société n'assume aucune responsabilité de quelque nature à l'égard des blessures que pourraient subir le propriétaire ou ses invités à l'intérieur des locaux de la société en raison de quelque cause que ce soit.

Ce document, que j'appellerai le contrat d'amarrage, définit le propriétaire comme la personne qui est nommée au recto du contrat: le nom de M. Dryburgh figure dans la case intitulée «Nom du propriétaire» au recto du contrat. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le recto du contrat d'amarrage porte la mention d'Oak Bay Marina Group. Au haut du contrat figurent les noms de trois entités, à savoir Oak Bay Marina Ltd., North Saanich Ltd. et Pedder Bay Marina: la case devant le nom Oak Bay Marina Ltd. est marquée d'un «X» tapé à la machine. M. Dryburgh a reconnu qu'il obtenait son aire d'amarrage d'Oak Bay Marina Ltd.

[8] L'Oak Bay Group et par conséquent, indirectement, Oak Bay Marina Ltd., appartient au défendeur Robert Wright, qui en est le président.

[9] Il est juste de dire que M. Dryburgh croyait devoir s'occuper de son bateau pendant que celui-ci se trouvait à la marina, s'assurer qu'il était amarré adéquatement et, globalement, être responsable du *Three Martletts* lorsqu'il était amarré au quai, même s'il savait aussi que, de temps en temps, les employés d'Oak Bay Marina Ltd. vérifiaient les bateaux à la marina, tout particulièrement pendant les tempêtes.

[10] Appelé à dire, au cours de l'interrogatoire préalable, comment il percevait la norme suivie pour la construction de la marina, M. Dryburgh a reconnu qu'elle satisfaisait aux normes de sécurité canadiennes

withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions. These were the services and conditions for which he contracted.

[11] As for the intention of Oak Bay Marina Ltd., regarding its facility, it was to provide a properly and safely built and maintained marina that would withstand all reasonably foreseeable weather conditions. Mr. Wright sets out, in an affidavit of 14 April 1999, that he had the full and final say in the redesign and reconstruction of the marina in 1994 and 1995 and that no other employees exercised any decision making in that regard. Mr. Wright chose the size, number and location of the piling, taking into account the depth of the overburden into which the piling might be driven. Here it is pertinent to note the allegations of negligence in the amended statement of claim which include constructing the dock with inadequate pilings and anchors, failing to drive the pilings deeply enough, failing to correct weakened piling installation when it became apparent that the pilings were moving during normal conditions and designing and equipping the docks in such a manner that when the wind blew the piling moved and deteriorated.

[12] It is Mr. Wright's evidence that virtually all marinas have moorage contracts containing an exclusion clause and he understood it excluded liability for the company, his employees and himself:

With respect to the moorage contract itself, I have read it in the past and it has always been my understanding that it excluded liability for myself and for all employees of the company, as well, of course, as excluding liability for the company. That was certainly always my intention.

That the Oak Bay Marina Group, of which Mr. Wright was owner, was never asked, by Mr. Wright himself, to specifically include Mr. Wright as a beneficiary, is not inconsistent with his view that in fact he had the benefit of immunity from liability as did his marina operating companies.

actuelles et qu'elle supporterait toutes les conditions météorologiques et tous les états de mer raisonnablement prévisibles. Il s'agissait des services et des conditions visés par le contrat qu'il a passé.

[11] Quant à l'intention d'Oak Bay Marina Ltd., au sujet de son installation, c'était d'offrir une marina construite et entretenue de façon adéquate et sécuritaire qui supporterait toutes les conditions météorologiques raisonnablement prévisibles. Dans un affidavit du 14 avril 1999, M. Wright déclare qu'il avait tout pouvoir décisionnel et final sur le réaménagement et la reconstruction de la marina en 1994 et en 1995 et qu'aucun autre employé n'avait exercé quelque pouvoir décisionnel à cet égard. M. Wright a choisi la dimension, le nombre et l'emplacement des pieux, en tenant compte de la profondeur du régolite dans lequel les pieux devaient être enfoncés. Il est pertinent de noter ici les allégations de négligence dans la déclaration modifiée, dont le fait d'avoir construit le quai avec des pieux et des ancres inadéquats, le fait de ne pas avoir enfoncé les pieux à une profondeur suffisante, le fait de ne pas avoir corrigé l'installation de pieux affaiblie lorsqu'il est devenu apparent que les pieux bougeaient dans des conditions normales, et le fait d'avoir conçu et équipé le quai d'une façon telle que, sous le vent, les pieux bougeaient et se détérioraient.

[12] Selon la déposition de M. Wright, pratiquement toutes les marinas ont des contrats d'amarrage comportant une clause de non-responsabilité, et selon lui, cette clause exonérait la société, ses employés et lui-même de toute responsabilité:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au contrat d'amarrage lui-même, je l'ai lu dans le passé et j'ai toujours compris qu'il prévoyait une exonération de responsabilité pour moi-même et pour tous les employés de la société, de même que, bien sûr, une exonération de responsabilité pour la société. C'était certainement toujours mon intention.

Le fait que M. Wright lui-même n'a jamais invité l'entreprise Oak Bay Marina Group, dont il était propriétaire, à l'inclure expressément comme bénéficiaire de l'exonération de responsabilité, n'est pas incompatible avec sa perception qu'en fait il bénéficiait de l'exonération de responsabilité comme ses sociétés qui exploitaient des marinas.

POINT IN ISSUE

[13] At issue is whether the exclusion clause on the reverse of the moorage contract exempts Oak Bay Marina Ltd. from liability to Mr. Dryburgh and, if so, does that exemption also extend to Mr. Robert Wright, for the claims alleged in the amended statement of claim.

ANALYSIS

Exculpatory Clauses Generally

[14] To begin, courts generally look at clauses which exclude liability with some hostility. The result is that they strictly construe such clauses against the party seeking to invoke the clause: *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at page 1232, where Madam Justice McLachlin, as she then was, referred to *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at page 497. The Federal Court of Appeal relied extensively upon *Syncrude Canada Ltd. in MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36 (C.A.), a useful case, not because it contains anything new, but rather because it considered the scope of the clause at issue, pointing out that an effective clause need not explicitly exempt negligence or fundamental breach and then went on to look at the fairness and reasonableness of the clause.

[15] In the present instance the clause explicitly provides that vessels moored are not only solely at the owner's risk, but that the company is not responsible for loss or damage "whether caused by the negligence of the Company, its servants or agents, or the acts of third parties, or otherwise". This is a clearly written and reasonably visible provision. While the moorage contract is a contract of adhesion and purports to exclude all liability, even that resulting from negligence, it is not a contract between an all-powerful service provider and an unsophisticated clientele. Moreover, Oak Bay Marina Ltd. is not acting as a port-risk insurer: the moorage rate makes that clear.

POINT EN LITIGE

[13] Il s'agit d'établir si la clause de non-responsabilité figurant au verso du contrat d'amarrage exonère Oak Bay Marina Ltd. de toute responsabilité envers M. Dryburgh et, dans l'affirmative, si cette exonération s'étend aussi à M. Robert Wright, à l'égard des réclamations alléguées dans la déclaration modifiée.

ANALYSE

Les clauses de non-responsabilité en général

[14] D'abord, les tribunaux considèrent généralement les clauses de non-responsabilité avec une certaine opposition. Ils ont par conséquent tendance à interpréter de telles clauses de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque: *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, à la page 1232, où M^{me} le juge McLachlin, maintenant juge en chef, renvoie à l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, à la page 497. La Cour d'appel fédérale s'est abondamment fondée sur l'arrêt *Syncrude Canada Ltée* dans l'arrêt *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36 (C.A.), décision utile non pas parce qu'elle comporte quelque nouveauté, mais plutôt parce que la Cour s'est penchée sur la portée de la clause en question, en soulignant qu'il n'est pas nécessaire, pour être efficace, qu'une telle clause exclue explicitement la négligence ou l'inexécution fondamentale, et qu'elle a examiné le caractère juste et raisonnable de la clause.

[15] Dans la présente espèce, la clause prévoit expressément non seulement que les bateaux sont amarrés aux seuls risques du propriétaire, mais également que la société n'est pas responsable des pertes ou des préjudices [TRADUCTION] «causés, que ce soit par la négligence de la société, de ses employés ou de ses représentants, par les actes de tiers, ou autrement.» Il s'agit là d'une disposition clairement libellée et raisonnablement visible. Même si le contrat d'amarrage est un contrat d'adhésion et qu'il est censé exclure toute responsabilité, même celle qui est causée par négligence, il ne s'agit pas d'un contrat entre un fournisseur de services tout puissant et un client peu

Taking these factors into consideration the contract is not one which is unconscionable, unfair or unreasonable. Here I would turn to *Syncrude Canada, supra*, at page 462, where Chief Justice Dickson pointed out:

If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains and, as Professor Waddams has argued, the doctrine of "fundamental breach" may best be understood as but one manifestation of a general underlying principle which explains judicial intervention in a variety of contractual settings.

Key here is that so long as the exculpatory provision is on point, *vis-à-vis* the negligence or breach which in fact occurred, a court ought only to intervene if the exculpatory provision is unconscionable. In this instance, the agreement is not unconscionable and it would not be unfair or unreasonable to enforce the exclusion clause, so long as it is on point. There are several aspects to examine in this latter regard.

Identity of the Corporate Beneficiary

[16] First, there was a suggestion that the reference to "Company" in the exculpatory clause was, to some degree, ambiguous. On the face of the agreement it would appear that the moorage contract might be with any one of three providers, however there is a mark in the box immediately before the name of Oak Bay Marina Ltd.: that is a good indication of the identity of the company in the moorage contract. Moreover, Mr. Dryburgh's evidence, at page 9 of his discovery, is that the moorage contract was with Oak Bay Marina Ltd. It is clear that the moorage contract is between Mr. Dryburgh and Oak Bay Marina Ltd.

expérimenté. De plus, Oak Bay Marina Ltd. n'agit pas à titre d'assureur des risques de port; le tarif d'amarrage l'indique clairement. Ces facteurs pris en considération, il appert que le contrat n'est pas inique, injuste ou déraisonnable. Je me réfère ici à l'arrêt *Syncrude Canada* (précité) à la page 462, où le juge en chef Dickson a dit:

Si d'après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d'inexécution qui s'est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. Les tribunaux n'appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques et, comme l'a fait valoir le professeur Waddams, la meilleure façon de saisir le principe de l'«inexécution fondamentale» consiste à le comparer à une manifestation d'un principe général sous-jacent qui justifie l'intervention des tribunaux dans divers contextes contractuels.

Ce qui est important ici, c'est que, dès lors que la disposition d'exonération se rapporte directement à la négligence ou à l'inexécution qui a effectivement eu lieu, un tribunal ne devrait intervenir que si la disposition d'exonération est inique. Dans la présente espèce, la convention n'est pas inique, et il ne serait pas injuste ni déraisonnable d'appliquer la clause d'exclusion dès lors qu'elle se rapporte au sujet. Il y a plusieurs aspects qui méritent d'être examinés à cet égard.

Identité de la société bénéficiaire

[16] En premier lieu, le demandeur a fait valoir que la mention de «société» dans la clause de non-responsabilité était jusqu'à un certain degré ambiguë. Au recto du contrat, il semble que le contrat d'amarrage pourrait être conclu avec l'une ou l'autre des sociétés qui fournissent des services, mais il y a une marque dans la case précédant immédiatement le nom d'Oak Bay Marina Ltd.: c'est là une bonne indication de l'identité de la société avec laquelle a été passé le contrat d'amarrage. De plus, selon le témoignage de M. Dryburgh, à la page 9 de son interrogatoire préalable, le contrat d'amarrage a été passé avec Oak Bay Marina Ltd. Il est clair que le contrat d'amarrage a été conclu entre M. Dryburgh et Oak Bay Marina Ltd.

Scope of the Exculpatory Clause

[17] Next there is the consideration of whether the exculpatory language deals with the particular causes of action raised by the plaintiff. In short, the damage must fit within the four corners of the exculpatory provision (*Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), at page 192):

It must be remembered that a limitation clause of this kind only applies where the damage, in respect of which the limitation clause is operative, takes place within the four corners of the contract.

Alderslade was applied by the Supreme Court in *Salmon River Co. v. Burt Bros.*, [1953] 2 S.C.R. 117. *Salmon River* offers a good example of negligence which fell outside of the exculpatory clause. There the clause would have been effective, in a claim for damage during loading of a logging truck had the loading resulted in damage: instead, the damage had nothing to do with the loading operation and thus was held not to come within the four corners of the contract. Thus the exculpatory clause did not apply: See Mr. Justice Cartwright's decision in *Salmon River*, at pages 125 and 126.

[18] Counsel for Mr. Dryburgh acknowledges that there is a duty of care on the part of a designer or a builder of a structure to make certain that the structure is safe for future occupants, here citing to *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85 and referring to the decision of the Court rendered by Mr. Justice La Forest, at pages 115-116. In effect the responsibility of the builders and designers extends to every user of the structure during its useful life. At this point counsel for the plaintiffs refers to the alleged negligence of the defendants, which comes down to pilings which may have been inadequately driven and a failure to correct weakened piling which moved and deteriorated during storms, it being clear, on discovery, that Robert Wright made the final decision as to the size, number and placement of the pilings. Counsel for the plaintiffs then focusses on a portion of the discovery transcript which he submits sets out the

Portée de la clause de non-responsabilité

[17] Il faut ensuite se pencher sur la question de savoir si le libellé d'exonération porte sur les causes d'action particulières soulevées par le demandeur. En bref, le préjudice doit correspondre au texte même de la disposition d'exonération de responsabilité (*Alderslade v. Henson Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), à la page 192):

[TRADUCTION] Il faut se rappeler qu'une clause de limitation de cette nature ne s'applique que lorsque le préjudice, à l'égard duquel la clause de limitation entre en jeu, correspond au texte même du contrat.

L'arrêt *Alderslade* a été appliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *Salmon River Co. v. Burt Bros.*, [1953] 2 R.C.S. 117. L'arrêt *Salmon River* donne un bon exemple de négligence débordant le cadre de la clause d'exonération. Dans cette affaire, la clause aurait été applicable, à l'égard d'une réclamation en dommages résultant du chargement d'un camion, si le chargement avait donné lieu au dommage: le dommage n'avait toutefois rien à voir avec l'opération de chargement et, partant, le tribunal a jugé qu'il ne correspondait pas au texte même du contrat. Par conséquent, la clause d'exonération ne s'appliquait pas: voir la décision du juge Cartwright dans l'arrêt *Salmon River*, aux pages 125 et 126.

[18] L'avocat de M. Dryburgh reconnaît l'existence d'une obligation de diligence, de la part du concepteur ou du constructeur d'une structure, pour faire en sorte que la structure soit sans danger pour les futurs occupants, citant ici l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, et les motifs du juge La Forest prononcés au nom de la Cour, aux pages 115 et 116. En fait, la responsabilité des constructeurs et des concepteurs s'étend à l'égard de chaque utilisateur de la structure pendant sa vie utile. L'avocat des demandeurs invoque ici la prétendue négligence des défendeurs, laquelle se résume au fait de ne pas avoir enfoncé adéquatement les pieux et de ne pas avoir corrigé le pieu affaibli qui a bougé et s'est détérioré pendant les tempêtes, l'interrogatoire préalable ayant clairement fait ressortir que Robert Wright a pris la décision finale quant à la dimension, au nombre et à la mise en place des pieux. Il a ensuite porté son attention sur une partie de la

purpose of the marina renovations as taking place in order to make a more economically viable marina:

359 Q. The overall plan for the redesign was to put in a new renovated marina of high quality and, also, to accommodate a changing population of boat sizes; is that right? Powerboats had gotten bigger than when the marina was first built?

359 A. To build a high-quality marina, yes. To get ride of the original B dock, where there was 14 or 15-foot boats on. Because the market and the prices were such that prices were going up, they were taking them home, there was no market for it and we'd have empty docks, we decided to look at what the market was going to be for the next 15 years, the centre point of our 30-year lease. Are they going to get bigger, smaller or whatever. And it was out of that forward planning, that this, we believed, would answer the needs for that.

360 Q. All right. So it's to make a renovated and economically viable marina?

360 A. Well, people buy a product. We wanted to have a product that would be bought. And we made it, and it's full, with a waiting list, so our decision was the right one.

There are two things which might be read into this. First, there is the concept, put by counsel at question 360, that the aim in the renovation was to produce an economically viable marina. Robert Wright did not answer the question directly, but merely said that he wanted a product, that is a marina in which people would buy moorage and that the result was a full marina with a waiting list. Second, is the concept of building a high quality marina, being answer 359. Also bearing on the issue and not in conflict with either of these concepts, is the evidence of Robert Wright, set out in his affidavit, which includes information on his experience in building and designing marinas in British Columbia and in Oregon over the past 37 years. In that affidavit he sets out that:

transcription de l'interrogatoire préalable qui établirait, selon lui, l'objet visé par les rénovations, lesquelles auraient été effectuées afin de rendre la marina plus rentable:

[TRADUCTION]

359 Q. Le plan global du réaménagement était de faire une nouvelle marina rénovée de haute qualité et, aussi, d'accueillir un parc de bateaux de dimensions en mutation; est-ce exact? Les bateaux à moteur étaient devenus plus gros que ceux pour lesquels la marina avait été construite à l'origine?

359 R. Construire une marina de haute qualité, oui. Se débarrasser du quai B original, destiné aux bateaux de 14 ou de 15 pieds. Comme le marché et les prix étaient à la hausse, les gens les ramenaient à la maison, il n'y avait plus de marché pour cette catégorie et que nous avions des quais vides, nous avons décidé de voir quelle serait la tendance du marché pour les 15 prochaines années, soit le point central de notre bail de 30 ans. Allaient-ils devenir plus gros ou plus petits, ou subir d'autres changements? Et c'est à partir de cette planification que cela, pensions-nous, devrait répondre aux besoins en ce sens.

360 Q. D'accord. C'est donc de faire une marina rénovée et rentable?

360 R. Eh bien, les gens achètent un produit. Nous voulions avoir un produit qui serait acheté. Et nous l'avons fait, et la marina est occupée à pleine capacité, avec une liste d'attente, de sorte que notre décision était la bonne.

Deux éléments peuvent ressortir de cet extrait. Il y a en premier lieu le concept, mis de l'avant par l'avocat à la question 360, que le but de la rénovation était de produire une marina rentable. Robert Wright n'a pas répondu directement à la question, mais a simplement dit qu'il voulait un produit, c'est-à-dire une marina dans laquelle les gens achèteraient des services d'amarrage, et que le résultat, c'était une marina occupée à pleine capacité, avec une liste d'attente. Il y a en deuxième lieu le concept de la construction d'une marina de haute qualité, qui correspond à la réponse 359. Il y a aussi, sur ce point, et sans que cela n'entre en conflit avec l'un ou l'autre de ces concepts, la déposition de Robert Wright, dans son affidavit, donnant des renseignements sur son expérience en matière de construction et de conception de marinas en Colombie-Britannique et en Oregon au cours des 37 dernières années. Dans cet affidavit, il déclare ce qui suit:

It was the company's intention and certainly my intention to construct a marina which was well built and maintained, met prevailing Canadian safety standards and would be capable of withstanding reasonably foreseeable weather and sea conditions.

In this same train of thought, the plaintiff, Jim Dryburgh, acknowledged on discovery that he thought the berth space would be in a marina which was properly and safely built and maintained, up to prevailing Canadian safety standards, able to withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions and that was what he was contracting for: questions 134 through 137.

[19] At this point counsel for Mr. Dryburgh submits that the only reasonable interpretation of the exclusion clause is that it was intended to apply only to contractual services rendered from year to year in the operation and supervision of the marina and that the phrases in the exclusion clause, taking into account the moorage contract overall, do not address past acts or omissions. Particularly, counsel submits that nothing addresses the duty of care arising out of the design and construction of the marina, here referring back to the *Winnipeg Condominium* case, *supra*, in effect severing design and building from day to day moorage. By way of analogy counsel refers to *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992), 7 O.R. (3d) 559 (C.A.) in which exculpatory provisions, referring to carriage of cargo, did not extend to damage done by the carriers employees during a negligent salvage operation following a derailment. That is a clear example of an exculpatory clause designed specifically for a carriage situation, with the Ontario Court of Appeal giving it a properly narrow interpretation, refusing to extend it to something well outside the contract, being a salvage operation. The present instance is not so clear cut and indeed, the clause is broader than that, for example, in *Bombardier* which covered the movement of goods by rail or motor vehicle. In the present instance the moorage contract is a broader agreement for the provision of suitable moorage for vessels. The exculpatory provision is also broad, referring to "any loss or damage" whether or not caused by negligence.

[TRADUCTION] C'était l'intention de la société et certainement mon intention de réaliser une marina qui était bien construite et bien entretenue, qui répondait aux normes de sécurité canadiennes alors en vigueur et qui serait capable de résister aux conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles.

Dans la même veine, le demandeur, Jim Dryburgh, a reconnu lors de l'interrogatoire préalable, avoir pensé que l'aire d'accostage serait dans une marina construite et entretenue de façon adéquate et sécuritaire, dans le respect des normes de sécurité canadiennes en vigueur, et capable de résister à toutes les conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles, et que c'est ce pourquoi il a passé un contrat: questions 134 à 137.

[19] L'avocat de M. Dryburgh fait valoir ici que la seule interprétation raisonnable de la clause de non-responsabilité est qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux services contractuels rendus annuellement dans le cadre de l'exploitation et de la supervision de la marina, et que les termes de la clause de non-responsabilité, eu égard au contrat d'amarrage considéré dans son ensemble, ne visaient pas les actes ou omissions passés. Plus particulièrement, l'avocat prétend qu'aucune mention ne vise l'obligation de diligence découlant de la conception et de la construction de la marina, invoquant ici l'arrêt *Winnipeg Condominium* (précité), distinguant en réalité les aspects conception et construction, d'une part, des services courants d'amarrage, d'autre part. L'avocat invoque aussi, par analogie, la décision *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1992) 7 O.R. (3d) 559 (C.A.), dans laquelle des clauses de non-responsabilité visant le transport de cargaisons ne couvraient pas le dommage causé par les employés du transporteur au cours d'une opération de sauvetage effectuée de façon négligente à la suite d'un déraillement. C'est là un exemple clair d'une clause de non-responsabilité conçue expressément pour une situation de transport, à laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a, de bon droit, donné une interprétation stricte, en refusant de l'étendre à des éléments débordant amplement le cadre du contrat, à savoir une opération de sauvetage. La présente espèce n'est pas aussi tranchée et, effectivement, la clause est plus vaste que, par exemple, celle qui s'appliquait dans l'affaire *Bombardier*, laquelle

I do not see the contract as being so specific that the exclusion clause must refer only to the day to day provision of suitable premises. Rather it refers to any loss or damage, without a limitation. Moreover, in a marina situation damage caused by the breaking up of a marina, in heavy weather and as a result of construction inadequate to withstand that stress, does happen from time to time.

[20] The plaintiffs submit that negligence in the design of the marina, an activity that took place in 1994 and 1995, should not be protected by the exculpatory clause at this juncture, referring again to the *Winnipeg Condominium* case, *supra*. For the purpose of this argument, I will assume that there was negligence in the marina design, including in placing and driving the piling, a task undertaken by Robert Wright on behalf of Oak Bay Marina Ltd. *Winnipeg Condominium* involved a tort claim by a subsequent owner for repair costs resulting from negligent construction work done for a previous owner. The Manitoba Court of Appeal had struck out the claim as a pure economic loss not recoverable against the original general contractor for, according to the Court of Appeal, in the absence of a contractual relationship, remedial repairs, done before there had been any physical damage or personal injury from falling masonry, was not recoverable by a remote buyer of the building as against the original builder. In contrast Mr. Justice La Forest, writing for the Supreme Court, at pages 102-103, came to the view that a contractor should be held to a reasonable standard of care if negligent construction might cause harm to other persons and property in the community:

. . . where a contractor (or any other person) is negligent in planning or constructing a building, and where the building

couvrait le transport de marchandises par rail ou par véhicule automobile. Dans la présente espèce, le contrat d'amarrage est une convention plus vaste visant la prestation de services adéquats d'amarrage pour des bateaux. La clause de non-responsabilité est aussi large, mentionnant [TRADUCTION] «quelque perte ou préjudice» qu'ils soient ou non causés par négligence. Le contrat ne me paraît pas si spécifique que la clause de non-responsabilité doive ne renvoyer qu'à la prestation courante de locaux adéquats. Au contraire, il mentionne toute perte ou tout préjudice, sans limite. De plus, dans ce domaine, il arrive parfois que des dommages soient causés par le bris d'une marina, par mauvais temps, en raison d'une construction incapable de supporter cette tension.

[20] Les demandeurs prétendent que la négligence dans la conception de la marina, une activité qui a eu lieu en 1994 et en 1995, ne devrait pas être protégée par la clause de non-responsabilité, en s'appuyant encore sur l'arrêt *Winnipeg Condominium* (précité). Aux fins de cet argument, je supposerai qu'il y a eu négligence dans la conception de la marina, y compris dans la mise en place et le battage des pieux, une tâche entreprise par Robert Wright pour le compte d'Oak Bay Marina Ltd. Dans l'affaire *Winnipeg Condominium*, un propriétaire subséquent avait intenté une action délictuelle en indemnisation des frais de réparation découlant d'un travail de construction effectué négligemment pour un propriétaire antérieur. La Cour d'appel du Manitoba avait rejeté la demande au motif qu'il s'agissait d'une perte purement économique non susceptible d'indemnisation par l'entrepreneur général initial puisque, selon la Cour d'appel, en l'absence d'un lien contractuel, un acquéreur éloigné de l'immeuble ne saurait se faire rembourser par le constructeur initial les frais engagés pour réparer une construction défectueuse avant qu'elle ne cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien. Par contraste, le juge La Forest, qui a parlé au nom de la Cour suprême, aux pages 102 et 103, a conclu qu'un entrepreneur devrait se voir assujéti à une norme raisonnable de diligence si une construction faite de façon négligente risque de causer un préjudice à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité:

[. . .] lorsqu'un entrepreneur (ou toute autre personne) fait preuve de négligence dans la conception ou la construction

is found to contain defects resulting from that negligence which pose a real and substantial danger to the occupants of the building, the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state are recoverable in tort by the occupants. The underlying rationale for this conclusion is that a person who participates in the construction of a large and permanent structure which, if negligently constructed, has the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community, should be held to a reasonable standard of care.

Mr. Justice La Forest went on to point out, at page 106, that contractual provisions between the original builder and the original owner could protect the contractor, but that "such a contract cannot absolve the contractor from the duty in tort to subsequent owners to construct the building according to reasonable standards". This led to a consideration of whether there was a close enough relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of the original builder, carelessness on its part might cause damage to a subsequent purchaser. It is here that counsel for the plaintiffs refers me to a passage, at pages 115-116:

In my view, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. A lack of contractual privity between the contractor and the inhabitants at the time the defect becomes manifest does not make the potential for injury any less foreseeable. Buildings are permanent structures that are commonly inhabited by many different persons over their useful life. By constructing the building negligently, contractors (or any other person responsible for the design and construction of a building) create a foreseeable danger that will threaten not only the original owner, but every inhabitant during the useful life of the building.

Clearly enough, as a result of the 1994 and 1995 renovations to the marina, Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright owed a duty to future marina users to provide them with a properly built marina. The plaintiffs' point here is that there is nothing in the exculpatory clause, or in the balance of the moorage

d'un immeuble, et qu'on découvre dans cet immeuble des vices qui résultent de cette négligence et qui présentent un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, ces derniers peuvent intenter une action délictuelle en indemnisation des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. La raison d'être de cette conclusion est qu'une personne qui participe à la construction d'une grande structure permanente qui, si elle est construite de façon négligente, risque de causer un préjudice grave à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité, devrait se voir assujettie à une norme raisonnable de diligence.

Le juge La Forest a ajouté, à la page 106, que les dispositions contractuelles entre le constructeur initial et le premier propriétaire pouvaient protéger l'entrepreneur, mais que ce «contrat ne saurait toutefois dégager l'entrepreneur de l'obligation en matière délictuelle qu'il a envers les propriétaires subséquents de construire le bâtiment selon des normes raisonnables.» Il s'est ensuite penché sur la question de savoir s'il existait entre les parties un lien suffisamment étroit pour que le constructeur initial eût pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part serait susceptible de causer un préjudice à un acquéreur subséquent. Ici, l'avocat des demandeurs me réfère à un passage tiré des pages 115 et 116:

À mon avis, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. L'absence de lien contractuel entre l'entrepreneur et ceux qui occupent l'immeuble au moment où le vice se manifeste ne rend pas moins prévisible le risque de préjudice. Les immeubles sont des structures permanentes qui sont généralement habitées par bien des personnes différentes au cours de leur vie utile. En construisant l'immeuble de façon négligente, l'entrepreneur (ou toute autre personne responsable de la conception et de la construction d'un immeuble) crée un danger prévisible qui menacera non seulement le premier propriétaire, mais quiconque l'habitera au cours de sa vie utile.

Il ressort clairement que par suite des travaux de rénovation effectués de la marina en 1994 et en 1995, Oak Bay Marina Ltd. et Robert Wright avaient envers les futurs utilisateurs de la marina l'obligation de leur fournir une marina construite adéquatement. Les demandeurs font valoir ici qu'il n'y a rien dans la

agreement, to address or protect anyone relying upon the moorage agreement from liability for past omissions in the design and installation of new docks and berths in the marina when it was expanded in 1994 and 1995.

[21] In dealing with this line of argument it is useful to review some basic principles of construction of exculpatory provisions. To begin, the rules of construction which apply to any written contract are equally applicable to exemption clauses in order to determine the meaning the words were intended to bear: *Chitty on Contracts*, 28th ed., 1999, Sweet & Maxwell, London, at page 664. Moreover, *Chitty on Contracts* goes on to point out, relying upon *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), at pages 846 and 851, that “If the clause is expressed clearly and unambiguously, there is no justification for placing upon the language of the clause a strained and artificial meaning so as to avoid the exclusion or restriction of liability contained in it” (*loc. cit.*). In effect there is nothing in an exclusionary provision which is inherently evil. I therefore ought to interpret an exculpatory clause, subject to it being unconscionable or unreasonable, just as I would any other contractual provision, giving effect to the intention of the parties and if, and only if, there is an ambiguity, should I invoke the doctrine of *contra proferentem*. Here I have been referred to *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, a decision of the Supreme Court of Canada. There, Mr. Justice Estey, writing for the majority of the Court, considered exclusionary provisions in an insurance policy and referred to a proposition from *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), at page 137, subsequently adopted by the majority of the Supreme Court on appeal, (1908), 42 S.C.R. 246, at page 248:

There is no just reason for applying any different rule of construction to a contract of insurance from that of a contract of any other kind; and there can be no sort of

clause de non-responsabilité ou dans le reste du contrat d’amarrage qui vise ou protège qui que ce soit, qui invoquerait le contrat d’amarrage, quant à la responsabilité pour les omissions passées dans la conception et l’installation de nouveaux quais et postes d’amarrage dans la marina lorsqu’elle a été agrandie en 1994 et en 1995.

[21] Pour apprécier cet argument, il est utile de reprendre certains principes fondamentaux d’interprétation des clauses de non-responsabilité. En premier lieu, les règles d’interprétation qui s’appliquent à tout contrat écrit sont également applicables aux clauses de non-responsabilité afin de permettre de dégager le sens que les mots employés visent à donner: voir l’ouvrage *Chitty on Contracts*, 28^e éd., 1999, Sweet & Maxwell, Londres, à la page 664. De plus, l’ouvrage *Chitty on Contracts* précise, en se fondant sur l’arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), aux pages 846 et 851, que [TRADUCTION] «Si la clause est exprimée de façon claire et non équivoque, rien ne justifie que soit imposé au libellé de la clause un sens forcé et artificiel afin d’éviter l’exclusion ou la limitation de la responsabilité qu’elle comprend» (*loc. cit.*). En fait, il n’est rien dans une disposition de non-responsabilité qui soit foncièrement mauvais. Il me faut par conséquent interpréter une clause de non-responsabilité, sauf si elle est inique ou déraisonnable, de la même façon que j’interpréteraï toute autre disposition contractuelle, en donnant effet à l’intention des parties, et n’invoquer la doctrine *contra proferentem* que si, et seulement si, il y a quelque ambiguïté. Mention a été faite ici de l’arrêt *Exportations Consolidated-Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, rendu par la Cour suprême du Canada. Le juge Estey, qui a exprimé l’avis de la majorité de la Cour dans cette décision, s’est penché sur des dispositions d’exclusion dans une police d’assurance et a mentionné une proposition formulée dans l’arrêt *Pense v. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131 (C.A.), à la page 137, adoptée subséquemment par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans (1908), 42 R.C.S. 246, à la page 248:

[TRADUCTION] Il n’y a aucune raison valable pour appliquer à un contrat d’assurance une règle d’interprétation différente de celle applicable à un contrat d’une autre nature; et il ne

excuse for casting a doubt upon the meaning of such a contract with a view to solving it against the insurer, however much the claim against him may play upon the chords of sympathy, or touch a natural bias. In such a contract, just as in all other contracts, effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used.

After quoting this passage Mr. Justice Estey continued in *Consolidated-Bathurst*, at page 900:

Such a proposition may be referred to as step one in the interpretative process. Step two is the application, when ambiguity is found, of the *contra proferentem* doctrine.

and that, at page 901:

Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result.

In effect, I should, looking at the whole of the moorage agreement, determine an interpretation consistent with the true intention of the parties, an interpretation which results in a sensible commercial result.

[22] Here Mr. Dryburgh, on his own admission, was aware of the terms of the moorage contract, including the exculpatory clause. He agreed, on examination for discovery, that he had no expectation that the Oak Bay Marina would look after the *Three Martletts*, did not expect Oak Bay Marina Ltd. to insure the vessel and that he expected the marina would be properly built and maintained, would meet prevailing Canadian safety standards, and would withstand all reasonably foreseeable weather. These are reasonable expecta-

peut y avoir aucune sorte d'excuse pour jeter le doute sur le sens de pareil contrat en vue de l'interpréter contre l'assureur, quel que soit le parti pris naturel ou la sympathie que peut éveiller la demande d'indemnité qu'on lui adresse. Dans ce contrat, comme dans tous les autres, il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégage des mots qu'ils ont employés.

Après avoir cité ce passage, le juge Estey poursuit, dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, à la page 900:

On peut qualifier pareille proposition de première étape du processus d'interprétation. La deuxième étape est l'application, lorsqu'il y a ambiguïté, de la doctrine *contra proferentem*.

et il ajoute plus loin à la page 901:

Même indépendamment de la doctrine *contra proferentem* dans la mesure où elle est applicable à l'interprétation des contrats, les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable.

En fait, je devrais, en tenant compte de l'ensemble du contrat d'amarrage, dégager une interprétation conforme à l'intention véritable des parties, une interprétation qui entraîne un résultat commercial raisonnable.

[22] En l'espèce, M. Dryburgh, de son propre aveu, connaissait les modalités du contrat d'amarrage, y compris la clause de non-responsabilité. Il a convenu, au cours de l'interrogatoire préalable, qu'il ne s'attendait pas à ce qu'Oak Bay Marina s'occupe du *Three Martletts*, ni qu'Oak Bay Marina Ltd. assure le bateau, mais qu'il s'attendait à ce que la marina soit construite et entretenue adéquatement, qu'elle réponde aux normes de sécurité canadiennes en vigueur et qu'elle résiste à toutes les conditions météorologiques raison-

tions.

[23] From the point of view of Oak Bay Marina Ltd. it is clear, looking at the per-foot per-month rate and the resulting yearly moorage figure set out on the face of the contract, that they did not, for that rate, consider themselves to be insurers. There is also the plain wording of the exculpatory clause. The word “any”, modifying “loss or damage” in the exculpatory clause should be reasonably interpreted. To circumscribe the term, preventing its application to events falling outside the moorage contract year, is an artificial constraint. It would distort the agreement, producing an unrealistic result, to interpret the exculpatory provision to cover only events during the day to day operation of the marina during the contract year and to exclude past negligence in the construction of the marina, construction and moorage of the floats and berths, and placement and driving of piling. To hold that the exculpatory clause is bound by some time constraint, to cut off past neglect in a duty owed to Mr. Dryburgh as a later occupier, would be to distort the four corners rule and bring about an unrealistic result, a result not contemplated in the commercial atmosphere between Oak Bay Marina Ltd. and Mr. Dryburgh. The exculpatory clause protects Oak Bay Marina Ltd. from liability for the negligence and breaches of duty and contract set out in the statement of claim. The more difficult issue is whether the exculpatory clause extends to protect Robert Wright, a point to which I now turn.

Extension of the Exculpatory Clause to Individuals

[24] The defence sets out that Robert Wright is exempt from liability by reason of the exculpatory clause in the moorage contract between Mr. Dryburgh and Oak Bay Marina Ltd. That is not explicit on the

nablement prévisibles. Ce sont là des attentes raisonnables.

[23] Du point de vue d’Oak Bay Marina Ltd., il est clair, en tenant compte du tarif mensuel pour chaque pied et de la somme annuelle des frais d’amarrage figurant au recto du contrat, que la société ne se considérait pas, pour ce tarif, comme un assureur. Cela ressort aussi clairement du libellé de la clause de non-responsabilité. Le mot «quelque», qualifiant les mots «perte ou préjudice» dans la clause de non-responsabilité devrait être interprété de manière raisonnable. Circonscrire le terme et en empêcher l’application à des circonstances extérieures à l’année du contrat d’amarrage, ce serait imposer une contrainte artificielle. Cela aurait pour effet de fausser la convention, de produire un résultat irréaliste, d’interpréter la disposition de non-responsabilité de façon à ne couvrir que l’exploitation courante de la marina pendant l’année du contrat et à exclure la négligence passée dans la construction de la marina, la construction et l’amarrage des flotteurs et des postes d’accostage, et la mise en place et le battage des pieux. Conclure que la clause de non-responsabilité est circonscrite par certaines limites de temps et exclure la négligence passée à l’égard d’une obligation envers M. Dryburgh à titre d’occupant subséquent, fausseraient la règle selon laquelle le dommage doit correspondre au texte même du contrat, et entraîneraient un résultat irréaliste, résultat qui n’était pas envisagé dans le climat commercial entre Oak Bay Marina Ltd. et M. Dryburgh. La clause de non-responsabilité protège Oak Bay Marina Ltd. contre la responsabilité à l’égard de la négligence, de la violation de son obligation et de l’inexécution du contrat invoquées dans la déclaration. Il reste maintenant la question plus difficile de savoir si la clause de non-responsabilité s’étend jusqu’à protéger Robert Wright, point que j’aborde maintenant.

Extension de la clause de non-responsabilité à des personnes physiques

[24] Les défendeurs font valoir que Robert Wright est dégagé de toute responsabilité en raison de la clause de non-responsabilité dans le contrat d’amarrage entre M. Dryburgh et Oak Bay Marina Ltd. Cela

plain wording of the clause. Indeed, traditionally the doctrine of privity of contract would prevent this benefit going to Mr. Wright, president of Oak Bay Marina Ltd., but a person not a party to the contract. However, the courts have, under certain limited circumstances, provided relief, by involving the concepts of trust, agency and the fairly narrow exemption to the doctrine of privity of contract set out in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299.

[25] There is nothing to suggest a trust relationship between the contracting corporate entity, Oak Bay Marina Ltd. and Mr. Wright. Indeed, while this point is touched upon by counsel for the plaintiffs, it is not one argued by counsel for the defendants. The same may be said for the concept of agency giving rise to third party benefits, a concept originating in *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.), more fully explored in *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.) and adopted by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 793 whereby there must be a clear intent to protect a third party in a contract made by an authorized agent for the third party, for which the third party had provided consideration. Clearly none of these tests are met in the present instance, for Robert Wright neither provided consideration nor asked Oak Bay Marina Ltd. to contract on his behalf. He merely had the intention or understanding that he was protected by the exculpatory clause. This brings us to the *London Drugs* exception, a narrow exception to the doctrine of privity of contract, relating to employer-employee relationships in which there is an intent to extend the protection of an exculpatory clause. Here I would note that the language of the exculpatory clause in *London Drugs* did not restrict the benefit of the clause to Kuehne & Nagel, but neither did it expressly extend the benefit to its employees.

[26] *London Drugs*, at page 448 sets out two requirements:

n'est pas précisé expressément dans le libellé en clair de la clause. En fait, traditionnellement, le principe du lien contractuel empêcherait que cette protection profite à M. Wright, président d'Oak Bay Marina Ltd., mais qui n'est pas partie au contrat. Les tribunaux ont toutefois accordé cette protection, dans certaines circonstances limitées, en invoquant les notions de fiducie et de mandat et l'exception relativement étroite au principe du lien contractuel établie dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

[25] Aucun élément de preuve ne suggère l'existence d'une relation de fiducie entre la personne morale contractante, Oak Bay Marina Ltd., et M. Wright. En fait, même si ce point a été abordé par l'avocat des demandeurs, il n'a pas été débattu par l'avocat des défendeurs. Il en est de même de la notion de mandat, produisant des effets qui profitent à des tiers, notion élaborée pour la première fois dans l'arrêt *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.), examinée plus en profondeur dans l'arrêt *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.) et adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 793, en vertu de laquelle il doit y avoir une intention claire de protéger un tiers dans un contrat conclu par un agent autorisé du tiers, et pour lequel le tiers a fourni une contrepartie. Il ressort clairement qu'aucun de ces critères n'est satisfait en l'espèce, puisque Robert Wright n'a pas donné de contrepartie ni demandé à Oak Bay Marina Ltd. de passer un contrat en son nom. Il a seulement voulu ou compris être protégé par la clause de non-responsabilité. Cela nous conduit à l'exception énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, exception étroite au principe du lien contractuel, applicable aux relations entre employeur et employés, lorsqu'il y a une intention d'étendre la protection d'une clause de non-responsabilité. J'aimerais souligner ici que le libellé de la clause de non-responsabilité dans l'arrêt *London Drugs* ne limitait pas l'effet bénéfique de la clause à Kuehne & Nagel, ni ne l'étendait expressément à ses employés.

[26] L'arrêt *London Drugs*, à la page 448 a établi deux conditions:

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.

In commenting on these requirements Mr. Justice Iacobucci notes that it is the intention of the contracting parties which will determine whether the first requirement, the extension of the benefit to employees, has been met, although that extension may be either express or implied. Mr. Justice Iacobucci looks upon these requirements and the departure from the strict application of the privity of contract doctrine, as incremental changes in the common law.

[27] In *London Drugs* the right of employees to rely upon an exculpatory provision which did not name them as beneficiaries, was held to exist first, because there was an identity of interest with respect to contractual obligations and second, because London Drugs Ltd. knew that employees of Kuehne & Nagel would be involved in performing the contractual obligations. As such, those employees were not complete strangers to the exculpatory clause, rather they were held to be “unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to this clause” (at page 452).

[28] The plaintiffs submitted that the *London Drugs* exception to the privity of contract principle is a narrow one, referring to *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, a decision of the B.C. Supreme Court in which the employees of a landlord were not able to rely upon an exculpatory clause in a lease. While the landlord’s employees were acting in the course of their employment, there was, in the view of the Trial Judge, no intention to give the employees the benefit of insurance as extended to the landlord by the exculpatory provisions. However, after the hearing of this matter, the B.C. Court of Appeal reversed the decision in *sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. No. 1655 (QL) [hereinafter *Laing*

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.

En commentant ces conditions, le juge Iacobucci note que c’est l’intention des parties contractantes qui déterminera si la première condition, à savoir l’extension de l’avantage aux employés, est remplie, bien que cette extension puisse être expresse ou implicite. Le juge Iacobucci considère ces conditions et la dérogation à l’application stricte du principe du lien contractuel comme une modification progressive de la common law.

[27] Dans l’arrêt *London Drugs*, le droit des employés d’invoquer une disposition de non-responsabilité qui ne les nommait pas comme bénéficiaires a été reconnu d’abord en raison du fait que les mêmes intérêts étaient partagés relativement aux obligations contractuelles, et ensuite en raison du fait que London Drugs Ltd. savait que des employés de Kuehne & Nagel participeraient à l’exécution des obligations contractuelles. Ces employés n’étaient pas parfaitement étrangers à la clause de limitation de responsabilité, mais étaient plutôt, «à l’égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites» (à la page 452).

[28] Les demandeurs ont fait valoir que l’exception de l’arrêt *London Drugs* au principe du lien contractuel est une exception étroite, en invoquant la décision *Laing Property Corp. v. All Seasons Display Inc.* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 142, rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle les employés d’un propriétaire foncier ne pouvaient invoquer une clause de non-responsabilité dans un bail. Même si les employés du propriétaire agissaient dans l’exercice de leurs fonctions, il n’y avait pas, selon le juge de première instance, d’intention de faire profiter les employés de l’assurance étendue au propriétaire par les dispositions de non-responsabilité. Toutefois, saisie de cette question, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision rendue

Property] and specifically found that the employees met both parts of the *London Drugs* test, showing both an implied contractual intention that they benefit from the insuring clause in favour of their employer and that the negligent conduct alleged against them was performed in the course and scope of their employment and in the discharge of the services that the landlord was provided to give under the contract in question, a lease. However, the Court of Appeal, in extending the third party benefits, made no new law, but merely emphasized some aspects of *London Drugs* and differed from the Trial Judge as to the application of *London Drugs* to the facts.

[29] Dealing with the first portion of the requirements in *London Drugs*, that there must be an express or an implied extension of the benefit to the employees, Mr. Justice Finch, in writing the reasons for the Court of Appeal, noted, at paragraph 100, that:

A question to be asked is whether the contracting parties would normally expect that the service obligation of the contractor would be performed by its employees. Where there is an identity of interest between the employer and the employee and where the other party is aware of that identity of interest and would in the normal course of events expect the service to be performed by the employees, an intention to extend the benefit of any contractual protection to the employees will be implied. If it were not, the plaintiff would generally be able to circumvent the employer's contractual protection by suing the employees in tort. Such a result, in the language of *London Drugs*, "would be absurd".

Mr. Justice Finch [at paragraphs 104-105] went on to point out that the tenants in *Laing Property* knew that the services under the contract would be performed by employees of the landlord. This, in his view, showed an implied mutual intention, by the tenants and the landlord, that the landlord's employees would benefit from any protection under the leases and indeed that it would make no commercial sense to infer otherwise as the contract made it clear how the parties intended

dans l'affaire *sub nom. Orange Julius Canada Ltd. v. Surrey (City)*, [2000] B.C.J. n° 1655 (QL) [ci-après *Laing Property*] et conclu plus particulièrement que les employés satisfaisaient aux deux volets du critère élaboré dans l'arrêt *London Drugs*, établissant à la fois l'existence d'une intention contractuelle implicite de les faire bénéficier de la clause d'assurance en faveur de leur employeur, et que la conduite négligente qui leur était reprochée s'était produite dans l'exercice de leurs fonctions et à l'occasion de la prestation des services que le propriétaire était tenu de fournir en vertu du contrat en question, à savoir un bail. En étendant la participation de tiers à la clause, la Cour d'appel n'a toutefois pas élaboré du droit nouveau, mais a tout simplement souligné certains aspects de l'arrêt *London Drugs* et adopté une position différente de celle du juge de première instance quant à l'application de l'arrêt *London Drugs* aux faits de l'espèce.

[29] À l'égard de la première partie des conditions de l'arrêt *London Drugs*, en vertu de laquelle la clause doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés, le juge Finch, a noté, au paragraphe 100, dans ses motifs au nom de la Cour d'appel, que:

[TRADUCTION] Il faut se demander si les parties contractantes s'attendraient normalement à ce que l'obligation de prestation de services de l'entrepreneur soit remplie par ses employés. Lorsque l'employeur et ses employés partagent les mêmes intérêts et que l'autre partie est consciente de ce partage d'intérêts et qu'elle s'attendrait, dans le cours normal des événements, à ce que les services soient fournis par les employés, il y a lieu d'inférer une intention d'étendre le bénéfice de toute protection contractuelle aux employés. Autrement, le demandeur pourrait généralement être en mesure de contourner la protection contractuelle de l'employeur en engageant contre les employés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. Pour reprendre les mots de l'arrêt *London Drugs*, «il serait absurde» de permettre un tel résultat.

Le juge Finch [aux paragraphes 104 et 105] a ensuite précisé que les locataires dans l'affaire *Laing Property* savaient que les services visés par le contrat seraient fournis par les employés du propriétaire. Selon lui, cela indiquait l'existence d'une intention mutuelle implicite, de la part des locataires comme du propriétaire, de permettre aux employés du propriétaire de bénéficier de toute protection prévue dans les baux, et effectivement il serait illogique sur le plan commercial

the risk of loss should be borne:

The fact is that the tenants paid for, and the owner provided, services under the leases, and the tenants knew that those services would be performed by employees of the landlord.

In these circumstances there was, in my view, an implied mutual intention on behalf of the tenants and the landlord that the landlord's employees would have the benefit of any contractual protection afforded by the leases. It would make no commercial sense to infer otherwise, as the insuring clauses clearly show how the parties intended the risk of loss should be borne. If the employees could be sued for their negligence in performing services provided for under the contract, the tenant (or their insurers) would be able to avoid the clear meaning of the leases. Employees, who would then bear the risk, would have had no opportunity to protect themselves by contract with the tenants or by insuring themselves against those risks which the contracting parties had already agreed would be borne by the tenants.

The Court of Appeal was of the view that this was a case in which it might properly be implied that the parties intended the landlord's employees to have the benefit of the contract. The Court then turned to the second part of the *London Drugs* test, being whether the employees were performing the very services provided for in the contract when the loss occurred. Mr. Justice Finch summed this up by saying, at paragraph 108:

As I have said, I do not see how the employees can be said to have been negligent as alleged while acting in the course and scope of their employment, and at the same time be said to be performing services that were not the very services which the employer had contracted to provide.

[30] Mr. Justice Finch [at paragraph 109] then makes a pertinent comment to the effect that the negligent conduct need not comprise all of the services contracted for:

As I understand the reasoning in *London Drugs*, I do not think it matters that the negligent conduct alleged does not comprise all of the services for which the landlord contracted, nor that the services provided were discretionary on the part of the landlord. For example, where the contract required one party to "inspect and maintain", and the only

de penser autrement, puisque le contrat énonçait clairement la façon dont les parties entendaient répartir le risque de perte:

[TRADUCTION] Le fait est que les locataires payaient pour les services prévus dans les baux et fournis par le propriétaire, et que les locataires savaient que ces services seraient exécutés par les employés du propriétaire.

Dans ces circonstances, il y avait, à mon avis, une intention mutuelle implicite de la part des locataires et du propriétaire de faire bénéficier les employés du propriétaire de toute protection contractuelle visée par les baux. Il serait illogique sur le plan commercial de conclure autrement, puisque les clauses d'assurance montrent clairement comment les parties entendaient répartir le risque de perte. Si les employés pouvaient être poursuivis pour négligence dans leur prestation de services prévus au contrat, le locataire (ou ses assureurs) pourraient être en mesure de contourner le sens évident de ces baux. Les employés, qui supporteraient alors le risque, n'auraient aucune possibilité de se protéger par contrat avec les locataires ou en s'assurant eux-mêmes contre ces risques que les parties contractantes avaient déjà convenu de faire assumer par les locataires.

La Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait d'une espèce où il pouvait y avoir lieu de supposer que les parties entendaient permettre aux employés du propriétaire de bénéficier du contrat. La Cour s'est ensuite penchée sur la deuxième partie du critère de l'arrêt *London Drugs*, la question de savoir si employés exécutaient les services mêmes que visait le contrat au moment où la perte est survenue. Le juge Finch, au paragraphe 108, a résumé cette question en ces termes:

[TRADUCTION] Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, je ne puis voir comment les employés peuvent être accusés d'avoir été négligents en agissant dans l'exercice de leurs fonctions et le cadre de leur emploi et, en même temps, se voir reprocher d'exécuter des services qui n'étaient pas les services mêmes que l'employeur s'était engagé par contrat à fournir.

[30] Le juge Finch [au paragraphe 109] fait ensuite un commentaire pertinent sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que la conduite négligente comprenne tous les services que visait le contrat:

[TRADUCTION] Selon mon interprétation du raisonnement de l'arrêt *London Drugs*, il importe peu que la conduite négligente alléguée ne comprenne pas tous les services que le propriétaire s'est engagé par contrat à fournir, ou que les services visés soient laissés à la discrétion du propriétaire. Par exemple, lorsque le contrat oblige une partie à «inspec-

negligence complained of was in failing to maintain, it could not be said that the maintenance services were not the very services called for by the contract. Similarly, where, as here, the contract confers a discretion on the landlord to provide some or all of a variety of services for which the tenants pay and the landlord chooses to provide some of those services and not others, it could not be said that the services so provided at the landlord's discretion were not the very services called for under the lease. [Emphasis added.]

Mr. Justice Finch concluded that the employees met both parts of the *London Drugs* test and would have the benefit of the insuring clauses, thus making them immune to suit.

[31] Mr. Justice Finch went on to consider *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie et al.*, [1980] 2 S.C.R. 228, however the application of that analysis, to the present situation, adds nothing. I now turn to an application of all of this, both *London Drugs* and *Laing Property*, to the present instance.

[32] The first *London Drugs* requirement, applicable here, is whether, by implication, the benefit of the exculpatory clause extends to Robert Wright. Mr. Wright, while president of the company, was also an employee in that he, himself, redesigned the marina when the renovations were made, including giving instructions for and taking responsibility as to the placement of the piling. Mr. Wright's evidence is that there was an intent, on his part, that he have the same exemption from liability as his company. I believe this intent to be *bona fide*, for it would be absurd, in the case of a company wholly owned by its president, that the company be exempt from a major liability but that the president, who was closely involved in a company's operations, or for that matter the insurers, be open to the same liability. But the second half of the equation is whether the intention was mutual. Here there was some good discovery conducted on the part of the defendants.

[33] Mr. Dryburgh acknowledges that Oak Bay Marina Ltd. would act through its employees. As Mr.

ter et à entretenir», et que la seule négligence reprochée a trait à l'omission d'entretenir, on ne peut dire que les services d'entretien n'étaient pas les services mêmes que visait le contrat. De même, lorsque, comme en l'espèce, le contrat accorde au propriétaire une certaine discrétion quant à la prestation d'une partie ou de la totalité de divers services pour lesquels les locataires paient, et que le propriétaire choisit de fournir certains services et de ne pas fournir certains autres, on ne peut dire que les services ainsi fournis à la discrétion du propriétaire n'étaient pas les services mêmes que visait le bail. [Soulignement ajouté.]

Le juge Finch a conclu que les employés avaient rempli les deux volets du critère énoncé dans l'arrêt *London Drugs* et qu'ils bénéficiaient des clauses d'assurance, ce qui les mettait à l'abri de la poursuite.

[31] Le juge Finch s'est ensuite penché sur l'affaire *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie et autre*, [1980] 2 R.C.S. 228, mais l'application de cette analyse à la présente espèce n'ajoute rien. Je passe maintenant à l'application de toute cette jurisprudence, tant l'arrêt *London Drugs* que l'arrêt *Laing Property*, à la présente espèce.

[32] La première condition de l'arrêt *London Drugs*, applicable en l'espèce, concerne la question de savoir si, implicitement, le bénéfice de la clause de non-responsabilité s'étend à Robert Wright. M. Wright, tout président de la société qu'il était, en était aussi un employé en ce qu'il a lui-même conçu le réaménagement de la marina au moment où les renovations ont eu lieu, notamment en donnant des instructions et en assumant la responsabilité de la mise en place des pieux. Selon son témoignage, M. Wright avait l'intention de bénéficier de la même exonération de responsabilité que sa société. Je suis persuadé que cette intention était de bonne foi, puisqu'il serait absurde, dans le cas d'une société possédée en propriété exclusive par son président, que la société soit exonérée d'une responsabilité majeure, mais que le président, qui était engagé de près dans l'exploitation de la société, ou encore les assureurs, soient assujettis à la même responsabilité. Toutefois, le deuxième volet a trait à la question de savoir si l'intention était mutuelle. À cet égard, les défendeurs ont tenu un bon interrogatoire préalable.

[33] M. Dryburgh reconnaît qu'Oak Bay Marina Ltd. pouvait agir par l'intermédiaire de ses employés. Ainsi

Justice of Appeal Finch pointed out in *Laing Property*, where there is a contract to provide services and where the employees have the primary responsibility for performing those contractual obligations, the employees' interests are the same as those of the employer. That is the case here.

[34] The second factor that Mr. Justice Finch considered was whether the contracting parties would expect the services under the contract to be performed by the contractor's employees. That again is the situation here, for Mr. Dryburgh not only expected that Oak Bay Marina Ltd. would act through its employees, but indeed he knew Robert Wright very well, as the owner of Oak Bay Marina Ltd. All of this goes at least as far as the first *London Drugs* requirement, either as applied in *London Drugs* itself at page 452 or as applied by Mr. Justice Finch in *Laing Property*.

[35] Turning to the second requirement that an employee seeking the benefit of the contract must have acted in the course of his or her employment and must have performed the very services provided for in the contract, the facts here establish that to be the case in the instance of Robert Wright. Mr. Dryburgh did not look to the employees to be responsible for the *Three Martletts* and indeed the moorage contract makes it clear that such is the duty of the vessel owner. The contract was for the provision of moorage, in effect a license to use a designated berth or boathouse. However, both parties were in agreement that there was more to what Mr. Dryburgh expected to receive and Oak Bay Marina Ltd. expected to provide. As I have pointed out, Mr. Dryburgh expected berths that were properly and safely built and maintained, to meet prevailing Canadian safety standards, such that they would withstand all reasonably foreseeable weather and sea conditions. Mr. Robert Wright had been directly involved in the building of the marina as it presently stands. His evidence is that, on redesigning the marina, he wanted to build a high quality marina, a product which would be bought (discovery, at page 75) and that he had the full and final say in the reconstruction, including where the pilings would go,

que l'a souligné le juge Finch dans l'arrêt *Laing Property*, lorsqu'un contrat prévoit la prestation de services et que les employés ont la responsabilité principale d'exécuter ces services contractuels, les intérêts des employés sont les mêmes que ceux de l'employeur. C'est le cas en l'espèce.

[34] Le deuxième facteur examiné par le juge Finch concerne la question de savoir si les parties contractantes s'attendaient à ce que les services visés par le contrat soient rendus par les employés de l'entrepreneur. C'est, encore une fois, le cas en l'espèce, puisque non seulement M. Dryburgh s'attendait à ce qu'Oak Bay Marina Ltd. agisse par l'intermédiaire de ses employés, mais en fait il connaissait très bien Robert Wright comme propriétaire d'Oak Bay Marina Ltd. Tous ces éléments satisfont à tout le moins à la première condition énoncée dans l'arrêt *London Drugs*, telle qu'elle a été appliquée dans l'arrêt *London Drugs* lui-même, à la page 452, ou par le juge Finch dans l'arrêt *Laing Property*.

[35] En ce qui a trait à la deuxième condition, exigeant que l'employé qui cherche à bénéficier du contrat ait agi dans l'exercice de ses fonctions et ait rendu les services mêmes que visait le contrat, les faits de l'espèce établissent que c'est le cas pour Robert Wright. M. Dryburgh ne s'attendait pas à ce que les employés soient responsables du *Three Martletts* et, en fait, le contrat d'amarrage énonçait clairement que cette obligation relevait du propriétaire du bateau. Le contrat prévoyait la prestation de services d'amarrage, et constituait en fait une licence pour l'utilisation d'un poste d'amarrage ou d'une remise à bateaux. Toutefois, les deux parties convenaient qu'il y avait plus à ce que M. Dryburgh s'attendait à recevoir et à ce qu'Oak Bay Marina Ltd. s'attendait à fournir. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, M. Dryburgh s'attendait à ce que les postes d'amarrage soient construits et entretenus de façon adéquate et sécuritaire, qu'ils respectent les normes de sécurité canadiennes en vigueur et qu'ils résistent à toutes les conditions météorologiques et de mer raisonnablement prévisibles. M. Robert Wright avait été directement engagé dans la construction de la marina telle qu'elle existe à l'heure actuelle. Selon son témoignage, en réaménageant la marina, il voulait construire une marina de

with no other employees exercising any decision making in that regard (paragraph 8 of 14 April 1999 affidavit). This work by Robert Wright, going toward the properly and safely built marina is, as I say, part of what Mr. Dryburgh contracted for. As Mr. Justice of Appeal Finch pointed out in *Laing Property* the negligent conduct alleged need not comprise all of the services contracted for.

[36] All of the circumstances taken into account and *London Drugs* applied, including as applied in *Laing Property*, I am of the view that Mr. Robert Wright should have the benefit of the exculpatory clause, along with his company for the negligent conduct alleged against him was in the course of his work with the company and in the discharge of the very services which Oak Bay Marina Ltd. not only undertook under the contract but also was expected to provide in the view of Mr. Dryburgh.

CONCLUSION

[37] I am not particularly an advocate of artificially extending exculpatory clauses beyond their intended scope. However, there is sense in having losses fall where the parties to a contract so designate. This relaxation of the doctrine of privity of contract is consistent with the view of *London Drugs* expressed by the Supreme Court of Canada in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108 and particularly the Court's views as to the incremental change to the common law doctrine of privity of contract at page 124. Given that corporate parties perform their services through employees, at least to some degree, here excepting contracted work performed by some undesignated subcontractor, a situation outside of the *London Drugs* case, it is sensible that a party to a contract not be able to avoid the incidence of loss by suing individuals doing the actual work as employees or as hands-on executives

haute qualité, un produit qui serait acheté (interrogatoire préalable, à la page 75) et il avait tout pouvoir décisionnel et final sur la reconstruction, y compris l'endroit où devaient être mis les pieux, et aucun autre employé n'avait exercé quelque pouvoir décisionnel à cet égard (paragraphe 8 de l'affidavit du 14 avril 1999). Ce travail de Robert Wright, en vue de produire une marina construite de façon adéquate et sécuritaire, était, pour ainsi dire, en partie ce pourquoi M. Dryburgh avait passé un contrat. Ainsi qu'il a été mentionné par le juge Finch de la Cour d'appel dans l'arrêt *Laing Property*, il n'est pas nécessaire que la conduite négligente alléguée comprenne tous les services que vise le contrat.

[36] Après avoir pris en considération toutes les circonstances et avoir appliqué l'arrêt *London Drugs*, y compris la façon dont il a été appliqué dans l'affaire *Laing Property*, j'estime que M. Robert Wright devrait pouvoir invoquer la clause de non-responsabilité, à l'instar de sa société, car la conduite négligente alléguée contre lui a eu lieu dans l'exercice de son travail pour la société et dans l'exécution des services mêmes que non seulement Oak Bay Marina Ltd. a entrepris en vertu du contrat, mais que M. Dryburgh s'attendait à ce qu'elle lui fournisse.

CONCLUSION

[37] Je ne suis pas particulièrement en faveur d'étendre artificiellement des clauses de non-responsabilité au-delà de leur portée projetée. Toutefois, il est logique de voir les pertes réparties de la façon prévue par les parties au contrat. Cet assouplissement de la règle du lien contractuel est en harmonie avec la conception de l'arrêt *London Drugs* exprimée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, et particulièrement avec l'opinion de la Cour quant à la modification progressive de la règle du lien contractuel en common law, à la page 124. Comme les personnes morales parties à un contrat rendent leurs services par l'intermédiaire de leurs employés, au moins jusqu'à un certain point, en l'espèce, exception faite de tout travail imparti effectué par quelque sous-traitant non désigné, situation qui n'est pas visée par l'arrêt *London Drugs*, il est logique

and owners. Otherwise one has the absurd situation, referred to by Mr. Justice Iacobucci at page 444 of *London Drugs*, of a party to a contract going “around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort”.

[38] In the present instance the exculpatory clause in the mooring agreement covers Oak Bay Marina Ltd. It also covers Mr. Robert Wright, an officer and hands-on owner of the company, who performed, in part, the work and services and designed and built the structures which the parties intended be provided under the moorage agreement. Thus, the motion for summary judgment is dismissed, with one set of costs in favour of Oak Bay Marina Ltd. and Robert Wright.

[39] I thank counsel for the effort put into the preparation of material and for their excellent argument.

qu’une partie à un contrat ne puisse éviter l’effet d’une perte en engageant des poursuites contre les personnes physiques qui s’acquittent effectivement du travail, à titre d’employés ou de cadres et de propriétaires actifs. Autrement, cela conduirait à la situation absurde, à laquelle le juge Iacobucci a fait référence, à la page 444 de l’arrêt *London Drugs*, où il serait permis à une partie «de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle.»

[38] Dans la présente espèce, la clause de non-responsabilité du contrat d’amarrage couvre Oak Bay Marina Ltd. Elle couvre aussi M. Robert Wright, cadre et propriétaire actif de la société, qui a réalisé, en partie, les travaux et les services et conçu et construit les structures sur lesquels les parties se sont entendues dans le contrat d’amarrage. La requête en jugement sommaire est par conséquent rejetée, avec un mémoire de dépens en faveur d’Oak Bay Marina Ltd. et de Robert Wright.

[39] Je remercie les avocats pour l’effort consacré à la préparation du matériel et pour leur excellente argumentation.