

T-1999-04
2008 FC 801

T-1999-04
2008 CF 801

Timberwest Forest Corp. (Plaintiff)

Timberwest Forest Corp. (demanderesse)

v.

c.

Pacific Link Ocean Services Corporation, Union Tug and Barge Ltd., Great Northern Marine Towing Ltd., A.B.C. Company, Warren Sinclair, Marc McLean, Kenneth Hemeon, and the Owners and Others Interested in the Ships *Sea Commander* and *Ocean Oregon* (Defendants)

Pacific Link Ocean Services Corporation, Union Tug and Barge Ltd., Great Northern Marine Towing Ltd., A.B.C. Company, Warren Sinclair, Marc McLean, Kenneth Hemeon, les propriétaires des navires *Sea Commander* et *Ocean Oregon*, et toutes les autres personnes ayant un droit sur ces navires (défendeurs)

INDEXED AS: *TIMBERWEST FOREST CORP. v. PACIFIC LINK SERVICES CORP. (F.C.)*

RÉPERTORIÉ : *TIMBERWEST FOREST CORP. c. PACIFIC LINK SERVICES CORP. (C.F.)*

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, May 26, 27, 28; Toronto, June 25, 2008.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 26, 27 et 28 mai; Toronto, 25 juin 2008.

Maritime Law — Carriage of Goods — Subrogated action for loss of most of shipment of logs from barge while under tow to California — Plaintiff retaining title, ownership, risk until logs delivered, paid for by Harwood Products Inc. (Harwood) — Harwood contracting with Pacific Link to act as carrier of logs — Contract of carriage including bill of lading — Logs carried on deck during transport — While contract of carriage rejecting liabilities regarding cargo on deck as imposed by Marine Liability Act, Schedule 3 (Hague-Visby Rules), Rules could still apply by operation of law if requirements thereunder met — Because bill of lading in contract of carriage covering cargo, specifying cargo carried on deck at shipper's risk, cargo not "goods" within meaning thereof in Art. I of Rules — Therefore, Rules not applying to contract of carriage — Bill of lading making all defendants party to contract — Also defining "carrier" as including all defendants by class — "Carrier" defined in Art. I of Rules as including owner or charterer who issues bill of lading — Nothing preventing owner, charterer from both being carrier.

Droit maritime — Transport de marchandises — Action subrogative pour la perte de la majeure partie d'un chargement de billes de bois qui se trouvait sur une barge pendant qu'elle était tirée par un remorqueur jusqu'en Californie — La demanderesse conservait le titre de propriété des billes de bois jusqu'à ce qu'elles aient été livrées et payées par Harwood Products Inc. (Harwood) — Harwood a conclu un contrat avec Pacific Link pour que celle-ci fasse fonction de transporteur des billes de bois — Le contrat de transport comprenait un connaissement — Les billes de bois ont été transportées en pontée — Même si le contrat de transport excluait les responsabilités relatives à la cargaison sur le pont imposées par la Loi sur la responsabilité en matière maritime, annexe 3 (les Règles de la Haye-Visby), les Règles pouvaient néanmoins s'appliquer de plein droit si les exigences qui y sont énoncées étaient remplies — Comme le connaissement dans le contrat de transport applicable à la cargaison précisait que les marchandises transportées en pontée étaient transportées au risque du chargeur, la cargaison ne constituait pas des « marchandises » au sens de l'art. I des Règles — Les Règles ne s'appliquaient donc pas au contrat de transport — Le connaissement faisait en sorte que tous les défendeurs étaient parties au contrat — Qui plus est, le terme « transporteur » a été défini dans le connaissement comme désignant tous les défendeurs par catégories — Le terme « transporteur » est défini à l'art. I des Règles comme comprenant le propriétaire ou l'affréteur qui délivre un connaissement — Rien n'empêche le propriétaire et l'affréteur de s'entendre pour agir comme transporteur.

Maritime Law — Insurance — Subrogated action for loss of most of shipment of logs from barge while under tow to

Droit maritime — Assurance — Action subrogative pour la perte de la majeure partie d'un chargement de billes de bois

California — Pacific Link named in plaintiff's insurance policy as carrier — Insurance policy waiving subrogation against carrier — Waiver of subrogation in favour of Pacific Link in plaintiff's insurance policy not null, void by application of Marine Liability Act, Schedule 3 (Hague-Visby Rules) since Rules not applying herein — In London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.; Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd., Supreme Court of Canada relaxing rule against third-party beneficiaries of contract (i.e. insurance policy benefits) where parties intending to extend benefit thereto, activities performed by third parties constituting activities within scope of contract — Pacific Link benefiting from waiver of subrogation since specifically named in plaintiff's policy — Relaxation of rule not limited to defendants' employees — Waiver of subrogation intended to cover all parties to contract of carriage — Therefore, all defendants additional insureds, benefiting from waiver — If case law misinterpreted, appropriate in present case to make incremental change to law in compliance with commercial reality, justice, fairness.

This was a subrogated action for the loss of most of a shipment of logs from the barge *Ocean Oregon* while under tow of the tug *Sea Commander* on a voyage from British Columbia to California. The triable issues were severed and this portion of the trial dealt only with certain marine insurance issues. The plaintiff entered into contracts to sell logs to Harwood Products Inc., a California corporation. Under such contracts Timberwest would retain title, ownership and risk regarding the logs until they were delivered to and paid for by Harwood. Harwood made all the arrangements for carriage of the logs, which were to be carried on deck by Pacific Link, the carrier. The contract of carriage not only covered the logs owned by the plaintiff but logs that Harwood itself owned and in which the plaintiff had no interest. It had the customary hold harmless provisions as to the carrier and shipper. The quoted freight rate specifically excluded cargo insurance. The contract of carriage incorporated a bill of lading form which was not attached. The plaintiff's marine cargo insurance stated, as an insuring condition, that there was a waiver of subrogation against Pacific Link.

qui se trouvait sur une barge pendant qu'elle était tirée par un remorqueur jusqu'en Californie — Pacific Link était nommément désignée dans la police d'assurance de la demanderesse comme transporteur — La police d'assurance contenait une clause de renonciation à la subrogation contre le transporteur — La clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link dans la police d'assurance de la demanderesse n'était pas nulle et non avenue par application de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, annexe 3 (les Règles de la Haye-Visby) puisque les Règles ne s'appliquaient pas en l'espèce — Dans les arrêts London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd. et Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd., la Cour suprême du Canada a assoupli la règle relative au tiers bénéficiaire du contrat (c.-à-d. les bénéficiaires d'assurance) lorsque les parties avaient l'intention d'en étendre les bénéfices et les activités exercées sont les activités mêmes qu'est censé viser le contrat — Pacific Link bénéficiait de la clause de renonciation à la subrogation parce qu'elle était nommément désignée dans la police de la demanderesse — L'assouplissement de la règle ne visait pas seulement les employés des défendeurs — La clause de renonciation à la subrogation visait à protéger tous ceux qui étaient parties au contrat de transport — Par conséquent, tous les défendeurs étaient des assurés additionnels et bénéficiaient de la clause de renonciation — Si la jurisprudence est mal interprétée, il conviendrait en l'espèce d'apporter une modification progressive à la loi afin qu'elle corresponde à la réalité commerciale et aux principes de justice et d'équité.

Il s'agissait d'une action subrogative pour la perte de la majeure partie d'un chargement de billes de bois qui se trouvait sur la barge *Ocean Oregon* pendant qu'elle était tirée par le remorqueur *Sea Commander* au cours d'un trajet de la Colombie-Britannique jusqu'à la Californie. Les questions donnant matière à procès ont été scindées et cette étape du procès ne portait que sur certaines questions relatives à l'assurance maritime. La demanderesse a conclu des contrats pour la vente de billes de bois à Harwood Products Inc., une société établie en Californie. Conformément à ces contrats, Timberwest conservait le titre de propriété des billes de bois jusqu'à ce qu'elles aient été livrées à Harwood et payées par celle-ci. Harwood a pris les dispositions nécessaires pour assurer le transport des billes de bois, qui devaient être transportées en pontée par Pacific Link, le transporteur. Le contrat de transport portait non seulement sur les billes de bois de la demanderesse, mais également sur des billes de bois appartenant à Harwood et sur lesquelles la demanderesse n'avait aucun droit. Le contrat contenait les clauses habituelles d'exonération de responsabilité à l'égard du transporteur et du chargeur. Le taux de fret mentionné excluait expressément l'assurance de la cargaison. Le contrat de transport intégrait un formulaire de connaissance, qui n'était pas annexé. L'assurance pour le fret maritime de la demanderesse prévoyait, comme condition d'assurance, une renonciation à la subrogation contre Pacific Link.

Shipment of goods by water from Canadian ports, if covered by a bill of lading, are compulsorily subject to the *Marine Liability Act*, Schedule 3 (Hague-Visby Rules or Rules), unless the goods in question are live animals or “cargo which by the contract of carriage is stated as carried on deck and is so carried”. If the Hague-Visby Rules apply, paragraph 8 of Article III states that any clause relieving or lessening the liability of the carrier or ship, other than as provided in the Rules, is null and void. It adds that “A benefit of insurance or similar clause shall be deemed a clause relieving the carrier from liability.” A bill of lading is not defined in the Hague-Visby Rules. However, the Rules only apply to “contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title”. The Rules may be incorporated by contract or forced upon the parties by operation of the law.

The issues were: whether the contract of carriage was governed by the Hague-Visby Rules; whether the cargo was “goods” as defined in the Hague-Visby Rules; whether the waiver of subrogation clause in favour of Pacific Link in the plaintiff’s insurance policy was rendered null and void by the Hague-Visby Rules; whether the defendants other than Pacific Link could rely on the waiver of subrogation clause; and whether insurance benefits could be extended to the defendants other than Pacific Link.

Held, declarations regarding the severed triable issues were made.

The contract of carriage was not governed by the Hague-Visby Rules. The plaintiff and its underwriter were bound by the contract of carriage since the plaintiff was Harwood’s undisclosed principal regarding the portion of the shipment the plaintiff owned. Although the contract of carriage indicated that Pacific Link intended to claim all the benefits of the Hague-Visby Rules or the United States *Carriage of Goods by Sea Act*, it also stated that it accepted none of the liabilities imposed thereby with respect to cargo carried on deck. Therefore it was necessary to consider whether the Hague-Visby Rules applied by operation of law. While all the logs were carried on the barge’s deck, this had to be specifically stated in the bill of lading to oust the application of the Hague-Visby Rules. The contract of carriage indicated that it contemplated a bill of lading. The bill of lading provided that all goods would be carried on deck at the shipper’s risk and that all cargo was carried on deck unless otherwise expressly stated. This suggested that were it not for the on-deck statement, the Hague-Visby Rules were applicable by operation of law, notwithstanding that the goods were carried on deck. Therefore, the cargo was not considered “goods” within the

L’expédition de marchandises par eau depuis les ports canadiens, si elle a été constatée par un connaissance, est obligatoirement assujettie à la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, annexe 3 (les Règles de la Haye-Visby ou les Règles), sauf s’il s’agit d’animaux vivants ou d’une « cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée ». Si les Règles de la Haye-Visby s’appliquent, l’article III, paragraphe 8 de ces Règles précise que toute clause exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité, autrement que ne le prescrivent les Règles, sera nulle et non avenue. Plus précisément, « [u]ne clause cédant le bénéfice de l’assurance au transporteur ou une clause semblable sera considérée comme exonérant le transporteur de sa responsabilité ». Le connaissance n’est pas défini dans les Règles de la Haye-Visby. Cependant, les Règles ne s’appliquent qu’au « contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre ». Les Règles peuvent être incorporées par contrat ou être imposées aux parties de plein droit.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le contrat de transport était régi par les Règles de la Haye-Visby; si la cargaison constituait des « marchandises » au sens des Règles de la Haye-Visby; si la clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link contenue dans la police d’assurance de la demanderesse était devenue nulle et non avenue par l’application des Règles de la Haye-Visby; si les défendeurs autres que Pacific Link pouvaient se prévaloir de la clause de renonciation à la subrogation et si les bénéfices de l’assurance pouvaient être étendus aux défendeurs autres que Pacific Link.

Jugement : des déclarations ont été formulées quant aux questions donnant matière à procès qui ont été scindées.

Le contrat de transport n’était pas régi par les Règles de la Haye-Visby. La demanderesse et son assureur étaient liés par le contrat de transport parce que la demanderesse était le commettant non déclaré de Harwood quant à la partie du chargement qui appartenait à la demanderesse. Même si le contrat indiquait que Pacific Link voulait se prévaloir de tous les avantages des Règles de la Haye-Visby ou de la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis, il stipulait aussi qu’elle n’acceptait aucune des responsabilités imposées à l’égard des cargaisons transportées sur le pont. La Cour devait donc décider si les Règles de la Haye-Visby s’appliquaient de plein droit. Même si toutes les billes de bois étaient transportées en pontée, ce fait devait être indiqué expressément sur le connaissance pour exclure l’application des Règles de la Haye-Visby. Le contrat de transport indiquait qu’il prévoyait un connaissance. Celui-ci précisait que toutes les marchandises seraient transportées en pontée au risque du chargeur et que toutes les marchandises ont été transportées en pontée, à moins que le connaissance ne fasse expressément mention du contraire. Cela laissait entendre que si la mention relative à la cargaison en pontée était retirée, les Règles de la Haye-Visby

meaning of the Hague-Visby Rules since the entire cargo was carried on deck and was covered by an on-deck bill of lading. The waiver of subrogation in the plaintiff's insurance policy in favour of Pacific Link was therefore not null and void and of no effect by virtue of application of the Rules.

It is a general principle of contract law that a third party can neither benefit from nor be burdened by a contract. This rule, as far as benefits are concerned, was relaxed by the Supreme Court of Canada's 1992 decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* and its 1999 decision in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.* These cases stand for the proposition that a third party may benefit from a contract if the parties thereto intended to extend the benefit, and the activities performed were the very activities contemplated as coming within the scope of the contract. Pacific Link was performing the very services provided for in the contract of carriage when the loss occurred. It was specifically and individually named in the insurance policy and thus benefited from the waiver of subrogation it contained notwithstanding that it had not required the plaintiff to have such a clause inserted and that it knew nothing of the insurance policy until after the plaintiff's loss. The individual defendants were employees of the owners of the tug and barge. However, as noted in *Fraser*, the relaxation of the rule pertaining to third-party beneficiaries in *London Drugs* was not intended to be limited to employees. The bill of lading expressly made all the defendants party to the contract. Furthermore, the term "carrier" was defined in the bill of lading as including all the defendants by class, including "the ship, shipowner, operator, manager, charterer, master, officers, crew, stevedores and all those concerned in the carriage of the goods". The intention between the plaintiff and the underwriter was to waive subrogation against the carrier. A "carrier" is defined in the Hague-Visby Rules as including an owner or charterer who issues a bill of lading. While the bill of lading would have been issued by Pacific Link and it would normally be presumed that it and only it was the carrier, nothing prevents an owner and charterer from both agreeing to be the carrier. The waiver of subrogation was intended to cover all those who were party to the contract of carriage. All the defendants were additional insureds and benefited from a waiver of subrogation.

Finally, in the event that existing case law did not relax the doctrine of third-party beneficiaries so that the waiver of

s'appliqueraient de plein droit, même si les marchandises étaient transportées sur le pont. Par conséquent, la cargaison ne constituait pas des « marchandises » au sens des Règles de la Haye-Visby puisque toute la cargaison a été transportée en pontée et avait été constatée par un connaissement. La clause de renonciation à la subrogation dans la police d'assurance de la demanderesse en faveur de Pacific Link n'était donc pas nulle, non avenue et sans effet par l'application des Règles.

Il est un principe général selon lequel un contrat ne peut ni conférer des droits à des tiers ni leur imposer des obligations. Cette règle, dans la mesure où elle s'attache aux bénéficiaires, a été assouplie par la Cour suprême du Canada dans la décision qu'elle a rendue en 1992 dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.* et en 1999 dans l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.* Ces arrêts permettent d'affirmer qu'un tiers peut bénéficier d'un contrat si les parties audit contrat avaient l'intention d'en étendre les bénéfices et si les activités exercées sont les activités mêmes qu'est censé viser le contrat. Lorsque la perte est survenue, Pacific Link offrait précisément les services qui étaient décrits dans le contrat de transport. Elle était nommément désignée dans la police d'assurance et bénéficiait donc de la renonciation à la subrogation qui y figurait, même si elle n'avait pas exigé l'inclusion de cette clause à la demanderesse et qu'elle ne savait rien de la police d'assurance avant que ne survienne la perte de la demanderesse. Les défendeurs à titre individuel étaient des employés des propriétaires du remorqueur et de la barge. Cependant, comme la Cour suprême l'a fait remarquer dans *Fraser*, l'assouplissement de l'arrêt *London Drugs* ne visait pas à ce que seuls les employés bénéficient de l'assouplissement de la règle relative au tiers bénéficiaire. Le connaissement a expressément fait en sorte que tous les défendeurs étaient parties au contrat. Qui plus est, le terme « transporteur » a été défini dans le connaissement comme désignant tous les défendeurs par catégories, y compris « le navire, son propriétaire, l'exploitant, l'armateur, l'affrètement, le capitaine, les officiers, l'équipage, les manutentionnaires et toute personne visée par le transport des marchandises ». Le but recherché par la demanderesse et l'assureur était une renonciation à la subrogation contre le transporteur. Un « transporteur » est défini dans les Règles de la Haye-Visby comme comprenant le propriétaire ou l'affrètement qui délivre un connaissement. Même si le connaissement aurait été délivré par Pacific Link et qu'on aurait présumé que celle-ci, et seulement elle, était le transporteur, rien n'empêche le propriétaire et l'affrètement de s'entendre pour agir comme transporteur. La clause de renonciation à la subrogation visait à protéger tous ceux qui étaient parties au contrat de transport. Tous les défendeurs étaient des assurés additionnels et bénéficiaient de la clause de renonciation à la subrogation.

Enfin, si la jurisprudence existante n'assouplit pas le principe des tiers bénéficiaires de sorte que la clause de

subrogation in the insurance policy apply to the defendants other than Pacific Link, then this was an appropriate case to make an incremental change to the law in compliance with commercial reality, justice and fairness. The change would be consistent with the reality that servants, agents and subcontractors, if the language or circumstances so permit, should benefit from contractual clauses stipulated for their benefit. An insurer should not be entitled to pocket premium without risk.

renonciation à la subrogation de la police s'applique aux défendeurs autres que Pacific Link, le cas en l'espèce constitue alors un cas opportun pour apporter une modification progressive à la loi afin qu'elle corresponde à la réalité commerciale et aux principes de justice et d'équité. Cette modification serait conforme à la réalité selon laquelle les préposés, agents et sous-traitants, si le texte ou les circonstances le permettent, devraient bénéficier des clauses contractuelles prévues à leur égard. Un assureur ne devrait pas avoir le droit de toucher des primes sans risque.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bills of Lading Act, R.S.C., 1985, c. B-5, s. 2.
Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2006).
Harter Act, 46 U.S.C. App. § 190 (2006).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules), Arts. I “carrier”, “contract of carriage”, “goods”, III.
Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, s. 81.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1; *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. (2d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; [1999] I.L.R. I-3717; 245 N.R. 88; *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; (1997), 153 D.L.R. (4th) 385; 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 37 B.L.R. (2d) 1; 48 C.C.L.I. (2d) 1; 40 C.C.L.T. (2d) 235; 221 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

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; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2006).
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (Règles de La Haye-Visby), art. I « contrat de transport », « marchandises », « transporteur », III.
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (Règles de La Haye).
Harter Act, 46 U.S.C. App. § 190 (2006).
Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 81.
Loi sur les connaissements, L.R.C. (1985), ch. B-5, art. 2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd., [1992] 3 R.C.S. 299; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108; *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd., [1992] 3 R.C.S. 299 (quant à la façon dont les bénéfices d'assurance ont été étendus).

C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1 (as to manner in which insurance benefits were extended).

CONSIDERED:

Fluor Western, Inc. v. G & H Offshore Towing Co. Inc., 447 F.2d 35 (5th Cir. 1971); *St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1995), 26 O.R. (2d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Lennard's Carrying Co., Ltd. v. Asiatic Petroleum Co., Ltd.*, [1915] A.C. 705 (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; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Union Carbide Corp. v. Fednav Ltd.* (1997), 131 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1988] O.J. No. 1807 (H.C.J.); *vard* (1991), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166 (C.A.); *Ford Aquitaine Industries SAS v. Canmar Pride (The)* (2004), 267 F.T.R. 115; 2004 FC 1437; *affd* [2005] 4 F.C.R. 441; (2005), 271 F.T.R. 224; 2005 FC 431; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2006] 1 S.C.R. 744; (2006), 267 D.L.R. (4th) 1; 36 C.C.L.I. (4th) 161; [2006] I.L.R. I-4512; 348 N.R. 307; 211 O.A.C. 363; [2006] R.R.A. 523; 2006 SCC 21; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; (1979), 12 D.L.R. (3d) 49; 32 N.R. 488.

REFERRED TO:

Simpson v. Thomson (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Anticosti Shipping Co. v. St.Amand*, [1959] S.C.R. 372; (1959), 19 D.L.R. (2d) 472; *St-Siméon Navigation Inc. v. Couturier*, [1974] S.C.R. 1176; (1973), 44 D.L.R. (3d) 478; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; (1998), 40 O.R. (3d) 639; 166 D.L.R. (4th) 193; 232 N.R. 201; 115 O.A.C. 1; *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co. Ltd.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317; (1976), 1 A.R. 161; 69 D.L.R. (3d) 558; [1976] 6 W.W.R. 219; [1976] I.L.R. 331; 12 N.R. 113.

AUTHORS CITED

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 7th ed. Toronto: Butterworths, 1996.
Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 20th ed. by Stuart Boyd *et al.* London: Sweet & Maxwell, 1996.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Fluor Western, Inc. v. G & H Offshore Towing Co. Inc., 447 F.2d 35 (5th Cir. 1971); *St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1995), 26 O.R. (2d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Lennard's Carrying Co., Ltd. v. Asiatic Petroleum Co., Ltd.*, [1915] A.C. 705 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *Union Carbide Corp c. Fednav Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 655 (1^{re} inst.) (QL); *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.); *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206; *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1988] O.J. n° 1807 (H.C.J.); *décision variée* (1991), 7 O.R. (3d) 559; 85 D.L.R. (4th) 558; 6 B.L.R. (2d) 166 (C.A.); *Ford Aquitaine Industries SAS c. Canmar Pride (Le)*, 2004 CF 1437; *conf. par* [2005] 4 R.C.F. 441; 2005 CF 431; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2006] 1 R.C.S. 744; 2006 CSC 21; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

DÉCISIONS CITÉES :

Simpson v. Thomson (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Anticosti Shipping Co. v. St.Amand*, [1959] S.C.R. 372; (1959), 19 D.L.R. (2d) 472; *St-Siméon Navigation Inc. c. Couturier*, [1974] R.C.S. 1176; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co. Ltd.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317.

DOCTRINE CITÉE

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 7^e éd. Toronto : Butterworths, 1996.
Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 20^e éd. par Stuart Boyd *et al.* Londres : Sweet & Maxwell, 1996.

Strathy, George R. and G. C. Moore. *The Law and Practice of Marine Insurance in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003.

Treitel G. H. and F. M. B. Reynolds. *Carver on Bills of Lading*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

Subrogated ACTION for the loss of most of a shipment of logs while under tow on a voyage from British Columbia to California. Declarations on marine insurance issues made.

APPEARANCES:

Christopher J. Giaschi and Elyn M. Underhill for plaintiff.

David F. McEwen, Q.C. and Emily A. Stock for defendants other than A.B.C. Company.

SOLICITORS OF RECORD:

Giaschi & Margolis, Vancouver, for plaintiff.

Alexander, Holburn, Beaudin & Lang LLP for defendants other than A.B.C. Company.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] HARRINGTON J.: On its face, this is a cargo claim. The plaintiff is suing for the loss overboard of most of its shipment of logs from the barge *Ocean Oregon* while under tow of the tug *Sea Commander* on a voyage from the Fraser River to Eureka, California. The corporate defendants are Pacific Link [Pacific Link Ocean Services Corporation], the contractual carrier and the charterer of the tug and barge owned by Union Tug [Union Tug and Barge Ltd.] and Great Northern [Great Northern Marine Towing Ltd.] respectively. The individual defendants are Kenneth Hemeon, the master of the tug, and the late Warren Sinclair and Marc Mclean who loaded and stowed the logs on board the barge. A.B.C. Company is a corporate John Doe or Richard Roe and can be ignored.

Strathy, George R. et G. C. Moore. *The Law and Practice of Marine Insurance in Canada*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2003.

Treitel, G. H. et F. M. B. Reynolds. *Carver on Bills of Lading*, 2^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2005.

ACTION subrogative pour la perte de la majeure partie d'un chargement de billes de bois qui se faisait tirer par un remorqueur au cours d'un trajet de la Colombie-Britannique jusqu'à la Californie. Déclarations sur des questions relatives à l'assurance maritime formulées.

ONT COMPARU :

Christopher J. Giaschi et Elyn M. Underhill pour la demanderesse.

David F. McEwen, c.r. et Emily A. Stock pour les défendeurs autres que A.B.C. Company.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Giaschi & Margolis, Vancouver, pour la demanderesse.

Alexander, Holburn, Beaudin & Lang LLP pour les défendeurs autres que A.B.C. Company.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

[1] LE JUGE HARRINGTON : À première vue, il s'agit d'une demande d'indemnité pour perte de marchandises. La demanderesse a intenté une poursuite pour la perte en mer de la majeure partie de son chargement de billes de bois, qui se trouvait sur la barge *Ocean Oregon* pendant qu'elle était tirée par le remorqueur *Sea Commander* au cours d'un trajet du fleuve Fraser à Eureka, en Californie. Les sociétés défenderesses sont Pacific Link [Pacific Link Ocean Services Corp.], le transporteur contractant et l'affréteur du remorqueur et de la barge, qui sont la propriété respective d'Union Tug [Union Tug and Barge Ltd.] et de Great Northern [Great Northern Marine Towing Ltd.]. Les défendeurs à titre individuel sont Kenneth Hemeon, le capitaine du remorqueur, Warren Sinclair et le défunt Marc Mclean, qui ont chargé et arrimé les billes de bois à bord de la barge. A.B.C. Company est une fiction juridique dont nous ferons abstraction.

[2] In another sense, the sense with which the Court is now concerned, this is a case dealing with bills of lading, marine insurance and whether contractual benefits may be extended to third parties, and, if so, to which defendants. Apart from a deductible of \$15 000, which the parties are prepared to leave aside for present purposes, the plaintiff, Timberwest [Timberwest Forest Corp.], was indemnified by its marine underwriter, St. Paul & Marine Insurance Company [St. Paul]. In reality, this is a subrogated claim in which St. Paul must use Timberwest's name as it is the party with legal title to the goods and the party who initially suffered the loss (*Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.)). However, one of the explicit insuring conditions was a waiver of subrogation in favour of Pacific Link. The other defendants assert that they too are beneficiaries of that, or another, waiver of subrogation in the policy and are also additional insureds. If that is so, an underwriter who has paid one insured cannot sue other insureds in recovery of a loss covered by the policy.

[3] The parties have agreed, and the Court has ordered, that the triable issues be severed. This portion of the trial is not concerned with the circumstances of the loss which may or may not give rise to liability on the part of some or all of the defendants or with quantum, alleged to be in the million-dollar range. Rather it is limited to marine insurance issues which the parties have broken down into the following four questions:

a. Is the contract of carriage governed by the *Marine Liability Act*, S.C. 2001 [c. 6], Schedule 3 (Hague-Visby Rules [or Rules]) [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*]?

b. Is the cargo "goods" as that term is defined in the Hague-Visby Rules [Article I]?

[2] Vu sous un autre angle, angle sur lequel la Cour est appelée à se prononcer, la présente affaire porte sur le connaissance, l'assurance maritime et la question de savoir si des bénéfices contractuels peuvent être étendus à des tiers et, dans l'affirmative, auxquels des défendeurs. À l'exception d'une franchise de 15 000 \$, dont les parties sont disposées à faire abstraction, la demanderesse, Timberwest [Timberwest Forest Corp.], a été indemnisée par son assureur maritime, St. Paul & Marine Insurance Company [St. Paul]. En réalité, il s'agit d'une action subrogatoire dans laquelle St. Paul doit utiliser le nom de Timberwest, la partie qui détient le titre de propriété sur les biens et la partie qui a subi la perte initiale (*Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.)). Or, les conditions expresses de l'assurance comportaient une renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link. Les autres défendeurs font valoir qu'ils sont également bénéficiaires de cette renonciation à la subrogation, ou d'une autre renonciation au même effet, et qu'ils sont de plus des assurés additionnels. Si tel est le cas, l'assureur maritime qui dédommage un assuré ne peut poursuivre les assurés additionnels en recouvrement d'une perte couverte par la police.

[3] Les parties ont convenu, et la Cour a ordonné, que les questions donnant matière à procès soient scindées. La présente étape du procès ne porte ni sur les circonstances qui ont mené à la perte de la cargaison et qui pourraient engager la responsabilité de certains, ou de l'ensemble, des défendeurs, ni sur le montant des dommages-intérêts qui s'élèveraient à environ un million de dollars. Elle se limite plutôt aux questions relatives à l'assurance maritime que les parties ont ramenées aux quatre questions suivantes :

a. Le contrat de transport est-il régi par la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001 [ch. 6], annexe 3 (Règles de La Haye-Visby [ou Règles]) [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979*]?

b. La cargaison constituait-elle des « marchandises » au sens des Règles de la Haye-Visby [article I]?

c. Is the waiver of subrogation clause in favour of Pacific Link in the insurance policy of the plaintiff rendered null and void and of no force or effect by the Hague-Visby Rules?

d. If not, may the defendants other than Pacific Link rely upon the waiver of subrogation clause?

[4] The questions devolve from important general principles of contract law, and particular aspects of contracts of carriage and insurance. Shipments of goods by water from Canadian ports, if covered by a bill of lading, are compulsorily subject to the Hague-Visby Rules unless the goods in question are live animals or “cargo which by the contract of carriage is stated as carried on deck and is so carried”. The logs in their entirety were carried on deck. Although no bill of lading was actually issued, the contract contemplated that one could be issued.

[5] If the Hague-Visby Rules apply then paragraph 8 of Article III thereof must be considered. It states that any clause relieving or lessening the liability of the carrier or ship, other than as provided in the Rules, is null and void and of no effect. More specifically, it goes on to declare that “A benefit of insurance or similar clause shall be deemed a clause relieving the carrier from liability.”

[6] Turning to the insurance point, it is a general principle of contract law that a third party can neither benefit from nor be burdened by a contract. This rule, as far as benefits are concerned, was relaxed by the Supreme Court in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299 and again in the context of marine insurance in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108. Mindful of these two cases and that the answers to each of the four questions are largely independent one from the other, counsel have been quite inventive in their respective interpretations of the underlying contracts in submitting that I should, or should not, hold that the shipment was covered by an under-deck bill of lading, that a waiver of subrogation is or is not a benefit of

c. La clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link contenue dans la police d’assurance de la demanderesse est-elle devenue nulle, non avenue et sans effet par l’application des Règles de La Haye-Visby?

d. Dans la négative, les défendeurs autres que Pacific Link peuvent-ils se prévaloir de la clause de renonciation à la subrogation?

[4] Les questions découlent des principes généraux importants du droit des contrats, ainsi que de certains aspects propres aux contrats de transport et d’assurance. L’expédition de marchandises par eau depuis les ports canadiens est assujettie aux Règles de La Haye-Visby si elle a été constatée par un connaissement, sauf s’il s’agit d’animaux vivants ou d’une « cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée ». L’ensemble des billes de bois a été transporté sur le pont du navire. Si aucun connaissement n’a été délivré, le contrat prévoyait la possibilité d’en délivrer un.

[5] Si les Règles de La Haye-Visby s’appliquent, alors il faut tenir compte de l’article III, paragraphe 8 de ces Règles. Selon cette disposition, toute clause exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité, autrement que ne le prescrivent les Règles, sera nulle, non avenue et sans effet. Plus précisément, « Une clause cédant le bénéfice de l’assurance au transporteur ou toute clause semblable sera considérée comme exonérant le transporteur de sa responsabilité ».

[6] En ce qui concerne la question de l’assurance, il est un principe général selon lequel un contrat ne peut ni conférer des droits à des tiers ni leur imposer des obligations. Cette règle, dans la mesure où elle s’attache aux bénéficiaires, a été assouplie par la Cour suprême dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, et de nouveau, dans le contexte de l’assurance maritime, dans *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108. Conscients de ces deux décisions et de l’importance du fait que les réponses aux quatre questions sont en grande partie indépendantes les unes des autres, les avocats ont fait preuve d’une grande inventivité dans leur interprétation respective des contrats sous-jacents, soutenant que je devrais conclure,

insurance, which does or does not extend to Pacific Link's servants, agents or subcontractors and whether this case does, or does not, fall within one of the established exceptions to privity of contract.

PLAINTIFF'S CASE

[7] At all material times, Timberwest was the owner of the cargo and the party which initially suffered the loss. It concedes that on one legal theory or another, it is bound by the terms and conditions of the contract of carriage its customer, the intended receiver and purchaser of the goods, Harwood Products Inc. [Harwood], entered into with Pacific Link. It submits that the contract of carriage is governed by the Hague-Visby Rules, and that although all the cargo was carried on deck with its knowledge and consent, the cargo was nevertheless "goods" within the meaning of the Rules as the defendants have not established that an on-deck bill of lading would have been issued. The waiver of subrogation clause in its insurance policy with St. Paul is null and void by virtue of paragraph 8 of Article III of the Rules. Finally, the other defendants do not benefit from the waiver of subrogation clause. In the alternative, even if they do, it was likewise null and void by application of the Rules.

DEFENDANTS' CASE

[8] The defendants admit Timberwest's interest in the cargo and agree it is bound by the terms and conditions of the contract of carriage. The reason Timberwest is bound is that its customer entered into the contract as its undisclosed agent. Although the shipment was covered by a bill of lading, that bill of lading, if actually issued, would have provided that all the cargo was carried on deck, as indeed was the case. Therefore the cargo does not fall within the definition of "goods" within the Hague-Visby Rules, and the waiver of subrogation in

ou non selon le cas, que le chargement avait été constaté par un connaissance pour une cargaison transportée en cale, qu'une clause de renonciation à la subrogation est un bénéfice de l'assurance — et qu'il s'étend aux préposés, agents ou sous-traitants de Pacific Link — et que la présente affaire relève de l'une des exceptions reconnues à la règle du lien contractuel.

LES ARGUMENTS DE LA DEMANDERESSE

[7] À toutes les époques pertinentes, Timberwest était la propriétaire de la cargaison et la partie qui a subi la perte initiale. Elle convient que, indépendamment de la théorie du droit invoquée, elle est liée par les conditions du contrat de transport que son client, le destinataire et l'acheteur des marchandises, Harwood Products Inc. [Harwood], a conclu avec Pacific Link. Elle fait valoir que le contrat de transport est régi par les Règles de La Haye-Visby, et que si la cargaison a entièrement été transportée en pontée à sa connaissance et avec son consentement, elle constituait néanmoins des « marchandises » au sens des Règles parce que les défendeurs n'ont pas démontré qu'un connaissance avait été délivré pour un chargement transporté sur le pont. La clause de renonciation à la subrogation figurant dans sa police d'assurance souscrite auprès de St. Paul est nulle, non avenue et sans effet en application de l'article III, paragraphe 8 des Règles. Enfin, les autres défendeurs ne bénéficient pas de la clause de renonciation à la subrogation. Subsidiairement, même s'ils en bénéficiaient, la clause serait également nulle, non avenue et sans effet, par application des Règles.

LES ARGUMENTS DES DÉFENDEURS

[8] Les défendeurs reconnaissent le droit de Timberwest dans la cargaison et conviennent qu'elle est liée par les conditions du contrat de transport. Si Timberwest est liée c'est que son client a conclu le contrat en tant qu'agent non déclaré. Bien que le chargement ait été constaté par un connaissance, ce connaissance, s'il avait été délivré, aurait stipulé que toute la cargaison était transportée en pontée, ce qui était effectivement le cas. Ainsi, la cargaison ne répond pas à la définition de « marchandises » figurant aux Règles de

favour of Pacific Link does not offend the Rules. Even if it did, the Rules are not of application because the waiver is found in a separate and independent insurance policy, rather than in the contract of carriage. In any event, a waiver of subrogation is not a benefit of insurance provision within the meaning of the Rules.

[9] The common law rules prohibiting third parties from benefiting from a contract do not apply in this case. Pacific Link was specifically named as a beneficiary and the underwriters are bound to their bargain. Defendants Sinclair, McLean and Hemeon were employees of Pacific Link and on the basis of *London Drugs*, above, also benefit from the waiver of subrogation. If not, they, together with the other corporate defendants, which are related to Pacific Link, were contemplated subcontractors, and so are additional insureds under the policy, and also benefit from a waiver of subrogation.

DECISION

[10] I have come to the conclusion:

a. the contract of carriage is not governed by the Hague-Visby Rules;

b. the cargo is not “goods” as defined in the Hague-Visby Rules. Although the shipment was “covered” by a bill of lading, that bill of lading, if issued, would have stated the entire shipment was being carried on deck, as indeed was the case;

c. the waiver of subrogation in favour of Pacific Link contained in Timberwest’s insurance policy was not rendered null and void and of no force or effect by the Hague-Visby Rules. Pacific Link is a third-party beneficiary and entitled to assert the clause against St. Paul; and

La Haye-Visby, et la clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link ne contrevient pas auxdites Règles. Même si elle y contrevenait, les Règles ne s’appliqueraient pas parce que la clause de renonciation figure dans une police d’assurance distincte et indépendante, et non dans le contrat de transport. Quoiqu’il en soit, une clause de renonciation à la subrogation n’est pas une clause cédant le bénéfice de l’assurance au sens des Règles.

[9] Les règles de la common law qui empêchent les tiers de bénéficier d’un contrat ne s’appliquent pas en l’espèce. Pacific Link était expressément désignée comme bénéficiaire et les assureurs maritimes sont liés par l’entente qu’ils ont conclue. Les défendeurs Sinclair, McLean et Hemeon étaient des employés de Pacific Link et, conformément à l’arrêt *London Drugs*, précité, ils bénéficient également de la clause de renonciation à la subrogation. S’ils n’étaient pas des employés, ils étaient des sous-traitants désignés, tout comme les autres sociétés défenderesses, qui sont liées à Pacific Link, et les assurés additionnels protégés par la police, et bénéficient également de la clause de renonciation à la subrogation.

DÉCISION

[10] Je suis arrivé aux conclusions suivantes :

a. Le contrat de transport n’est pas régi par les Règles de La Haye-Visby;

b. La cargaison ne constitue pas des « marchandises » au sens des Règles de La Haye-Visby. Bien que le chargement ait été « constaté » par un connaissance, ce connaissance, s’il avait été délivré, aurait stipulé que toute la cargaison était transportée en pontée, ce qui était effectivement le cas;

c. La clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link contenue dans la police d’assurance de Timberwest n’est pas devenue nulle, non avenue et sans effet par les Règles de La Haye-Visby. Pacific Link est un tiers bénéficiaire et elle a le droit de se prévaloir de la clause contre St. Paul;

d. the other defendants are all third-party beneficiaries of one or more waiver of insurance clauses, and likewise entitled to assert them against St. Paul. These defendants were the owners of the tug and tow, the master of the tug, and either crew or stevedores servicing the barge. As such, they were all parties to and given exemptions and immunities under the contract of carriage. In turn, they are additional insureds with benefit of a waiver of subrogation granted them by St. Paul.

[11] I have construed the contract of carriage, Timberwest's contract for the sale of the lost cargo and the marine insurance policy in terms of the language used, and the testimony of the witnesses. I then analysed my findings in the light of the doctrine of privity of contract and the enforceability of terms and conditions thereof by third-party beneficiaries.

SOME BASIC PRINCIPLES

[12] I consider it important to set out my understanding of some of the underlying legal principles.

[13] Although the bill of lading is a venerable document, it is not defined in either the Hague-Visby Rules or in our *Bills of Lading Act* [R.S.C., 1985, c. B-5]. Article I of the Rules [definition of "contract of carriage"] provides that they only apply to "contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title". Depending on its terms, a bill of lading may, or may not, be a negotiable instrument. A fundamental aspect of a contract of carriage covered by a bill of lading is that the carrier, or its agents, delivers the cargo to the holder of the bill. These attributes of a bill of lading are not relevant to this case.

[14] An on-board bill of lading serves as a receipt for the goods and represents that they are in fact on board. It should also reflect their apparent order and condition. The bill of lading is invariably issued after shipment, and after the contract of carriage was made. Therefore, in the

d. Les autres défendeurs sont tous les trois bénéficiaires d'une ou de plusieurs clauses de renonciation à l'assurance, et ont également le droit de s'en prévaloir contre St.-Paul. Ces défendeurs étaient les propriétaires du remorqueur et de la barge, le capitaine du remorqueur, et les membres de l'équipage ou les manutentionnaires travaillant sur la barge. À ce titre, ils étaient tous parties au contrat de transport et bénéficiaient des exonérations et des limitations de responsabilité qui y étaient prévues. D'autre part, ils sont des assurés additionnels bénéficiant d'une renonciation à la subrogation consentie par St. Paul.

[11] J'ai interprété le contrat de transport, le contrat de Timberwest relatif à la vente de la cargaison perdue et la police d'assurance maritime en fonction des termes employés et des déclarations des témoins. J'ai ensuite analysé mes conclusions à la lumière de la règle du lien contractuel et du droit des tiers bénéficiaires à l'exécution des modalités de ces contrats.

PRINCIPES FONDAMENTAUX

[12] J'estime important d'exposer certains des principes légaux sous-jacents, tels que je les comprends.

[13] Bien que le connaissement soit un document important, il n'est défini ni dans les Règles de La Haye-Visby ni dans la *Loi sur les connaissements* [L.R.C. (1985), ch. B-5]. L'article I des Règles [définition de « contrat de transport »] prévoit qu'elles ne s'appliquent qu'au « contrat de transport constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre ». Selon les modalités qui y sont prévues, le connaissement peut constituer un effet de commerce négociable. Le fait que le transporteur, ou ses agents, livre la cargaison au détenteur du connaissement est un aspect fondamental du contrat de transport constaté par un connaissement. Ces aspects du connaissement ne sont pas pertinents en l'espèce.

[14] Le connaissement à bord sert d'accusé de réception des marchandises et atteste qu'elles sont effectivement à bord du navire. Le connaissement fait également mention de l'état apparent des marchandises. Il est invariablement délivré après l'embarquement et la

hands of the party who entered into the contract of carriage with the carrier, it may or may not evidence the terms and conditions of carriage. In this case, the bill of lading only forms part of the overall contract. Had the bill been consigned or endorsed to someone else, then in virtue of section 2 of the *Bills of Lading Act*, that person would have been “vested with all rights of action and is subject to all liabilities in respect of those goods as if the contract contained in the bill of lading had been made with himself.” In such a case, the bill of lading would be the contract. There is no third-party consignee or endorsee, and so the bill of lading, which was never issued, would not really have served as a document of title. Nevertheless, these variables are relevant in considering whether the overall contract of carriage called upon the shipper to take out insurance for the carrier’s benefit, and, if so, whether that requirement runs contrary to the Rules. Certainly, there is no such requirement in the carrier’s standard bill of lading form, but there may be in another part of the overall contract.

[15] With respect to the defendants’ allegation that Timberwest is bound to the contract of carriage as an undisclosed principal, one might wish to be mindful of Professor Fridman’s definition in his *The Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths, 1996), at page 11:

Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the *agent*, is considered in law to represent the other, called the *principal*, in such a way as to be able to affect the principal’s legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property.

[16] Finally, an insurer’s right of subrogation exists by operation of law, but of course may be waived by contract. Subsection 81(1) of the *Marine Insurance Act* [S.C. 1993, c. 22] provides that: “On payment... the insurer becomes entitled to assume the interest of the insured in the whole or part of the subject-matter and is subrogated to all the rights and remedies of the insured

conclusion du contrat de transport. Par conséquent, lorsqu’il est en possession de la partie qui a conclu le contrat de transport avec le transporteur, il peut ou non faire foi des modalités de transport. En l’espèce, le connaissance ne constitue qu’une partie du contrat global. Dans le cas où le connaissance fait l’objet d’une consignation ou d’un endossement, l’article 2 de la *Loi sur les connaissances* prévoit que le consignataire et l’endossataire « entrent en possession et sont saisis des mêmes droits d’action et assujettis aux mêmes obligations à l’égard de cette marchandise que si les conventions contenues dans le connaissance avaient été arrêtées avec ce consignataire ou cet endossataire ». Dans un tel cas, le connaissance tient lieu de contrat. Comme il n’y a ni tiers consignataire ni tiers endossataire, le connaissance, qui n’a jamais été délivré, n’aurait pas réellement constitué un document formant titre. Néanmoins, ces éléments sont importants afin de déterminer si le contrat de transport global exigeait que le chargeur souscrive une assurance au bénéfice du transporteur et, le cas échéant, si cette exigence est contraire aux Règles. Certes, cette exigence ne figure pas dans le formulaire de connaissance type du transporteur, mais elle pourrait se trouver dans une autre partie du contrat global.

[15] En ce qui concerne l’allégation des défendeurs voulant que Timberwest soit liée au contrat de transport en tant que commettant non déclaré, rappelons la définition donnée par le professeur Fridman dans son ouvrage *The Law of Agency*, 7^e éd. (Toronto : Butterworths, 1996), à la page 11 :

[TRADUCTION] Le mandat est le rapport qui existe entre deux personnes dont l’une, l’*agent*, est en droit considérée comme la représentante de l’autre, le *commettant*, si bien que cet agent peut, par la conclusion de contrats ou l’aliénation de biens, influencer sur la situation juridique du commettant à l’égard de tierces parties.

[16] Enfin, si le droit de subrogation d’un assureur existe de plein droit, il est bien sûr possible d’y renoncer par contrat. Le paragraphe 81(1) de la *Loi sur l’assurance maritime* prévoit que : « [l]’assureur qui règle la perte [...] acquiert l’intérêt de l’assuré dans tout ou partie de la chose et est subrogé dans tous les droits et recours de l’assuré relatifs à tout ou partie de celle-ci

in respect of that whole or part from the time of the casualty causing the loss.”

EVIDENCE

[17] The evidence consisted of a number of agreed facts and documents, as well as testimony either during the trial, or by read-ins of examinations for discovery, or both.

[18] Timberwest called its marine broker, Robert Sikorski of Marsh Canada Ltd., and St. Paul's underwriter at the time of the loss, Patricia Wyka. It read in portions of the transcript of the discoveries of Peter Brown, who was the representative of all three corporate defendants, Captain Hemeon and Mr. Sinclair. A main purpose of the read-ins was to establish that Captain Hemeon's employer was Union Tug, and that Messrs. Sinclair's and McLean's employer was Great Northern. The defendants called Michael Holmes, Timberwest's manager of log trading, who had been their representative on discovery, and the aforesaid Mr. Brown. There was some discussion as to whether Mr. Holmes should be automatically treated as a hostile witness because he is still in Timberwest's employ. However, as it turns out, he was not hostile at all. They also read in part of his discovery, which dealt with issues beyond his personal knowledge.

[19] Based on the evidence, I find that:

a. from September to early November 2003, Timberwest, a British Columbia corporation, entered into contracts for the sale of 11 463.17 cubic meters of Douglas Fir Logs to Harwood, a California corporation;

b. pursuant to the terms of sale, Timberwest retained title, ownership and risk with respect to the logs until

à compter du moment où est survenu le sinistre qui a causé la perte ».

LA PREUVE

[17] La preuve est constituée d'un grand nombre de faits et de documents non contestés, ainsi que des témoignages présentés pendant le procès ou sous forme de transcriptions d'interrogatoires préalables, ou les deux.

[18] Timberwest a fait entendre son courtier d'assurance maritime, Robert Sikorski, de Marsh Canada Ltd., et le souscripteur de St. Paul au moment de la perte, Patricia Wyka. Timberwest a lu des passages de la transcription des interrogatoires préalables auxquels ont participé Peter Brown, qui était le représentant des trois sociétés défenderesses, le capitaine Hemeon et M. Sinclair. Cette lecture visait principalement à établir que l'employeur du capitaine Hemeon était Union Tug et que l'employeur de MM. Sinclair et McLean était Great Northern. Les défendeurs ont fait entendre Michael Holmes, le gestionnaire de Timberwest en matière du commerce de billes de bois, qui avait été leur représentant lors de l'interrogatoire préalable, ainsi que le susdit M. Brown. Il y a eu quelques discussions visant à déterminer si M. Holmes devait être automatiquement considéré comme un témoin hostile parce qu'il est toujours à l'emploi de Timberwest. En fin de compte, il ne s'est pas révélé hostile du tout. Les défendeurs ont également fait la lecture d'une partie de son interrogatoire préalable, lequel portait sur des questions qui dépassaient le cadre de ses connaissances personnelles.

[19] Compte tenu de ces éléments de preuve, je conclus ce qui suit :

a. de septembre jusqu'au début du mois de novembre 2003, Timberwest, une société de la Colombie-Britannique, a conclu des contrats pour la vente de 11 463,17 mètres cubes de billes de Douglas taxifolié à Harwood, une société établie en Californie;

b. conformément aux conditions de vente, Timberwest conservait le titre de propriété des billes de bois jusqu'à

they were delivered at Eureka, California, and paid for by Harwood;

c. Harwood made all the arrangements for transportation of the logs from their storage grounds in and about the Fraser River to a loading point, loading and stowage on the barge, and for transportation to and discharge at destination. Harwood chose the carrier, in this case Pacific Link;

d. the contract of carriage between Harwood and Pacific Link not only covered the logs owned by Timberwest, but also about 815 cubic meters of logs that Harwood itself owned, and in which Timberwest had no interest. Thus, Harwood was both a disclosed principal and an undisclosed agent;

e. Pacific Link, a Barbados corporation incorporated to engage in international transportation in order to take advantage of Canadian tax legislation, was the time charterer of the tug *Sea Commander* and the barge *Ocean Oregon*. Their owners are companies incorporated pursuant to the laws of British Columbia. The tug and barge remained in the possession of their respective owners (*Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 20th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996) at page 59 ff.);

f. Pacific Link, Union Tug and Great Northern are all interrelated. Fifty percent of the shares of each are owned by Peter Brown and the other fifty percent by Ed Jackson. Mr. Brown is the president of Pacific Link and Union Tug as well as the secretary of Great Northern. Mr. Jackson is the president of Great Northern and the vice-president and secretary of Union Tug. He is also a director of Pacific Link. These companies market themselves together as the Sea Link Group. This fact was known to Harwood and I infer was also known by Timberwest. An export declaration for one of the parcels shipped and lost was prepared by Timberwest's customs broker. It identifies the exporting carrier as "Sea Link Marine Services" and the vessels as the tug "*Sea Commander*" and the barge "*Ocean Oregon*". Registered

ce qu'elles aient été livrées à Eureka, en Californie, et payées par Harwood;

c. Harwood a pris les dispositions nécessaires pour assurer le transport des billes de bois depuis leur lieu d'entreposage, dans les environs du fleuve Fraser, jusqu'au lieu de chargement; elle s'est occupée de leur chargement et de leur arrimage sur la barge, de leur transport jusqu'à destination, ainsi que de leur déchargement une fois sur place. Harwood a choisi le transporteur, en l'occurrence Pacific Link;

d. le contrat de transport entre Harwood et Pacific Link portait non seulement sur les billes de bois de Timberwest, mais également sur environ 815 mètres cubes de billes de bois appartenant à Harwood, et sur lesquelles Timberwest n'avait aucun droit. Ainsi, Harwood agissait à la fois comme commettant déclaré et agent non déclaré;

e. Pacific Link, une société de la Barbade constituée en vue d'exercer des activités de transport à l'échelle internationale et de tirer avantage des lois fiscales canadiennes, était l'affrètement à temps du remorqueur *Sea Commander* et de la barge *Ocean Oregon*, dont les propriétaires sont des sociétés constituées sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Le remorqueur et la barge sont demeurés en possession de leurs propriétaires respectifs (*Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 20^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1996), aux pages 59 et suivantes);

f. Pacific Link, Union Tug et Great Northern sont des sociétés liées. Cinquante pour cent des actions de chacune de ces sociétés appartiennent à Peter Brown et l'autre cinquante pour cent est détenu par Ed Jackson. M. Brown est le président de Pacific Link et d'Union Tug tout en étant le secrétaire de Great Northern. M. Jackson est le président de Great Northern et le vice-président et secrétaire d'Union Tug. Il est aussi président de Pacific Link. Ces entités se présentent ensemble sous le nom de Sea Link Group. Ce fait était connu d'Harwood et j'en déduis qu'il était aussi connu de Timberwest. Une déclaration d'exportation pour un des lots chargé et perdu a été rédigée par le courtier en douane de Timberwest. Le transporteur exportateur y est désigné comme étant « Sea Link Marine Services », et

ownership of these two Canadian vessels is a matter of public record.

g. Harwood had been provided with copy of Pacific Link's bill of lading form prior to 2003.

h. the individual defendants are not employees of Pacific Link.

CONTRACT OF CARRIAGE

[20] The contract of carriage for the voyage in question owes its genesis to the sales contract between Timberwest and its customer, Harwood. Timberwest began exporting logs to Harwood in the late 1990s. These sales originally were FOB [free on board] Timberwest's storage yards in and about the Fraser River. Harwood took delivery, title and risk there, arranged and paid for movement of the log booms to a barge, and for carriage to Eureka, California. Timberwest had no interest in insuring the shipments as it was not at risk. However, come the spring of 2002, the arrangements changed. Financially the contracts remained FOB Timberwest's storage yards in the sense that, as before, Harwood arranged for transportation to Eureka at its own expense. However, title and risk remained with Timberwest until payment, which was not due until delivery. In that sense, the sale was "delivery ex-ship" and Timberwest certainly had an insurable interest in the cargo.

[21] The contract of carriage is dated 6 November 2003 and is between Harwood and Pacific Link. As aforesaid, some of the cargo shipped belonged to Harwood, but most belonged to Timberwest. Timberwest did not see the contract until after the loss. Its name does not appear on the contract, and I accept that Pacific Link had no idea it had any interest in any of the cargo.

[22] The quoted freight rate comprised a number of inclusions and exclusions. The rate was specifically

les navires comme étant le remorqueur « *Sea Commander* » et la barge « *Ocean Oregon* ». Le titre de propriété de ces deux navires canadiens est inscrit au registre public.

g. Harwood a reçu une copie du formulaire de connaissance de Pacific Link avant 2003.

h. les défendeurs à titre individuel ne sont pas des employés de Pacific Link.

CONTRAT DE TRANSPORT

[20] Le contrat de transport pour le voyage en question tire son origine du contrat de vente conclu entre Timberwest et sa cliente, Harwood. Timberwest a commencé à vendre des billes de bois à Harwood à la fin des années 1990. Il s'agissait au départ de ventes franco à bord (FAB) dont la livraison était effectuée aux lieux d'entreposage de Timberwest, dans les environs du fleuve Fraser. Harwood prenait livraison des marchandises sur place, en acquérait le titre et en assumait le risque; elle s'occupait à ses frais du transport depuis l'estacade flottante jusqu'à une barge, puis jusqu'à Eureka, en Californie. Timberwest n'avait aucun intérêt à assurer les cargaisons, le risque étant nul. Or, au printemps 2002, des changements sont survenus. Sur le plan financier, les contrats sont demeurés FAB (livraison aux lieux d'entreposage de Timberwest), c'est-à-dire que, comme avant, Harwood s'occupait à ses frais du transport jusqu'à Eureka. En revanche, Timberwest conservait la propriété et supportait le risque jusqu'au paiement, qui n'était exigible qu'à la livraison. Ainsi, la vente était « rendu ex ship » et Timberwest avait manifestement un intérêt assurable dans la cargaison.

[21] Le contrat de transport a été conclu entre Harwood et Pacific Link le 6 novembre 2003. Comme je l'ai mentionné, une partie de la cargaison transportée appartenait à Harwood, mais la plus grande partie appartenait à Timberwest. Timberwest n'a vu le contrat qu'après la perte. Son nom ne figure pas sur le contrat, et j'admets que Pacific Link ne savait pas qu'elle avait un quelconque droit sur la cargaison.

[22] Le taux de fret mentionné comprenait un certain nombre d'inclusions et d'exclusions. Le tarif

said not to include cargo insurance. The contract in its entirety, including the standard towing terms and conditions which were attached, as well as the terms and conditions of the bill of lading form, incorporated but not attached, will be analysed later on in these reasons.

THE INSURANCE POLICY

[23] Timberwest first began to retain title and risk on U.S. bound shipments of logs in November 2001. It wanted insurance coverage, but the shipments were beyond the scope of the policy then in place which its broker, Marsh Canada Ltd., had negotiated with St. Paul and other underwriters. The first of such shipments was to a customer other than Harwood. Timberwest entered into a contract of carriage with Brusco Tug & Barge Inc., an American corporation. The contract provided that neither the vessels utilized nor the carrier would be liable for loss or damage to cargo, or delay in delivery thereof, howsoever arising or resulting even if caused by unseaworthiness or lack of due diligence. All risk marine cargo insurance was to be carried by Timberwest, as shipper, with the carrier to be named as an additional insured, with a full waiver of subrogation.

[24] More specifically, the required insurance policy was to name the carrier and its affiliates as additional insureds and to expressly waive subrogation as against them, any vessel used in the performance of the contract and the master and crew of such vessel.

[25] Timberwest's marine broker, Robert Sikorski of Marsh Canada Ltd. obtained a copy of the contract, commented thereon, and passed same on to St. Paul's underwriter, Chris Wood, who was in its Seattle office. In an e-mail to Mr. Wood, Mr. Sikorski said "we will need to add the carrier as AI on the cargo with a waiver and thirty days notice. However, and I assume this should not be a problem as is customary". St. Paul agreed and by endorsement number 1, added as a condition

excluait expressément l'assurance de la cargaison. Le contrat intégral, y compris les modalités usuelles de remorquage y annexées, ainsi que les conditions figurant au formulaire de connaissance, lesquelles sont incorporées, mais non annexées, seront analysés plus loin dans les présents motifs.

LA POLICE D'ASSURANCE

[23] Timberwest a tout d'abord commencé par conserver le titre et la responsabilité du risque sur les chargements de billes de bois à destination des États-Unis en novembre 2001. Elle voulait assurer ceux-ci, mais ils n'étaient pas couverts par la police que son courtier, Marsh Canada Ltd., avait négociée avec St. Paul et les autres assureurs maritimes. Le premier de ces chargements était destiné à une autre cliente qu'Harwood. Timberwest a conclu un contrat de transport avec Brusco Tug & Barge Inc., une société américaine. Le contrat prévoyait que ni les navires utilisés ni le transporteur ne pourraient être tenus responsables des pertes ou des dommages causés à la cargaison, ou d'un retard dans la livraison, même s'il était attribuable à l'état d'innavigabilité ou à un manque de diligence raisonnable. Une assurance tous risques pour le fret maritime devait être souscrite par Timberwest en tant que chargeur, désigner le transporteur comme assuré additionnel, et comporter une clause de renonciation totale à la subrogation.

[24] Plus précisément, la police d'assurance requise devait désigner le transporteur et ses filiales en tant qu'assurés additionnels et comporter une clause de renonciation à la subrogation contre eux, contre tout navire servant à l'exécution du contrat, et contre le capitaine et l'équipage de ce navire.

[25] Le courtier en assurance maritime de Timberwest, Robert Sikorski, de Marsh Canada Ltd., a obtenu une copie du contrat susmentionné et l'a transmise au souscripteur de St. Paul, Chris Wood, à son bureau de Seattle. Dans un courriel à M. Wood, M. Sikorski a écrit ceci : [TRADUCTION] « Nous devons ajouter le transporteur en tant qu'assuré additionnel pour la cargaison et inclure une clause de renonciation et un préavis de trente jours. Je suppose que cela ne devrait

“additional insured including waiver of subrogation; Brusco Tug & Barge Inc.” An additional premium was charged.

[26] The first shipment pursuant to a sales contract between Timberwest and Harwood in which Timberwest retained title and risk until payment and delivery took place in April 2002. However, in that case, as in all previous and indeed subsequent Harwood shipments, it was Harwood who arranged and paid for carriage. Mr. Sikorski asked Timberwest for a copy of the contract of carriage which it obtained through Harwood’s British Columbia agent, Robeth Holdings Ltd. The evidence is that neither on this occasion nor on any other occasion did anyone at Timberwest, including its treasurer, John Hanbury, who acted as risk manager, pay any attention to the terms and conditions thereof. They simply relied upon Marsh Canada Ltd. to arrange appropriate coverage.

[27] What Mr. Sikorski received was a letter of understanding between Pacific Link and Harwood similar to, but not identical to, the letter covering the later November 2003 shipment and the same attached “standard towing terms and conditions”. He was not provided with, and did not request, a copy of the bill of lading form. Indeed, he only requested a copy after the loss.

[28] By this time St. Paul had in mind writing Vancouver business out of its Vancouver office, rather than out of Seattle. The Seattle underwriter, Chris Wood, was to remain responsible for the negotiation of the renewal of the next annual policy which would commence 1 July 2002, but, St. Paul’s Vancouver underwriter, Patricia Wyka, was copied on correspondence so as to allow her to become more familiar with the insured.

poser aucun problème puisqu’il s’agit d’une pratique courante ». St. Paul a donné son accord et, par l’entremise de l’avenant numéro 1, a ajouté comme condition [TRADUCTION] « assuré additionnel bénéficiant d’une clause de renonciation à la subrogation; Brusco Tug & Barge Inc. ». Une prime supplémentaire a été exigée.

[26] La première expédition effectuée à la suite d’un contrat de vente conclu entre Timberwest et Harwood, et dans lequel Timberwest conservait le titre et la responsabilité du risque jusqu’au paiement et à la livraison, a eu lieu en avril 2002. Cependant, dans ce cas, comme dans toutes les expéditions précédentes et subséquentes effectuées pour Harwood, c’est Harwood qui a pris les mesures nécessaires afin d’assurer le transport et c’est elle qui en a assumé les frais. M. Sikorski a demandé à Timberwest de lui fournir une copie du contrat de transport et il l’a obtenue par l’entremise de l’agent d’Harwood en Colombie-Britannique, Robeth Holdings Ltd. La preuve démontre qu’à cette occasion, ni à aucune autre occasion, les employés de Timberwest, y compris son trésorier, John Hanbury, qui était également gestionnaire des risques, n’ont porté attention aux modalités du contrat. Ils se sont simplement fiés à Marsh Canada Ltd. pour qu’elle souscrive les assurances nécessaires.

[27] M. Sikorski a reçu une lettre d’entente entre Pacific Link et Harwood, laquelle ressemblait, sans être identique, à la lettre concernant l’expédition de novembre 2003. À cette lettre étaient jointes les mêmes [TRADUCTION] « modalités types de remorquage ». Il n’a pas reçu, et n’a pas demandé à recevoir, de copie du formulaire de connaissance. En effet, ce n’est qu’après la perte qu’il a demandé à en avoir une copie.

[28] À cette époque, St. Paul songeait à rédiger les contrats relevant de Vancouver à son bureau de Vancouver, plutôt qu’à son bureau de Seattle. Le souscripteur de Seattle, Chris Wood, conservait la responsabilité des négociations entourant le renouvellement de la police annuelle qui prendrait effet le 1^{er} juillet 2002, mais une copie de la correspondance a été transmise au souscripteur de St. Paul à Vancouver, Patricia Wyka, de façon à lui permettre de mieux connaître l’assuré.

[29] Mr. Sikorski informed both of them by e-mail that he had received a copy of the tug and barge contract between Harwood and Pacific Link and confirmed the contract had the usual customary hold harmless provisions “as to the Carrier/Shipper”. He offered to fax a copy but pointed out that the text was difficult to make out. Mr. Sikorski does not recall sending a copy of the contract to St. Paul. Mr. Wood left St. Paul a number of years ago and did not testify. However, Ms. Wyka reviewed the file and was not able to find a copy. She also stated that she had not personally requested a copy thereof.

[30] It was Mr. Sikorski’s evidence that he was only interested in those portions of the policy which put the customer at risk, risks which could and should be insured against. He only recalls reading the first three paragraphs of the terms and conditions in the section titled “Contracts for towing, moorage, storage or shiphandling”. They indeed contain various non-responsibility and indemnity provisions. However, he said he did not read clause 6 in the section titled “Contracts of Carriage” and never requested or received a copy of the bill of lading form referred to therein. I find as a matter of fact that neither Timberwest, Marsh nor St. Paul, had a copy of the bill of lading at relevant times. As a matter of law, I hold that they are as bound as if they had.

[31] As export shipments were becoming a regular part of Timberwest’s business and could no longer be considered “one off”, effective for the policy year beginning 1 July 2002 and again 1 July 2003, coverage with respect to export logs was specifically dealt with in the marine cargo section of the policy, which stated as an insuring condition “waiver of subrogation against Brusco Tug and Barge Inc., Pacific Link Ocean Services Corporation”.

[29] M. Sikorski les a tous les deux informés par courriel qu’il avait reçu une copie du contrat concernant le remorqueur et la barge conclu entre Harwood et Pacific Link, et a confirmé que le contrat contenait les clauses habituelles d’exonération de responsabilité [TRADUCTION] « à l’égard du transporteur et du chargeur ». Il a offert d’en transmettre une copie par télécopieur, faisant toutefois remarquer que le texte était difficile à lire. M. Sikorski ne se rappelle pas avoir envoyé une copie du contrat à St. Paul. M. Wood ne travaille plus pour St. Paul depuis quelques années et n’a pas témoigné. Cependant, M^{me} Wyka a examiné le dossier et n’a pu trouver de copie. De plus, elle a affirmé qu’elle n’avait pas demandé personnellement de copie du document en question.

[30] Dans son témoignage, M. Sikorski a affirmé qu’il ne s’était intéressé qu’aux parties de la police qui présentaient des risques pour le client, des risques contre lesquels le client pouvait, et devait, être assuré. Il ne se rappelle avoir lu que les trois premiers paragraphes des modalités figurant dans la section intitulée [TRADUCTION] « Contrats de remorquage, d’amarrage, d’entreposage ou de pilotage de navire ». Ils contiennent effectivement un certain nombre de clauses d’exonération des responsabilités et d’indemnisation. Par ailleurs, il a ajouté ne pas avoir lu la clause numéro 6 de la section intitulée « Contrats de transport » et n’avoir jamais demandé ou reçu de copie du formulaire de connaissance dont il est question dans cette disposition. J’estime que la non-possession d’une copie du connaissance par Timberwest, Marsh et St. Paul aux époques pertinentes constitue une question de fait. D’un point de vue juridique, j’estime qu’ils sont liés de la même manière que s’ils en avaient eu une.

[31] L’exportation de marchandises devenait une activité commerciale régulière de Timberwest et ne pouvait plus être considérée comme une « opération ponctuelle »; c’est pourquoi à compter de l’année d’assurance commençant le 1^{er} juillet 2002, et de nouveau le 1^{er} juillet 2003, la protection relative à l’exportation de billes de bois a été expressément intégrée à la section sur le fret maritime de la police d’assurance, qui prévoyait comme condition d’assurance [TRADUCTION] « une renonciation à la subrogation ».

[32] Marine package policy number MARO3\2394, in place from 1 July 2003 and at the time of the loss insured the plaintiff Timberwest under general conditions and a schedule. The schedule had four sections: hull and machinery, primary marine liabilities, marine cargo and excess marine liabilities. Of interest are parts of the general conditions and that part of the marine cargo section dealing with export logs, but first we must ask:

DO THE HAGUE-VISBY RULES APPLY?

[33] This first question posed by the parties has three components. Is the plaintiff bound by the terms and conditions of the contract agreed upon between Pacific Link and Harwood? If so, was the shipment “covered” by a bill of lading, which in turn was subject to the Hague-Visby Rules? The parties agree that Timberwest, and through it, St. Paul, are bound by the Harwood contract. Pacific Link says this is so because Timberwest was Harwood’s undisclosed principal with respect to that portion of the shipment Timberwest owned. Timberwest would rather not commit itself at this stage as to precisely why it is bound. It wants to be bound because the Hague-Visby Rules provide that a benefit of the insurance clause is null and void. Such a clause is otherwise enforceable at common law as long as privity of contract and third-party beneficiary issues are overcome. Timberwest is faced with two recent Supreme Court cases which at first glance do not appear to support its position (*London Drugs*, above; and *Fraser River*, above).

[34] Pacific Link is correct in characterizing Timberwest as Harwood’s undisclosed principal. I need go no further than to refer to the definition of “agency” by Professor Fridman, above, and to *Pyrene Co. Ltd. v.*

contre Brusco Tug and Barge Inc., Pacific Link Ocean Services Corporation ».

[32] La police d’assurance maritime numéro MARO3\2394, en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2003 et au moment de la perte, protégeait la défenderesse Timberwest en vertu des conditions générales et d’une annexe. L’annexe comptait quatre parties : la coque et les machines, la responsabilité de premier rang en matière maritime, le fret maritime, et la responsabilité complémentaire en matière maritime. Certains passages des conditions générales, ainsi que la partie sur le fret maritime qui traite de l’exportation des billes de bois sont importants, mais avant tout, nous devons nous poser les questions suivantes :

LES RÈGLES DE LA HAYE-VISBY S’APPLIQUENT-ELLES?

[33] La première question posée par les parties comporte trois volets. La défenderesse est-elle liée par les modalités du contrat conclu entre Pacific Link et Harwood? Si oui, le chargement a-t-il été « constaté » par un connaissement, lui-même assujéti aux Règles de La Haye-Visby? Les parties conviennent que Timberwest, et par son entremise, St. Paul, sont liées par le contrat d’Harwood. Pacific Link affirme qu’il en est ainsi parce que Timberwest était le commettant non-déclaré d’Harwood quant à la partie du chargement qui appartenait à Timberwest. Timberwest préférerait ne pas prendre position à cette étape du procès sur la raison précise pour laquelle elle est liée. Elle tient à être liée parce que les Règles de La Haye-Visby prévoient qu’une clause cédant le bénéfice de l’assurance au transporteur est nulle et non avenue. Par ailleurs, une telle clause a force exécutoire en common law à condition que les questions relatives au lien contractuel et aux tiers bénéficiaires soient résolues. Timberwest se heurte à deux arrêts récents de la Cour suprême qui, à première vue, ne semblent pas étayer sa thèse (*London Drugs*, précité; et *Fraser River*, précité).

[34] Pacific Link a raison de qualifier Timberwest de commettant non déclaré d’Harwood. Je ne peux que rappeler la définition de « mandat » donnée par le professeur Fridman, et citée ci-dessus, et renvoyer à la

Scindia Navigation Co. Ltd., [1954] 2 Q.B. 402. The commercial reality is that Timberwest was an undisclosed principal and bound to the contract between Pacific Link and Harwood. *Pyrene* is the authority for the proposition that an FOB seller of cargo, damaged by the carrier before title passes, is subject to the contract of carriage as an undisclosed principal. It is also authority for the proposition that a shipment is covered by a bill of lading if one was intended to be issued, even if not actually issued. See also *Anticosti Shipping Co. v. St. Amand*, [1959] S.C.R. 372.

[35] The parties disagree as to whether the bill of lading would have been subject to the Hague-Visby Rules. The Rules may be incorporated by contract or forced upon the parties by operation of law. Incorporation by contract would not help Timberwest. Although the contract clearly indicates that Pacific Link intended to claim all the benefits of the Hague-Visby Rules or the United States COGSA [*Carriage or Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. T300 (2006)], which is a modified version of the older Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, 25 August 1924*], the contract clearly stated that it accepted none of the liabilities imposed thereby with respect to cargo carried on deck. Thus, we have to consider whether the Hague-Visby Rules apply by operation of law.

[36] It is common ground that all the logs were shipped on deck on this, and on previous voyages. Indeed, it has been admitted that there was no other way to carry logs on the *Ocean Oregon*. Timberwest must establish that the contract provided for the issuance of a bill of lading. The first part, the letter of undertaking, is silent save that it incorporates what is called in one part “attached Terms and Conditions” and in another, “subject to Pacific Link’s standard towing terms and conditions as attached.” It is not enough that Harwood and Timberwest knew and consented that the cargo would be carried on deck. An additional requirement to oust the application of the Hague-Visby Rules is that the bill of lading so specifically states. Although Timberwest

décision *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402. La réalité commerciale veut que Timberwest soit un commettant non-déclaré et soit liée au contrat conclu entre Pacific Link et Harwood. La décision *Pyrene* consacre le principe selon lequel un vendeur d’une cargaison FAB, endommagée par le transporteur avant le transfert du titre de propriété, est assujéti au contrat de transport en tant que commettant non déclaré. Cette décision permet également d’affirmer qu’un chargement est constaté par un connaissance s’il était prévu qu’il en soit délivré un, même s’il n’a jamais réellement été délivré. Voir également *Anticosti Shipping Co. v. St-Amand*, [1959] R.C.S. 372.

[35] Les parties ne s’entendent pas quant à la question de savoir si le connaissance est assujéti aux Règles de La Haye-Visby. Celles-ci peuvent être incorporées par contrat ou avoir été imposées aux parties de plein droit. L’incorporation par contrat ne serait pas à l’avantage de Timberwest. Bien que le contrat indique clairement que Pacific Link voulait se prévaloir de tous les avantages des Règles de La Haye-Visby ou de la COGSA des États-Unis [*Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. § 1300 (2006)], version modifiée de l’ancienne version des Règles de La Haye [*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924*], il stipule expressément qu’elle n’acceptait aucune des responsabilités imposées à l’égard des cargaisons transportées sur le pont. La Cour doit donc décider si les Règles de La Haye-Visby s’appliquent de plein droit.

[36] Il est bien établi que toutes les billes de bois étaient transportées sur le pont au cours de l’expédition en cause, ainsi qu’au cours des expéditions précédentes. En effet, il a été admis qu’il n’existait aucune autre façon de transporter des billes de bois sur l’*Ocean Oregon*. Timberwest doit démontrer que le contrat prévoyait la délivrance d’un connaissance. La première partie, la lettre de garantie, est muette à ce sujet, sauf qu’elle inclut ce qu’elle nomme dans une partie [TRADUCTION] les « Modalités annexées » et dans une autre, [TRADUCTION] « sous réserve des modalités habituelles de remorquage de Pacific Link telles qu’annexées ». Il ne suffit pas qu’Harwood et Timberwest aient su que la cargaison serait transportée en pontée, ou qu’ils y aient consenti. Il

submits that the contract was sufficiently clear to import the notion of the issuance of a bill of lading, it was not clear enough to then oust the application of the Rules by means of an on-deck bill of lading. It suggests that many of the exclusionary and limitation clauses are so contradictory that it is not clear on what basis the cargo was carried. That is an argument best saved for the liability portion of the trial. I limit my interpretation of the contract to those issues which are currently before me as there has been no evidence whatsoever as to the circumstances of the loss.

[37] The document attached to the letter of understanding is actually titled “Terms and Conditions (effective February 2002) Contract subject to the following conditions”. There are three subheadings. The first “Contracts for Towing, Moorage, Storage or Shiphandling” comprises the first five paragraphs. The second, “Contracts of Carriage”, contains paragraph 6 and the third, containing paragraph 7, deals with environmental matters.

[38] Mr. Sikorski only read the first few clauses under the section relating to towing, moorage, storage and shiphandling. Although that section refers to contracts for services and does provide that neither Pacific Link nor its servants, agents and subcontractors would be liable for any loss howsoever caused even through negligence or gross negligence and has a hold-harmless provision, it is only Clause 6, under the subheading “Contracts of carriage” which deals with bills of lading. Timberwest cannot assert that a bill of lading would have been issued without relying on Clause 6, the first portion of which reads:

All contracts of carriage shall be governed by the terms and conditions of the Pacific Link Ocean Services Corp. standard form Bill of Lading as amended from time to time and shall apply whether or not such Bill of Lading is actually issued in respect of any particular cargo. Where a bill of cargo is not issued the Customer agrees that the issue of a Bill of Lading is contemplated by the contract of carriage. The Bill of Lading is

faut également que le connaissement le prévoie pour exclure l’application des Règles de La Haye-Visby. Timberwest soutient que le contrat était suffisamment clair pour introduire la notion de la délivrance d’un connaissement, mais il ne l’était pas assez pour exclure l’application des Règles au moyen d’un connaissement délivré pour des marchandises en pontée. Cela laisse croire que plusieurs des clauses d’exclusion et de limitation de responsabilité sont si contradictoires qu’il est impossible d’affirmer avec précision sur quelle base la cargaison a été transportée. C’est un argument qu’il convient de réserver pour l’étape du procès qui portera sur la responsabilité. Je limite mon interprétation du contrat aux questions qui ont été soulevées devant moi, étant donné qu’aucun élément de preuve n’a été produit quant aux circonstances de la perte.

[37] Le document annexé à la lettre d’entente est intitulé [TRADUCTION] « Modalités (en vigueur à compter de février 2002) Contrat assujetti aux conditions suivantes » et comporte trois sous-titres. Le premier, [TRADUCTION] « Contrats pour le remorquage, l’amarrage, l’entreposage ou la manoeuvre des navires », comprend les cinq premiers paragraphes. Le deuxième, [TRADUCTION] « Contrats de transport », comprend le paragraphe 6, et le troisième, qui comprend le paragraphe 7, traite de questions environnementales.

[38] M. Sikorski n’a lu que les premières clauses de la section traitant du remorquage, de l’amarrage, de l’entreposage et de la manoeuvre des navires. Cette partie fait référence aux contrats d’entreprise, dispose que ni Pacific Link ni ses employés, agents ou sous-traitants ne sont responsables des pertes, qu’elle qu’en soit la cause, même de celles attribuables à la négligence ou à une faute lourde, et contient une clause d’indemnisation, mais seule la clause 6, sous la rubrique [TRADUCTION] « Contrats de transport », traite des connaissements. Timberwest ne peut prétendre qu’un connaissement aurait été délivré sans invoquer la clause 6, dont la première partie est ainsi libellée :

[TRADUCTION] Tous les contrats de transport sont régis par les modalités contenues dans le formulaire-type de connaissement utilisé par Pacific Link Ocean Services Corp., tel que modifié de temps à autre, et s’appliquent peu importe qu’un connaissement ait été délivré à l’égard de marchandises en particulier. Lorsqu’aucun connaissement n’a été délivré, le client convient que la délivrance du connaissement est prévue

pursuant to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001 c.6, or where applicable, the United States *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. § 1300, *et seq.* Copy of the full standard Bill of Lading can be obtained from the offices of Pacific Link Ocean Services Corp. or by fax at 604-522-5197. **The Bill of Lading contains provisions which limit or exclude the liability of Pacific Link Oceans Services Corp. ...**

[39] The bill of lading provides, *inter alia*, in bold print on its face:

**ALL GOODS ARE CARRIED ON DECK AT
SHIPPER'S RISK
(see Clause 9 on reverse or attached hereto)**

[40] Clause 9 titled "Deck Cargo" provides that "all cargo is carried on deck unless otherwise expressly stated in this Bill of Lading". It was Mr. Brown's testimony that the only under-deck cargo which could be carried on the *Ocean Oregon* was liquid cargo in tanks.

[41] Thus Timberwest cannot rely on the contract to submit that the shipment was covered by a bill of lading, without at the same time acknowledging that it would have been an on-deck bill of lading. It suggests, as is quite true, that if the on-deck statement were to be deleted from the bill of lading then the Hague-Visby Rules were applicable by operation of law, notwithstanding that the goods were carried on deck. However, clause 9 provides that cargo is carried on deck unless otherwise expressly stated. An express statement to the effect that the cargo was carried under deck would constitute a fraud on innocent purchasers of the bill of lading as a negotiable document. A deletion of the on-deck statement on the front of the bill of lading would be an amendment to the contract which had already been made, an amendment which obviously in the circumstances had not been agreed.

[42] Consequently, I have no difficulty in holding that the waiver of subrogation is not null and void and of no

par le contrat de transport. Le connaissance est conforme à la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001 ch.6, ou le cas échéant, à la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis, 46 U.S.C. 1300, *et seq.* Il est possible de se procurer une copie du connaissance-type par l'entremise des bureaux de Pacific Link Ocean Services Corp. ou par télécopieur au 604-522-5197. **Le connaissance comporte des dispositions qui limitent ou excluent la responsabilité de Pacific Link Oceans Services Corp. [...]**

[39] Le connaissance prévoit, entre autres, en caractères gras au recto :

[TRADUCTION] **TOUTES LES MARCHANDISES
SONT TRANSPORTÉES EN PONTÉE AU
RISQUE DU CHARGEUR
(voir clause 9 au verso ou en annexe)**

[40] La clause 9, intitulée [TRADUCTION] « Cargaison en pontée », prévoit que [TRADUCTION] « à moins que le présent connaissance ne fasse expressément mention du contraire, toutes les marchandises sont transportées en pontée ». Dans son témoignage, M. Brown a affirmé que l'*Ocean Oregon* ne pouvait transporter en cale que du fret liquide dans des réservoirs.

[41] Ainsi, Timberwest ne peut s'appuyer sur le contrat pour faire valoir que le chargement était constaté par un connaissance sans reconnaître par la même occasion que le connaissance aurait été délivré pour une cargaison en pontée. Elle laisse entendre, et elle a raison, que si l'on retirait la mention « cargaison en pontée », les Règles de La Haye-Visby s'appliqueraient de plein droit, et ce, même si les marchandises étaient transportées sur le pont. Cependant, la clause 9 prévoit que la cargaison est transportée en pontée à moins qu'il ne soit expressément fait mention du contraire. Une mention expresse selon laquelle la cargaison a été transportée dans la cale constituerait une fraude envers l'acheteur innocent qui pourrait vouloir se porter acquéreur du connaissance, puisqu'il s'agit d'un titre négociable. Supprimer la mention « transportée en pontée » au recto du connaissance reviendrait à modifier un contrat déjà conclu, modification à laquelle, dans les circonstances, les parties n'ont manifestement pas consenti.

[42] Par conséquent, je conclus sans difficulté que la clause de renonciation à la subrogation n'est pas nulle,

effect by virtue of application of the Hague-Visby Rules. Pacific Link submits that in any event such a waiver does not constitute a benefit of insurance. Leaving aside the point that Pacific Link is also an additional insured, as shall be explained below, I cannot accept this proposition which it derives from the decision of United States Court of Appeals, Fifth Circuit, in *Fluor Western, Inc. v. G & H Offshore Towing Co. Inc.*, 447 F.2d 35 (5th Cir. 1971). That case dealt with the loss of cargo not subject to the U.S. COGSA, or the U.S. *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 190 (2006)]. Thus, it does not stand for the proposition that a waiver of subrogation clause is not invalidated by the Hague-Visby Rules. It does, however, stand for the proposition that if underwriters waive their subrogation rights, not via a contract of carriage, but only by a later independent agreement which they reached with the cargo owner, then the waiver is valid. As I have reached my conclusion by way of a different route, I think it better not to consider this point. What, for instance, would the situation be if Timberwest endorsed the bill of lading to an innocent third party for value on an FOB basis rather than a CIF [cost, insurance and freight] basis. In that case, the certificate of insurance would not have been endorsed over to a purchaser, who presumably would have taken out its own insurance which likely would not have contained a waiver of subrogation clause.

[43] Another of Pacific Link's arguments is that it is not a third-party beneficiary at all. It submits that it was a requirement of the contract of carriage that the shipper take out insurance for its benefit. It relies on such decisions as that the Ontario Court of Appeal in *St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 321. In that case, a barge ran aground due to the negligence of the tug boat operator. The barge owner had placed insurance on the barge and her cargo, which included coverage for the tug boat operator's negligence. The tug contract provided that the barge owner would be "responsible for insurance on the barge and its cargo". In context, the Ontario Court of Appeal held that the proper inference to be drawn was that the parties intended that the tug operator be a co-insured.

non avenue et sans effet par l'application des Règles de La Haye-Visby. Pacific Link fait valoir que, dans tous les cas, une telle renonciation ne constitue pas un bénéfice de l'assurance. Mis à part le fait que Pacific Link est également un assuré additionnel, comme je l'expliquerai plus loin, je ne peux souscrire à cet argument, tiré de l'arrêt *Fluor Western, Inc. v. G & H Offshore Towing Co. Inc.*, 447 F.2d 35 (5th Cir. 1971) de la United States Court of Appeals, Fifth Circuit. Cette affaire portait sur la perte d'une cargaison qui n'était pas assujettie à la COGSA ou à la *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 190 (2006)] des États-Unis. Par conséquent, elle ne permet pas de conclure qu'une clause de renonciation à la subrogation n'est pas invalidée par les Règles de La Haye-Visby. Elle permet par contre de conclure que la renonciation est valide si les assureurs maritimes renoncent à leur droit de subrogation, non pas par contrat de transport, mais uniquement par un accord indépendant conclu ultérieurement avec le propriétaire de la cargaison. Comme je suis arrivé à cette conclusion par un raisonnement différent, j'estime qu'il vaut mieux ne pas prendre cet élément en considération. Que serait-il arrivé si, par exemple, Timberwest avait endossé le connaissance en faveur d'un tiers innocent contre valeur sur une base FAB plutôt que sur une base CAF [coût, assurance et fret]? Dans ce cas, le certificat d'assurance n'aurait pas été endossé en faveur de l'acheteur parce que ce dernier aurait plutôt contracté sa propre assurance, qui n'aurait sans doute pas comporté de clause de renonciation à la subrogation.

[43] De plus, Pacific Link soutient qu'elle n'a pas du tout le statut de tiers bénéficiaire. Elle fait valoir que le contrat de transport exigeait que le chargeur souscrive une assurance en sa faveur. Elle s'appuie sur des décisions comme celle rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 321. Dans cette affaire, une barge s'est échouée à cause de la négligence du pilote du remorqueur. Le propriétaire de la barge avait contracté une assurance pour la barge et la cargaison, laquelle incluait une protection contre la négligence du pilote du remorqueur. Le contrat du remorqueur prévoyait que le propriétaire de la barge serait [TRADUCTION] « responsable de l'assurance de la barge et de sa cargaison ». Dans ce contexte, la Cour d'appel de l'Ontario a estimé qu'il convenait de conclure

[44] In this case, the contract of carriage simply says: “Rate does not include: . . . cargo insurance”. The words mean exactly what they appear to mean. Mr. Brown, Pacific Link’s president, testified that on occasion customers would not have their own insurance in place so Pacific Link, as a courtesy, would as agent arrange that insurance and pass on the cost as a separate item. As aforesaid, Pacific Link had no idea that Timberwest was interested in the cargo and that it had named it in its marine insurance policy.

[45] The letter of understanding between Pacific Link and Harwood for the April 2002 shipment is somewhat more ambiguous. Therein it was stated:

Rate does not include:

- Cargo insurance excepting as follows: insurance and deductible costs to be split 50-50 between Harwood and Pacific Link if Harwood cannot insure the cargo under its original terms and conditions as provided in the December 28, 2001 Letter of Undertaking.

[46] However, the December 2001 letter was not proffered in evidence. Rather, the evidence is that Harwood did manage to take out insurance. That policy is not in evidence, and I am not prepared, on the balance of probabilities, to find that Harwood (be it on its own account or as Timberwest’s agent) ever agreed to take out insurance for Pacific Link’s benefit.

[47] However, should I have misconstrued the contract of carriage in that the reference to the rate not including insurance was a requirement that the shipper actually take out insurance for the carrier’s benefit, and if the bill of lading would not have stated that the cargo was actually carried on deck, then, even though the bill of lading was not negotiated to a third party without notice, the waiver would be invalid (*St-Siméon Navigation Inc. v. Couturier*, [1974] S.C.R. 1176).

que les parties voulaient que le pilote du remorqueur soit un coassuré.

[44] En l’espèce, le contrat d’assurance mentionne seulement : « Le tarif n’inclut pas [...] l’assurance pour la cargaison. » Ces mots signifient exactement ce qu’ils sous-entendent. Dans son témoignage, M. Brown, le président de Pacific Link, a affirmé qu’il arrivait que certains clients ne désiraient pas utiliser leur propre assurance; c’est pourquoi Pacific Link, par courtoisie, s’occupait de souscrire une assurance en tant que mandataire et facturait les coûts séparément. Comme je l’ai dit, Pacific Link ne savait pas que Timberwest avait un droit sur la cargaison et l’avait désignée dans sa police d’assurance maritime.

[45] La lettre d’entente conclue entre Pacific Link et Harwood pour l’expédition du mois d’avril 2002 est un peu plus ambiguë. Il y est mentionné ce qui suit :

[TRADUCTION] Le tarif n’inclut pas :

- l’assurance pour la cargaison, excepté ce qui suit : les frais associés à l’assurance et à la franchise seront séparés également entre Harwood et Pacific Link si Harwood ne peut assurer la cargaison selon les modalités initiales prévues à la lettre de garantie du 28 décembre 2001.

[46] Cependant, la lettre de décembre 2001 n’a pas été soumise en preuve. La preuve démontre plutôt qu’Harwood est parvenue à souscrire une assurance. Cette police ne figure pas parmi les éléments de preuve, et je ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu’Harwood (de son propre chef ou en tant que mandataire de Timberwest) ait vraiment accepté de souscrire une assurance au bénéfice de Pacific Link.

[47] Cependant, dans le cas où j’aurais mal interprété le contrat de transport, à savoir que la mention selon laquelle le tarif n’incluait pas l’assurance était en vérité une exigence voulant que l’expéditeur souscrive une police d’assurance au bénéfice du transporteur, et si le connaissement n’avait pas indiqué que la cargaison était transportée en pontée, alors, même si le connaissement n’avait pas été cédé à un tiers sans préavis, la clause de renonciation serait invalide (*St-Siméon Navigation Inc. c. Couturier*, [1974] R.C.S. 1176).

[48] Since there is no Canadian case law on point, or indeed case law from anywhere that counsel could find, I think this issue deserves comment. In Strathy (now Mr. Justice) and Moore, *The Law and Practice of Marine Insurance in Canada* (Markham: LexisNexis Butterworths, 2003), at pages 202 and 250, the authors opine that a benefit of insurance clause is invalid as being contrary to the Hague-Visby Rules. Indeed, this is precisely why the defendants submit that the shipment was not subject to those Rules. In *Carver on Bills of Lading*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2005), the authors at paragraph 9-201 on page 602 simply state that the benefit of insurance clause not only covers clauses purporting to entitle the carrier to the benefit of the cargo owner's insurance but also exceptions in respect of losses which can be covered by insurance and clauses that would make the carriers not liable for losses reimbursed by cargo underwriters. In Scrutton, above, at page 441, it is said that a benefit of insurance clause is one through which a shipowner is to have benefits of any insurance effected by the owner of the goods. The learned authors of all three texts cite no cases directly on point. However, I agree with their reasoning. Indeed, one would have thought the proposition to be self-evident.

DO THE DEFENDANTS BENEFIT FROM THE INSURANCE POLICY?

[49] Although the questions jointly submitted by the parties suggest that if the Court reached this stage the question was only whether the defendants other than Pacific Link benefit from Timberwest's insurance policy, the circumstances are such that the question applies to Pacific Link as well.

[50] Pacific Link was specifically and individually named in the St. Paul policy and thus benefits from the waiver of subrogation found in that portion of section 3

[48] Comme il n'existe aucune jurisprudence canadienne sur ce point (en fait, l'avocat n'a trouvé aucune jurisprudence d'ailleurs non plus), j'estime que cette question mérite d'être commentée. Dans l'ouvrage de Strathy (maintenant juge) et Moore, *The Law and Practice of Marine Insurance in Canada* (Markham : LexisNexis Butterworths, 2003), aux pages 202 et 250, les auteurs expriment l'opinion qu'une clause cédant le bénéfice de l'assurance est invalide parce qu'elle contrevient aux Règles de La Haye-Visby. En effet, c'est pour cette raison précise que les défendeurs soutiennent que le chargement n'était pas assujéti aux Règles. Dans *Carver on Bills of Lading*, 2^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2005), les auteurs affirment simplement, à la page 602, paragraphe 9-201, que la clause cédant le bénéfice de l'assurance ne vise pas seulement les clauses qui permettraient au transporteur de bénéficiaire de l'assurance du propriétaire de la cargaison, mais également les exceptions applicables aux pertes pouvant être couvertes par l'assurance et les clauses qui exonéreraient les transporteurs de toute responsabilité en cas de pertes remboursées par les assureurs de la cargaison. Dans Scrutton, susmentionné, à la page 441, il est écrit qu'une clause cédant le bénéfice de l'assurance est une clause qui permet au propriétaire d'un navire de bénéficiaire de toute assurance souscrite par le propriétaire des marchandises. Ces trois auteurs éminents ne citent aucune décision portant précisément sur cette question. Cependant, je souscris à leur raisonnement. En effet, il y a lieu de croire que la proposition va de soi.

LES DÉFENDEURS BÉNÉFICIENT-ILS DE LA POLICE D'ASSURANCE?

[49] Les questions soumises conjointement par les parties laissent entendre que si le procès atteignait la présente étape, il s'agirait seulement de déterminer si les défendeurs, autres que Pacific Link, bénéficiaire de la police d'assurance de Timberwest; or, les circonstances sont telles que la question s'applique également à Pacific Link.

[50] Pacific Link a été nommément désignée dans la police de St. Paul et bénéficie donc de la renonciation à la subrogation figurant dans la partie de la section 3

of the policy dealing with export logs. Timberwest, through its broker, Mr. Sikorski, specifically requested that waiver. Pacific Link was performing the very services provided for in the contract of carriage when the loss occurred. Consequently, it is clearly a third-party beneficiary and is entitled to enforce the “waiver of insurance” clause in its own right as per *London Drugs* and *Fraser River*, notwithstanding that it had not required Timberwest to have such a clause inserted and notwithstanding that it knew nothing of the insurance policy until after the loss. In *Fraser River*, the beneficiary, Can-Dive, likewise was unaware of the policy. Furthermore, it only fell within a generic class, the class of “charterers”. In this case, Pacific Link is actually named. However, the question remains whether the other defendants are also entitled to benefit from Timberwest’s policy.

[51] Turning first to the individual defendants, Captain Hemeon and Messrs. Sinclair and McLean, it had been held in *London Drugs* that a limitation of liability in favour of the defendant Kuehne & Nagel as “warehouseman” implicitly extended to its employees as it could only warehouse the goods through them. Indeed in bailment contracts, be they warehouse or carriage contracts, some flesh and blood must be involved. As Viscount Haldane said long ago in *Lennard’s Carrying Co., Ltd. v. Asiatic Petroleum Co., Ltd.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), at page 713: “a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own”. The provision in the contract of carriage that Pacific Link would provide crane operators simply meant that as between it and its customers, crane operations were Pacific Link’s responsibility. It does not follow that the crane operators, although under its direction, were its employees. The evidence is clear that the individual defendants were employees of the owners of the tug and barge. These were Canadian corporations and it was important for workers’ compensation and employment insurance purposes that they worked for Canadian corporations. For Canadian tax purposes, Pacific Link was a Barbadian company operating in the international sphere. Although all three corporate defendants are

de la police qui porte sur l’exportation des billes de bois. Timberwest, par l’intermédiaire de son courtier, M. Sikorski, a expressément demandé à ce que cette clause de renonciation figure dans la police. Lorsque la perte est survenue, Pacific Link offrait précisément les services qui étaient décrits dans le contrat de transport. Ainsi, elle est manifestement un tiers bénéficiaire et elle peut de plein droit se prévaloir de la clause de renonciation à la subrogation, conformément aux arrêts *London Drugs* et *Fraser River*, et ce, même si elle n’avait pas exigé l’inclusion de cette clause à Timberwest et qu’elle ne savait rien de la police d’assurance avant que ne survienne la perte. Dans *Fraser River*, la bénéficiaire, Can-Dive, ignorait également l’existence de la police d’assurance. De plus, elle n’appartenait qu’à une catégorie générale, celle des « affréteurs ». En l’espèce, Pacific Link a été nommément désignée. Cependant, il reste à décider si les autres défendeurs ont également le droit de bénéficier de la police de Timberwest.

[51] Je me pencherai d’abord sur le cas des défendeurs à titre individuel : le capitaine Hemeon, MM. Sinclair et McLean. Il a été décidé dans *London Drugs* qu’une clause limitative de responsabilité en faveur de la défenderesse, Kuehne & Nagel, en tant qu’« entreposeur » s’étendait implicitement à ses employés puisqu’elle devait nécessairement faire appel à eux pour entreposer les marchandises. En effet, les contrats de dépôt, soit d’entreposage ou de transport, supposent la participation de personnes en chair et en os. Comme l’a dit il y a longtemps le vicomte Haldane dans *Lennard’s Carrying Co., Ltd. v. Asiatic Petroleum Co., Ltd.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), à la page 713: [TRADUCTION] « une compagnie est une abstraction. Dénuée de corps et d’esprit ». La disposition du contrat de transport stipulant que Pacific Link fournirait les opérateurs de grue signifiait simplement que, entre elle et ses clients, Pacific Link assumait la responsabilité des travaux nécessitant l’utilisation de grues. Ce qui ne veut pas dire que les opérateurs de grue, même s’ils travaillaient sous son autorité, étaient ses employés. La preuve démontre clairement que les défendeurs à titre individuel étaient des employés des propriétaires du remorqueur et de la barge. Ces derniers étaient des sociétés canadiennes et il était important, pour des questions d’indemnisation en matière d’accidents de

related, I am not prepared to pierce the corporate veil, much less tear it asunder. There were valid commercial reasons why Messrs. Brown and Jackson operated a number of separate companies.

[52] Thus on a narrow reading of *London Drugs*, neither the individual defendants nor the other corporate defendants are employees. However, as subsequently noted in *Fraser River*, *London Drugs* was not intended to limit the relaxation of the rule pertaining to third-party beneficiaries to employees. In *Fraser River*, the third-party beneficiary, Can-Dive, was in an arms' length relationship with the plaintiff. What is noteworthy, however, is that such employees or independent contractors that Can-Dive may have used to perform the contract were not sued, unlike the situation in this case.

[53] *London Drugs* and *Fraser River* must be considered in the light of their great precursor, *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R.752 (*Buenos Aires Maru*). That case approved the Himalaya clause. In *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep 267 (C.A.) (the *Himalaya*), Mrs. Adler was injured while boarding the steamship *Himalaya* as a passenger. The conditions in her ticket appeared to exempt the carrier from liability. She therefore sued the Master and Boatswain on the basis that they were personally negligent. Lord Denning held that the law permitted a carrier to stipulate exemptions from liability not only for himself but also for those whom he engages to carry out the contract, and that this can be done by necessary implication as well as by express language. In that case, however, the carrier had not purported to stipulate for those who actually performed the contract and so it was held that the Master and Boatswain could not rely on the exceptions in the passenger ticket.

travail et d'assurance-emploi, qu'ils travaillent pour des sociétés canadiennes. Aux fins de l'impôt canadien, Pacific Link était une société de la Barbade dont les activités sont internationales. Bien que les trois sociétés défenderesses soient liées, je ne suis pas disposé à percer le voile corporatif, encore moins à le déchirer. Des raisons commerciales valables justifiaient MM. Brown et Jackson d'exploiter plusieurs sociétés distinctes.

[52] Ainsi, selon une interprétation stricte de l'arrêt *London Drugs*, ni les défendeurs à titre individuel ni les autres sociétés défenderesses ne sont des employés. Cependant, comme la Cour suprême l'a subséquemment fait remarquer dans *Fraser River*, l'arrêt *London Drugs* ne visait pas à ce que seuls les employés bénéficient de l'assouplissement de la règle relative au tiers bénéficiaire. Dans *Fraser River*, le tiers bénéficiaire, Can-Dive, n'avait pas de lien de dépendance avec le demandeur. Cependant, il convient de noter que les employés ou les entrepreneurs indépendants auxquels Can-Dive peut avoir fait appel pour exécuter le contrat n'ont pas été poursuivis, contrairement à la situation en l'espèce.

[53] Les arrêts *London Drugs* et *Fraser River* doivent être analysés à la lumière de leur grand précurseur, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S.752 (*Buenos Aires Maru*). Cet arrêt a sanctionné la clause Himalaya. Dans *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep 267 (C.A.) (l'affaire *Himalaya*), M^{me} Adler, passagère du navire à vapeur *Himalaya*, s'est blessée en montant à bord. Les conditions inscrites sur son billet semblaient exonérer le transporteur de toute responsabilité. Elle a donc poursuivi le capitaine et le maître d'équipage pour négligence personnelle. Lord Denning a conclu que la loi permettait au transporteur de prévoir des exonérations de responsabilité non seulement à son égard, mais également à l'égard des personnes engagées pour l'exécution du contrat, et que cela pouvait être fait par déduction nécessaire ou par disposition expresse. Or, dans cette affaire, le transporteur n'avait pas eu l'intention de stipuler au bénéfice des personnes ayant réellement participé à l'exécution du contrat, de sorte que le capitaine et le maître d'équipage ne pouvaient pas se prévaloir des exceptions inscrites sur le billet de la passagère.

[54] Since then, benefits have been successfully extended to employees, servants, agents and sub-contractors by means of a Himalaya clause. Clause 14 of the bill of lading is a short form thereof. It reads:

Every employee, agent and independent contractor of the Carrier, and the owner, operator, manager, charterer, master, officers and crew members of any other vessels owned or operated by related or unrelated companies, and stevedores, longshoremen, terminal operators and others used and employed by the Carrier in the performance of its work and services shall be beneficiaries of this Bill of Lading and shall be entitled to all defences, exemptions and immunities from the limitations of liability which the Carrier has under the provisions of this Bill of Lading and, in entering into this contract, the Carrier to the extent of those provisions, does so not only on its own behalf but also as agent and trustee for each of the persons and companies described herein, all of whom shall be deemed parties to the contract evidenced by this Bill of Lading.

[55] This agency approach makes all the defendants party to the contract evidenced by the Pacific Link bill of lading. Privity of contract and third-party beneficiary issues are thus overcome, albeit somewhat artificially. *London Drugs* dealt with extension of benefits by implication, not by the express wording of the Himalaya clause.

[56] Timberwest forcefully argues that many of the clauses in the contract of carriage are contradictory. However, these are arguments best left to the liability portion of the trial. I refer to them simply to ascertain whether the reference to Pacific Link in the insurance policy is limited to Pacific Link as such, or to whether the reference extends to the co-defendants in their capacity as shipowners, master, officers, crew and stevedores concerned in the carriage of the cargo.

[57] Two arguments are advanced as to why the defendants other than Pacific Link benefit from Timberwest's insurance. The first, as aforesaid, is that the following wording in section 3 D "Export Logs", by necessary implication applies to them:

[54] Depuis, les bénéficiaires ont été successivement étendus aux employés, préposés, agents et sous-traitants grâce à la clause Himalaya. La clause 14 du connaissement est une version abrégée de cette dernière. Elle est libellée comme suit :

[TRADUCTION] Les employés, agents et entrepreneurs indépendants du transporteur, ainsi que les propriétaires, exploitants, armateurs, affrèteurs, capitaines, officiers et membres d'équipage de tout autre navire qui est la propriété d'une société liée ou non, ou dont une telle société assure l'exploitation, les manutentionnaires, débardeurs et toute autre personne employée par le transporteur pour l'exécution de ses travaux ou services sont bénéficiaires du présent connaissement et ont droit à tout moyen de défense, exemption et immunité découlant de l'exonération de responsabilité accordée au transporteur par le présent connaissement et, dans la mesure des présentes dispositions, le transporteur conclut le présent contrat non seulement en son propre nom, mais également en qualité de mandataire et de fiduciaire de chacune des personnes et des sociétés décrites aux présentes, chacune d'elles étant réputée être partie au contrat constaté par le présent connaissement.

[55] Cette approche fondée sur le mandat fait que tous les défendeurs sont parties au contrat constaté par connaissement de Pacific Link. Les questions du lien contractuel et du tiers bénéficiaire sont par conséquent réglées, bien que de manière un peu artificielle. *London Drugs* portait sur l'extension implicite des bénéficiaires, et non sur leur extension par le libellé explicite de la clause Himalaya.

[56] Timberwest soutient vigoureusement que plusieurs clauses du contrat de transport sont contradictoires. Cependant, il est préférable de traiter de cet argument à l'étape du procès qui portera sur la responsabilité. Je n'en parle que pour déterminer si la mention de Pacific Link dans la police d'assurance se limite à Pacific Link, ou si elle s'étend aux codéfendeurs en leur qualité de propriétaires, capitaine, officiers, membres d'équipage et manutentionnaires ayant participé au transport de la cargaison.

[57] Deux arguments sont soulevés afin d'expliquer pourquoi les défendeurs, autres que Pacific Link, bénéficient de l'assurance de Timberwest. Comme je l'ai mentionné, le premier est que le libellé suivant de la section 3 D [TRADUCTION] « Exportation des billes de bois », s'applique à eux par déduction nécessaire :

Including Waiver of subrogation against:

-Brusco Tug & Barge Inc.

-Pacific Link Ocean Services Corporation

The second is that they are additional insureds with benefit of a waiver of subrogation by way of clauses 6 and 19 of the “General Conditions”.

[58] As to the first argument, which was not before the Supreme Court in *Fraser River*, to further drive home the Himalaya clause, the term “carrier” was defined in the bill of lading as including all the defendants by class. “The term ‘carrier’ shall include the ship, shipowner, operator, manager, charterer, master, officers, crew, stevedores and all those concerned in the carriage of the goods.”

[59] The correspondence between the broker and the underwriters is telling:

- Sikorski: “The contract has the usual customary hold harmless provisions as to the Carrier/Shipper”;

- Wood: “Tower requires a hold harmless provision in the towage contract”;

- Wood: “Our position is that as long as the carrier does not take any responsibility for the tow of the logs, underwriters need independent safeguards that the tow is properly conducted.

[60] Even after the loss, the underwriters were initially of the opinion that the carrier had not accepted responsibility. Realizing that there had been no specific request by Pacific Link that it be named in the Timberwest policy, with a waiver of subrogation, Marsh Canada Inc. prepared a post-loss endorsement deleting that provision. When it was first sent to St. Paul, it inadvertently bore the wrong date, a date preceding

[TRADUCTION] Incluant la clause de renonciation à la subrogation contre :

-Brusco Tug & Barge Inc.

-Pacific Link Ocean Services Corporation

Le deuxième veut que ces défendeurs soient des assurés additionnels et bénéficient d’une clause de renonciation à la subrogation en vertu des clauses 6 et 19 des « Conditions générales ».

[58] En ce qui concerne le premier argument, qui n’a pas été soulevé devant la Cour suprême dans *Fraser River*, précisons que, pour mieux comprendre la clause Himalaya, le terme « transporteur » a été défini dans le connaissement comme désignant tous les défendeurs par catégories. [TRADUCTION] « Le terme “transporteur” désigne le navire, son propriétaire, l’exploitant, l’armateur, l’affréteur, le capitaine, les officiers, l’équipage, les manutentionnaires et toute personne visée par le transport des marchandises ».

[59] Voici un extrait de la correspondance échangée entre le courtier et les assureurs maritimes :

[TRADUCTION]

- Sikorski : « Le contrat comprend les clauses habituelles d’exonération de responsabilité à l’égard du transporteur et du chargeur »;

- Wood : « Le remorqueur demande qu’une clause d’exonération de responsabilité figure dans le contrat de remorquage »;

- Wood : « Nous pensons que tant et aussi longtemps que le transporteur n’acceptera aucune responsabilité pour le remorquage des billes de bois, les assureurs maritimes auront besoin de protections indépendantes garantissant que le remorqueur sera piloté convenablement ».

[60] Après la perte, les assureurs maritimes ont d’abord cru que le transporteur n’avait pas accepté la responsabilité. Lorsqu’ils ont compris que Pacific Link n’avait pas demandé expressément à être désignée dans la police de Timberwest, qui comportait une clause de renonciation à la subrogation, Marsh Canada Inc. a préparé un avenant consécutif à la perte annulant cette disposition. Le premier avenant transmis à St. Paul

the loss. This led Ms. Wyka to e-mail Mr. Sikorski as follows:

As you know we paid a significant loss without rights of subrogation against the tower because the policy was issued so. Now are you sending me an amendment which says “whoops” sorry the tower wasn’t waived after all?

[61] It can thus be seen that the words “carrier” and “tower” were used indiscriminately. The intention as between Marsh Canada Inc., on behalf of Timberwest, and St. Paul was that St. Paul waive subrogation against the carrier. If St. Paul, in Timberwest’s shoes, could pursue the others, or at least the barge owner, Great Northern, as a carrier, then the waiver had little or no value.

[62] A “carrier” is defined in the Hague-Visby Rules as including an owner or charterer who issues a bill of lading. In this case, the bill of lading would have been issued by Pacific Link, the charterer. Absent language to the contrary, the presumption would be that it, and only it, was the carrier. However, there is nothing to prevent an owner and charterer from both agreeing to be the carrier. *Union Carbide Corp. v. Fednav Ltd.* (1997), 131 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), and *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), do not stand for the proposition that no more than one may be the carrier. They dealt with the “identity of carrier” or “demise clause” wherein a bill of lading on charterers’ paper defines the owner, or bareboat charterer, as the carrier.

[63] It must be borne in mind that the waiver of subrogation in favour of Pacific Link is in the same language as the waiver in favour of Brusco Tug and Barge Inc. Brusco specifically required that it and its vessels, contractors and employees used in the contract benefit from insurance. If the benefit only extended to Brusco, as such, then Timberwest would be in breach of contract and if a loss occurred in which

comportait, par erreur, une date antérieure à la perte. D’où le courriel suivant écrit par M^{me} Wyka à M. Sikorski :

[TRADUCTION] Comme vous le savez, nous avons subi une perte importante sans pouvoir bénéficier d’un droit à la subrogation contre le remorqueur parce que c’est ce que stipulait la police que nous avons souscrite. Maintenant, l’avenant que vous m’envoyez signifie-t-il que vous êtes désolé, mais qu’en fin de compte le remorqueur n’était pas visé par la renonciation?

[61] Il appert que les mots « transporteur » et « remorqueur » étaient utilisés de manière interchangeable. Le but recherché par Marsh Canada Inc., pour le compte de Timberwest, et St. Paul était que St. Paul renonce à la subrogation contre le transporteur. Si St. Paul, agissant à la place de Timberwest, pouvait poursuivre les autres, ou à tout le moins le propriétaire de la barge, Great Northern, en tant que transporteur, la clause de renonciation n’avait alors que peu de valeur, voire aucune.

[62] Le « transporteur » est défini dans les Règles de La Haye-Visby comme comprenant le propriétaire ou l’affrèteur qui délivre un connaissement. En l’espèce, le connaissement aurait été délivré par Pacific Link, l’affrèteur. En l’absence d’une disposition à l’effet contraire, on présume que Pacific Link, et seulement elle, était le transporteur. Cependant, rien n’empêche le propriétaire et l’affrèteur de s’entendre pour agir comme transporteur. Les décisions *Union Carbide Corp. c. Fednav Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 655 (1^{re} inst.) (QL), et *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), ne permettent pas d’affirmer qu’il ne peut y avoir plus d’un transporteur. Ces décisions portaient sur l’« identité du transporteur » ou la « clause de dévolution », alors qu’un connaissement des affrèteurs désignait le propriétaire, ou l’affrèteur d’un navire affrété coque-nue, en tant que transporteur.

[63] Il est important de se rappeler que le libellé de la clause de renonciation en faveur de Pacific Link est le même que celui de la clause de renonciation en faveur de Brusco Tug et Barge Inc. Brusco a expressément demandé à ce qu’elle, ses navires, ses entrepreneurs et les personnes employées pour l’exécution du contrat bénéficient de l’assurance. Si le bénéfice ne s’étendait qu’à Brusco, Timberwest contreviendrait alors au

St. Paul pursued subrogated rights, it would be faced with a valid indemnity claim from Brusco's employees and subcontractors.

[64] The conclusion therefore is that "including Waiver of subrogation against Pacific Link Ocean Services Corporation" was intended to cover all those who were party to the contract of carriage. It follows that by virtue of clause 6 of the "General Conditions" all the defendants were additional insureds and benefited from a waiver of subrogation. Clause 6 provided that in addition to named insureds, the policy also insured:

d. Other entities as may be named in any sections of this policy and/or endorsements hereon.

...

It is agreed that underwriters' rights of subrogation against Additional Insureds are waived.

[65] I do not think that clause 19, which also deals with subrogation, assists the defendants. Its thrust is that coverage is not to be prejudiced by Timberwest accepting limited liability bills of lading, and that the underwriters are not subrogated to any rights which the insured expressly waived in writing prior to loss. However, this is simply a gloss on section 81 of the *Marine Insurance Act*. Even without that language, the underwriters would have no greater rights against the carrier than would Timberwest. Whether or not Timberwest has a claim, i.e. on the deductible, is a matter left for the second part of the trial.

[66] The final question is whether these benefits fall within the existing case law. If not, would an extension of insurance benefits to the defendants, other than Pacific Link, be an incremental development which a judge might permit or would it be a substantial change best left to Parliament? In my opinion, giving the other defendants benefit of insurance does not offend against *Fraser River*. If I am wrong, then in my opinion an

contrat, et si, dans le cas d'une perte, St. Paul faisait valoir ses droits subrogés, les employés et les sous-traitants de Brusco pourraient lui opposer une demande d'indemnisation valide.

[64] Je conclus donc que le fait [TRADUCTION] « d'inclure la clause de renonciation à la subrogation contre Pacific Link Ocean Services Corporation » visait à protéger tous ceux qui étaient parties au contrat de transport. Il s'ensuit qu'en vertu de la clause 6 des « Conditions générales », tous les défendeurs étaient des assurés additionnels et bénéficiaient de la clause de renonciation à la subrogation. La clause 6 prévoyait que, outre les assurés nommément désignés, la police protégeait également :

[TRADUCTION]

d. Les autres entités désignées dans les sections de la présente police d'assurance et ses avenants.

[...]

Il est généralement accepté que les assureurs maritimes renoncent à leurs droits de subrogation contre les assurés additionnels.

[65] Je ne pense pas que la clause 19, qui traite aussi de la subrogation, aide les défendeurs. Elle vise essentiellement à ce que l'acceptation par Timberwest de connaissements à responsabilité limitée ne porte pas atteinte à la protection, et à ce que les assureurs maritimes ne soient subrogés dans aucun droit auquel l'assuré a expressément renoncé par écrit avant la perte. Cependant, il ne s'agit que d'une interprétation de l'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime*. Même sans cette disposition, les assureurs maritimes n'auraient pas plus de droits contre le transporteur que n'en aurait Timberwest. La question de savoir si Timberwest peut poursuivre, c.-à-d. en ce qui touche la franchise, sera abordée à la deuxième étape du procès.

[66] Enfin, il s'agit de savoir si ces bénéfices sont prévus par la jurisprudence existante. Dans la négative, l'extension des bénéfices de l'assurance aux défendeurs, autres que Pacific Link, représenterait-elle une modification progressive à laquelle un juge pourrait consentir ou constituerait-elle une modification importante qu'il vaudrait mieux laisser au législateur le soin d'apporter? À mon avis, le fait d'accorder le bénéfice de l'assurance

extension of benefits to those defendants would be a permissible incremental change to the common law not only in line with *London Drugs*, but also with such maritime cases as *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; and *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437.

[67] *London Drugs* and *Fraser River* stand for the proposition that a third party may benefit from a contract if the parties thereto intended to extend the benefit and the activities performed were the very activities contemplated as coming within the scope of the contract. The right crystallizes when the event occurs notwithstanding that the beneficiary was completely unaware thereof until afterwards. It is not necessary that the beneficiary be an employee or even a related corporation. An independent contractor, such as Can-Dive, was held to be a beneficiary.

[68] At paragraph 42 of *Fraser River*, Mr. Justice Iacobucci, speaking for the Court, stated:

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

[69] In maritime matters, the courts have always frowned upon efforts to avoid exemption and limitation clauses by suing the opposite party's servants, agents and subcontractors (*Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co. Ltd.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)). It has been sound commercial practice, since at least Lord Denning's decision in the *Himalaya*, to attempt by contract, in one

aux autres défendeurs ne va pas à l'encontre de l'arrêt *Fraser River*. Si je fais erreur, j'estime que l'extension des bénéfices à ces défendeurs constituerait une modification progressive acceptable de la common law qui serait, non seulement en accord avec l'arrêt *London Drugs*, mais également avec des décisions de droit maritime telles que *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; et *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

[67] Les décisions rendues dans *London Drugs* et *Fraser River* permettent d'affirmer qu'un tiers peut bénéficier d'un contrat si les parties audit contrat avaient l'intention d'en étendre les bénéfices et si les activités exercées sont les activités mêmes qu'est censé viser le contrat. Le droit se cristallise lorsque l'événement se produit indépendamment du fait que le bénéficiaire n'ait été mis au courant qu'après les faits. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire soit un employé, ni même une société liée. On a jugé qu'un entrepreneur indépendant, tel que Can-Dive, était un bénéficiaire.

[68] Au paragraphe 42 de *Fraser River*, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit :

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

[69] En matière maritime, les tribunaux ont toujours perçu négativement les efforts que certains déploient pour se soustraire aux clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en poursuivant les préposés, les mandataires et les sous-traitants de la partie adverse (*Elder Dempster & Co. Ltd. c. Paterson Zochonis & Co. Ltd.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)). Il est conforme à la

way or another, to protect employees, servants, agents and subcontractors who actually perform a maritime contract. Apart from the Himalaya Clause, maritime law has also developed forbearance of suit and circular indemnity clauses by which the shipper promises not to sue subcontractors and if anyone else does, to fully indemnify the carrier. These clauses were upheld in England in *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206. The circular indemnity clause was upheld by Mr. Justice Chadwick of the Ontario High Court of Justice in *Bombardier Inc. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1988] O.J. No. 1807 (QL). His decision was varied on appeal (1991), 7 O.R. (3d) 559 so that the Court of Appeal did not have to deal with the clause.

[70] More recently, Prothonotary Morneau upheld the forbearance of suit clause in *Ford Aquitaine Industries SAS v. Canmar Pride (The)* (2004), 267 F.T.R. 115 (F.C.). His decision was affirmed on appeal but Mr. Justice Lemieux did not deal with this point, [2005] 4 F.C.R. 441 (F.C.). Extending insurance benefits to subcontractors, by express wording, or at least by necessary implication, is well known in the construction industry (*Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317).

[71] However, if *Fraser River* should be read as only extending third-party benefits to those in an immediate relationship with the insured, such as Can-Dive and Pacific Link, and not to those in a less proximate contractual relationship such as via the Himalaya clause, then as stated in *Bow Valley Husky*, above, at paragraph 93 and following, the question is whether an extension of existing principles to the case at bar is necessary to keep the law in step with the “dynamic and evolving fabric of our society”. The abolition of the common law contributory negligence rule in *Bow Valley Husky* was said to be an incremental change, but certainly is far more dramatic than extending a benefit of insurance to the employees, servants, agents and subcontractors of a named beneficiary.

pratique commerciale, depuis au moins la décision de lord Denning dans l'affaire *Himalaya*, d'essayer, d'une façon ou d'une autre, de protéger par contrat les employés, les préposés, les agents et les sous-traitants qui exécutent un contrat maritime. Outre la clause Himalaya, le droit maritime s'est également doté des clauses d'abstention de poursuivre et d'indemnité circulaire selon lesquelles le chargeur promet de ne pas poursuivre les sous-traitants et, si quelqu'un d'autre le poursuivait, d'indemniser complètement le transporteur. La validité de ces clauses a été confirmée en Angleterre dans la décision *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206. La clause d'indemnité circulaire a été jugée valide par le juge Chadwick de la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *Bombardier Inc. c. Canadian Pacific Ltd.*, [1988] O.J. n° 1807 (QL). Sa décision a été variée en appel par (1991), 7 O.R. (3d) 559, de sorte que la Cour d'appel n'a pas eu à se pencher sur la clause.

[70] Plus récemment, le protonotaire Morneau a confirmé la validité de la clause d'abstention de poursuivre dans *Ford Aquitaine Industries SAS c. Canmar Pride (Le)*, 2004 CF 1437. Sa décision a été confirmée en appel, mais le juge Lemieux ne s'est pas penché sur cette question, [2005] 4 F.C.R. 441 (C.F.). Étendre les bénéfices de l'assurance aux sous-traitants par mention expresse, ou du moins par voie de déduction nécessaire, est une pratique bien connue dans l'industrie de la construction (*Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317).

[71] Cependant, si l'on interprète *Fraser River* comme n'étendant les bénéfices conférés aux tiers qu'à ceux qui sont directement liés à l'assuré, comme Can-Dive et Pacific Link, et non à ceux dont le lien contractuel est moins immédiat, tel que par l'entremise de la clause Himalaya, il faut alors se demander, comme l'indique l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité, aux paragraphes 93 et suivants, si l'extension des principes existants à l'affaire dont nous sommes saisis est nécessaire pour que le droit suive « l'évolution et le dynamisme de la société ». Dans *Bow Valley Husky*, l'abolition de la règle de common law relative à la négligence contributive ne devait représenter qu'une modification progressive, mais il ne fait aucun doute qu'elle a des conséquences beaucoup plus importantes que l'extension du bénéfice de l'assurance aux employés, préposés, agents et sous-traitants d'un bénéficiaire désigné.

[72] Madam Justice McLachlin [as she then was] stated at paragraph 102 of *Bow Valley Husky*:

I conclude that this is an appropriate case for this Court to make an incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness. Contributory negligence may reduce recovery but does not bar the plaintiff's claim.

So it is in this case.

[73] In *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, [2006] 1 S.C.R. 744, at paragraph 29, Mr. Justice LeBel quoted *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, as follows:

Second, the courts should try to give effect to the reasonable expectations of the parties, without reading in windfalls in favour of any of them. In essence, "the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract"....

[74] For good and valuable consideration provided by Timberwest, St. Paul agreed that all the defendants were additional insureds and it waived subrogation as against them. It would be an affront to commercial reality and to good insurance practice to allow it to sue its own insureds to recover losses covered by the policy.

[75] To summarize on this issue, the defendants other than Pacific Link, on the strength of *Buenos Aires Maru* and *Fraser River*, benefit from the waiver of subrogation in Timberwest's policy. If those cases do not relax the doctrine of third-party beneficiaries so as to apply to them, then this is an appropriate case to make an incremental change to the law in compliance with commercial reality, justice and fairness. The change would be consistent with the reality that servants, agents and subcontractors, if the language or circumstances so permit, should benefit from contractual clauses stipulated for their benefit. Furthermore, an insurer should not be entitled to pocket premium without risk.

[72] Au paragraphe 102 de l'arrêt *Bow Valley Husky*, la juge McLachlin [tel était alors son titre] dit ceci :

Je conclus qu'il s'agit d'un cas où il convient que notre Cour apporte un changement progressif à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité. La négligence contributive peut réduire l'indemnité, mais elle ne constitue pas une fin de non-recevoir à la réclamation présentée par la demanderesse.

Il en va de même en l'espèce.

[73] Dans *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, [2006] 1 R.C.S. 744, au paragraphe 29, le juge LeBel cite l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888 :

Deuxièmement, les tribunaux doivent tenter de donner effet aux attentes raisonnables des parties tout en se gardant de favoriser l'une d'elles. Essentiellement, « les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat » [...]

[74] Moyennant contrepartie de valeur par Timberwest, St. Paul a convenu que tous les défendeurs étaient des assurés additionnels et elle a renoncé à exercer ses droits de subrogation contre eux. Ce serait faire fi de la réalité commerciale et des bonnes pratiques en matière d'assurance que de lui permettre de poursuivre ses propres assurés afin de recouvrer des pertes couvertes par la police d'assurance.

[75] Bref, sur la foi des décisions rendues dans *Buenos Aires Maru* et *Fraser River*, les défendeurs autres que Pacific Link bénéficient de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans la police de Timberwest. Si ces décisions n'assouplissent pas le principe des tiers bénéficiaires de sorte qu'il s'applique à eux, j'estime qu'il convient en l'espèce d'apporter une modification progressive à la loi afin qu'elle corresponde à la réalité commerciale et aux principes de justice et d'équité. Cette modification serait conforme à la réalité selon laquelle les préposés, agents et sous-traitants, si le texte ou les circonstances le permettent, devraient bénéficier des clauses contractuelles prévues à leur égard. De plus, un assureur ne devrait pas avoir le droit de toucher des primes sans risque.

[76] This decision reduces the quantum from the million-dollar range to the deductible of \$15 000. It may well be that the parties have no desire to continue the trial over that sum. Costs may be spoken to.

JUDGMENT

THIS COURT DECLARES that:

1. The contract of carriage is not governed by the Hague-Visby Rules.
2. The cargo is not “goods” within the meaning of the Hague-Visby Rules, as the entire cargo was carried on deck and covered by an on-deck bill of lading.
3. The waiver of subrogation clause in favour of Pacific Link in Timberwest’s insurance policy is not rendered null and void and of no force or effect by the Hague-Visby Rules, or by the common law.
4. The other defendants are also entitled to rely upon the waiver of insurance clause.

[76] La présente décision réduit le montant des dommages-intérêts d’environ un million de dollars à la franchise de 15 000 \$. Il se pourrait bien que les parties ne souhaitent pas poursuivre l’instance au sujet de ce montant. Les dépens pourront être débattus.

JUGEMENT

LA COUR DÉCLARE ce qui suit :

1. Le contrat de transport n’est pas régi par les Règles de La Haye-Visby.
2. La cargaison ne constitue pas des « marchandises » au sens des Règles de La Haye-Visby, puisque toute la cargaison a été transportée en pontée et avait été constatée par un connaissement.
3. La clause de renonciation à la subrogation en faveur de Pacific Link dans la police d’assurance de Timberwest n’est pas devenue nulle, non avenue et sans effet par l’application des Règles de La Haye-Visby, ou par la common law.
4. Les autres défendeurs ont aussi le droit de se prévaloir de la clause de renonciation à l’assurance.