

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

111-08-CA

ROBERT HARRITY and NORTHEAST
YACHTS 1998 LTD.

APPELLANTS

- and -

MARGARET KENNEDY

RESPONDENT

Harrity and Northeast Yachts 1998 Ltd. v.
Kennedy, 2009 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
September 16, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 294

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 19, 2009

Judgment rendered:
September 24, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Counsel at hearing:

ROBERT HARRITY et NORTHEAST YACHTS
1998 LTD.

APPELANTS

- et -

MARGARET KENNEDY

INTIMÉE

Harrity et Northeast Yachts 1998 Ltd. c. Kennedy,
2009 NBCA 60

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 16 septembre 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 294

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 19 mai 2009

Jugement rendu :
Le 24 septembre 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Bruce D. Grant

Pour les appelants :
Bruce D. Grant

For the respondent:
Timothy M. Collins

Pour l'intimée :
Timothy M. Collins

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

Rejette l'appel sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] Prior to the purchaser agreeing to purchase a “25’ Bayliner”, the vendor’s agent represented the boat was equipped with a “new” engine. In fact, it was a reconditioned engine that had been installed a year earlier to replace the original engine. As fate would have it, the engine failed within days of the transaction closing. The repair costs climbed to \$7,000. The agent testified that when he spoke of “new” he meant “new to the boat”. The trial judge ruled the representation to be a negligent misrepresentation for which liability in tort attached under the principles articulated in *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, [1993] S.C.J. No. 3 (QL), and conveniently summarized by this Court in *Gauthier v. Canada (Attorney General)* (2000), 225 N.B.R. (2d) 211 (C.A.), [2000] N.B.J. No. 143 (QL).

[2] Although the sale contract was conditional on the purchaser obtaining a marine survey, and although the subsequent inspection revealed no patent defects, those facts did not alter the trial judge’s legal conclusion. As well, he refused to immunize the agent from liability because of a “disclaimer clause” appended to the Bill of Sale. The clause disavowed the making of any representations, by the agent, regarding the boat’s fitness. It also characterized the sale to be on an “as is/where is” basis. The trial judge ruled that because there was no privity of contract between the purchaser and the agent, the latter could not rely on the clause to avoid liability; the action against the vendor was dismissed because of the disclaimer clause. This “small claims” appeal focuses solely on the liability of the agent and raises three fundamental issues.

[3] The first issue relates to the legal requirement that the representee (purchaser) must have relied on the misrepresentation in a reasonable manner. If not, the plea of negligent misrepresentation fails. The pivotal question here is whether the

purchaser's decision to make the sale conditional on obtaining a satisfactory marine survey, which did not identify any engine problems, is sufficient to relieve the agent of liability. In short, the agent argues that the purchaser relied on her expert and not on any representations made by the agent. I reject this argument as the purchaser relied on both the misrepresentation and the marine survey. The marine survey was never intended to displace the purchaser's reliance on the representation that the engine was new.

[4] Affirming the trial judge's finding of actionable negligence with respect to the misrepresentation, the agent insists his appeal is entitled to succeed on the second issue. The second issue involves the application of the privity doctrine which continues to befuddle those who are not parties to a contract but who seek to invoke its terms as either a sword or a shield (third party beneficiary rule). We are asked to interpret and apply s. 4 of the *Law Reform Act*, S.N.B. 1993, c. L-1.2, which abrogates the common law rule in defined circumstances. Applying that section, the agent argues the disclaimer clause can be used to shield him from liability even though he was not a party to the underlying contract. I find this argument to be problematic as it is unclear whether the disclaimer clause was intended to benefit only the vendor rather than both the vendor and agent. Assuming without deciding that the doctrine of privity does not pose an obstacle to the agent's reliance on the disclaimer clause, it is with respect to the third issue that the agent's appeal falls short.

[5] The third issue is whether the disclaimer clause is itself unenforceable because it is unsupported by consideration (a gratuitous promise). In point of fact, the disclaimer clause was appended to the Bill of Sale provided on the closing of the transaction. Although the purchaser signed the disclaimer, there is nothing on the record to explain why she would agree to a new contractual term that extinguished her right of recourse with respect to misrepresentations made before the contract was first signed. In short, there is nothing to explain why she would grant the equivalent of an exemption clause to the vendor/agent on the closing of the transaction. Typically, the disclaimer clause (no warranties/representations) is found in the agreement of purchase and sale. One is also left to wonder why the vendor would require the purchaser to sign a

document that exonerated the agent from liability for negligent misrepresentation but not the vendor. Fortunately, my disposition of this appeal does not require me to draw the inference that the clause was an afterthought of the agent's making. I conclude that the addition of a new term to the contract on closing was unsupported by fresh consideration and, therefore, the disclaimer clause is unenforceable. This is why I am prepared to dismiss the appeal.

II. Facts - Decision Below

[6] The underlying decision is now reported at 341 N.B.R. (2d) 354, [2008] N.B.J. No. 448 (QL), 2008 NBQB 294. The essential facts, as found by the *de novo* trial judge, are as follows. The respondent, Margaret Kennedy, and her husband, were interested in purchasing a power boat and approached the appellant, Robert Harrity, a yacht broker, with a view to finding a suitable vessel. All were members of the local yacht club and acquainted with one another. Mr. Harrity is the principal of the corporate appellant, Northeast Yachts 1998 Ltd. In April of 2007, Mr. Harrity informed Mrs. Kennedy that he had found a 1989 Bayliner with an inboard engine. Mr. Harrity stated he was very familiar with the boat as he had been involved in every sale since it was first sold. Mr. Harrity went on to explain that the boat was currently owned by a friend, Malcolm Clark, and that the boat had a "new" engine installed in the summer of 2006 with no more than 10 hours on it. Mr. Harrity then arranged for Ms. Kennedy to see the boat. On May 9, she made an offer of \$22,000. There is no provision in the agreement negating any possible (mis)representations that the vendor or the vendor's agent may have made with respect to the condition of the boat or its equipment. However, the offer was conditional on the purchaser obtaining a satisfactory marine survey. In that regard, Mr. Harrity had first shown Mrs. Kennedy a marine survey that he had prepared for Mr. Clark in 2005, but it was agreed she should obtain an independent and current survey. However, when Mr. Harrity showed the 2005 survey to Ms. Kennedy, Mr. Harrity made bold notations on the front page indicating that the engine and drive were new and the hull was painted: "**Engine → New + Drive → New + Hull → Painted.**". The independent survey was carried out by a Mr. Evans on May 12, 2007. In his report, Mr.

Evans stated: "The engine was found clean with no fuel/oil residues..." Later on Mr. Evans stated in his report that the engine was built, serviced and installed in 2006. He also carried out a "sea trial" that went "well".

[7] The sale was completed on May 23, 2007. Mr. Clark executed a Bill of Sale in favour of Ms. Kennedy on that date. The signature of Mr. Clark was witnessed by Mr. Harrity. Curiously, attached to that document was another untitled document of the same date and signed by Mrs. Kennedy. The document is neither under seal nor witnessed even though it bears the same date as the Bill of Sale. The untitled document reads as follows:

THE GRANTEE has inspected the said vessel or caused inspection to be made on his behalf and accept title to the said vessel and its equipment "as is, where is".

THE YACHT BROKER, in connection with this transaction, makes, has made, no warranties, either expressed or implied, and no representation regarding title, condition or fitness or any other representation concerning the herein described vessel.

THE GRANTEE acknowledges receipt of the within BILL OF SALE, and agrees to all the terms and conditions herein.

[8] Within weeks of the purchase disaster struck for Mrs. Kennedy and her husband. After less than five hours of use, and a full tank of gas, the motor failed. The mechanic who inspected the motor found "lack of compression due to bad cylinder head gaskets, damaged exhaust valves and a rusted seal area". The mechanic "assembled" new cylinder heads on the engine and took the boat for a trial run. This time the engine started to "knock". The mechanic explained that the engine must have been overheated before Mrs. Kennedy purchased the boat, causing damage to the bottom end of the engine.

[9] Subsequently, the Kennedys learned that the engine installed in their recently purchased boat was "in fact a rebuilt engine which was only new to the boat."

Mr. Harrity testified that when he represented the engine was new he meant new to the boat being purchased. Mrs. Kennedy paid \$7,000 to have the motor repaired. She then promptly sued the vendor, Mr. Clark, and his broker, Mr. Harrity, under the *Small Claims Act*, S.N.B. 1997, c. S-9.1, and abandoned her claim beyond the \$6,000 limit set out in the legislation. The adjudicator ruled in favour of the two defendants and a *de novo* appeal was taken to the Court of Queen's Bench.

[10] The *de novo* appeal judge (trial judge) turned first to the question of Mr. Harrity's liability for negligent misrepresentation. Applying the principles articulated by the Supreme Court in *Queen v. Cognos* and conveniently summarized by this Court in *Gauthier v. Canada (Attorney General)*, the trial judge found the defendant liable after addressing each of the following considerations: (1) the existence of a duty of care based on a special relationship between the representor and representee; (2) the representation must be untrue; (3) the representor must have acted negligently in making the representation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on the representation; and (5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted. The trial judge had no difficulty in accepting that a special relationship existed. As to the accuracy of the representation, he held that Mrs. Kennedy's perception that the boat had been equipped with a new and not a reconditioned engine was reasonable in the circumstances and therefore the representation was "not accurate". The trial judge went on to find that Mr. Harrity breached his duty of care by failing to ensure that Mrs. Kennedy appreciated what Mr. Harrity meant when he represented the boat had a new motor. As to the criterion of "reliance", the trial judge held that Mrs. Kennedy wanted a boat that was "trouble free" and that the condition of the engine was a very important factor in proceeding with the purchase. As the reliance issue was critical to the trial judge's decision, his analysis warrants more than a passing comment.

[11] Mr. Harrity advanced two threads to support his argument that there was no reliance sufficient to support a finding of negligent misrepresentation. First, he argued that, as Mrs. Kennedy obtained her own marine survey, she had relied on that inspection

before completing the purchase of the boat. The trial judge rejected the argument on the basis that nothing in the marine survey would have alerted Mrs. Kennedy to the inaccuracy of Mr. Harrity's representation. Second, Mr. Harrity argued that as Mrs. Kennedy purchased the boat on an "as is/where is" basis she cannot be said to have relied on the misrepresentation. The trial judge identified the flaw in this argument as the failure to appreciate that, when Mrs. Kennedy agreed to accept the boat "as is", she understood that the boat had a new motor. Hence, the fact that the sale was "as is/where is" did not impact on the fact that Mrs. Kennedy had relied on the misrepresentation.

[12] The trial judge went on to reject Mr. Harrity's argument that the action against him and his corporation was precluded by virtue of the disclaimer clause found in the document attached to the Bill of Sale and reproduced above. In response, the trial judge made two findings. First, he held that the purpose of the disclaimer was to protect the vendor against a claim of vicarious liability with respect to misrepresentations made by his agent. Second, the trial judge held Mr. Harrity could not shelter himself behind the insulating quality of the disclaimer clause because he was not a party to the underlying contract.

[13] While the trial judge found Mr. Harrity and his corporation liable for the damages suffered in effecting necessary repairs to the boat, the trial judge went on to dismiss the action against the vendor of the boat, Mr. Clark, for three reasons. First, Mr. Clark was entitled to rely on the disclaimer clause. Second, there was no basis for finding liability under s. 15 of the *Sale of Goods Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-1. Third, there was no basis for holding Mr. Clark liable under the provisions of the *Consumer Product Warranty and Liability Act*, S.N.B. 1978, c. C-18.1. Mrs. Kennedy did not appeal the dismissal of her action against Mr. Clark. Hence, Mr. Clark is not a party to this appeal proceeding which is brought with leave of this Court as required under s. 20 of the *Small Claims Act*.

III. Issues - Analysis

[14] Turning to the first of the three issues, Mr. Harrity argues that he is not liable for negligent misrepresentation because Mrs. Kennedy did not rely on the misrepresentation as to the newness of the boat's engine. Instead, she relied on the inspection (marine survey) undertaken by her expert, Mr. Evans, prior to the closing of the sale. In support of that argument, Mr. Harrity points to the disclaimer clause which states that Mrs. Kennedy had: inspected the boat; accepted title on an "as is/where is" basis; and expressly acknowledged that the "Yacht Broker" had made no representations regarding the fitness of the boat.

[15] Putting aside for the moment the question as the enforceability of the disclaimer clause, my response to Mr. Harrity's reliance argument is as follows. If the disclaimer clause had been included in the agreement of purchase and sale, Mr. Harrity's argument would warrant careful consideration because it could be argued that Mrs. Kennedy knew or ought to have known that she could not rely on anything said by Mr. Harrity, with respect to the fitness of the engine (excluding fraudulent misrepresentations). She would have known the sale was on an "as is/where is" basis and, thus, she would have to rely on the pre-purchase inspection undertaken by her expert with respect to the fitness of the boat and engine. But this is not how the transaction unfolded. If one looks to the agreement of purchase and sale, nowhere in that document does it state that the sale is on an "as is/where is" basis and nowhere in that document does it disclaim the making of any representations by either the vendor or agent. What matters is that at no time prior to the signing of the agreement did the parties operate on the understanding that the purchaser was being duly warned of the potential for patent and latent defects. When one sees a for-sale sign that reads "as is/ where is" the message is clear. It is a "take it or leave it contract" and if the purchaser takes it, it is the purchaser who bears the risk of loss. However, this is not how negotiations for the sale of the boat in question unfolded. No one told Mrs. Kennedy that the sale was on an "as is/where is" basis during the negotiations and after the executory contract was signed. Nor is that term found in the agreement of purchase.

[16] There can be no doubt that the trial judge was correct in concluding that Mr. Harrity's representation that the boat was equipped with a new motor was both significant and misleading in the sense that it induced Mrs. Kennedy to make an offer to purchase that was accepted. If you were considering the purchase of an 18 year old boat for \$22,000 and the vendor stated the boat was equipped with a new motor, surely that factor alone would have a significant impact on the decision to enter into a binding executory contract. On the other hand, if told the boat was equipped with a reconditioned engine obtained from an unknown source, you would think twice before assuming contractual liability. I accept, as I must, the trial judge's finding that Mr. Harrity's misrepresentation was sufficient to induce Mrs. Kennedy to enter into the executory contract for the purchase of the boat.

[17] In response to the above reasoning, Mr. Harrity argues that while Mrs. Kennedy may have relied on the misrepresentation at the time she entered into the contract, ultimately she relied on the expert opinion of her marine surveyor, Mr. Evans, when deciding whether to complete the sale transaction. True, but as the trial judge pointed out, nothing in his report bears upon the question whether the engine was new or reconditioned. On reflection, Mr. Harrity's argument rests on the mistaken assumption that Mrs. Kennedy's reliance on Mr. Evan's inspection report somehow displaced any reliance on Mr. Harrity's representation as to the newness of the engine. In reality, she was relying on both. Mrs. Kennedy was relying on the accuracy or truthfulness of Mr. Harrity's representation that the engine was new and she was also relying on Mr. Evan's representation that the boat and engine were in good working order. No one has suggested that, at the time of his inspection, Mr. Evans should have uncovered defects that only became apparent once the engine was stripped down (latent defects).

[18] Once it is understood that the marine survey conducted by Mr. Evans was not undertaken for the purpose of verifying the accuracy or truthfulness of any representations made by Mr. Harrity, Mr. Harrity's reliance argument falls into ruins. Mrs. Kennedy was entitled to presume the truthfulness of any pre-contractual representations. She engaged Mr. Evans to complete an inspection that would reveal

patent defects based on what he saw, not on what he should have been looking for. It would have made no difference to Mr. Evans whether the engine was new or reconditioned, so long as it was functioning properly. This is why Mrs. Kennedy's reliance on the marine survey does not displace her earlier reliance on the truthfulness or accuracy of Mr. Harrity's representation regarding the newness of the engine. In short, Mrs. Kennedy was entitled to view the representations of Mr. Harrity and Mr. Evans as being complementary or compatible with one another. I certainly do not view them as exclusionary or contradictory.

[19] I have another objection to Mr. Harrity's reliance argument. If we were to accept his argument, we would be establishing a legal precedent that would effectively negate tortious liability for negligent misrepresentations in cases where the purchaser retains a third party to conduct a pre-closing inspection. If one characterizes a "significant" or "material" misrepresentation as the equivalent of a trap for the unwary purchaser, one should not expect the law to exonerate the maker of the misrepresentation, be it the vendor or agent, because of a third party's failure to discover the trap (see John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005) and D.W. Greig, "Misrepresentations and Sales of Goods" (1971) 87 Law Q. Rev. 179 at pp. 201-2).

[20] Once the agent's liability at common law for negligent misrepresentation is affirmed, we must decide whether liability is avoided because of the disclaimer clause. This brings into play the application of the privity doctrine. As Professor Waddams so aptly states: "Much trouble has been caused by the supposed rule that only a party to a contract may sue upon it" (*The Law of Contracts*, 5th ed. (Toronto: Canada Law Book, 2005) at para. 280). This observation applies equally to cases where the third party wants to rely on the contract as a sword and those where the third party raises the contract as a shield (defence). Our case fits within the latter category. Mr. Harrity, as agent for his principal, Mr. Clark, seeks to avoid liability in tort by relying on a disclaimer clause found in a contract to which Mr. Harrity was not a party. While the strict application of the common law rule regarding privity of contract would justify the trial judge's finding that Mr. Harrity cannot shelter himself behind the disclaimer clause to avoid liability for

a negligent misrepresentation, the case law recognizes so many exceptions that one is forced to ask whether there is much room for the general rule. The Supreme Court has cautioned against further erosion of the general rule while leaving it to the legislatures to undertake perceived and necessary reform measures: *London Drugs Ltd v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, [1992] S.C.J. No. 84 (QL) at paras. 237-238.

[21] I pause here to take note of the agency exception to the privity rule. Agency is regarded as an exception to the privity rule and has been used as a means of extending the benefits of a contract to the third party agent. In *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association* (1982), 136 D.L.R. (3d) 11 (Man.C.A.), [1982] M.J. No. 13 (QL), aff'd [1985] 1 S.C.R. 589, it was held that an official at a snowmobile race who had negligently caused injury to the plaintiff was entitled to rely on an agreement between the plaintiff and the Snowmobile Association releasing from liability the association and its "agents, officials, servants and representatives" (para. 33). It was held that the official could rely on the clause as the Association had contracted as agent for the official. As Professor Waddams points out, the main problem with the case is the apparent absence of consideration from the official at the time the contract was formed (admission to the race). Putting aside the consideration issue, it could be argued that Mr. Clark contracted as agent on behalf of Mr. Harrity to obtain his release from liability. However, this line of argument was not pursued. Instead, we are asked to interpret and apply s. 4 of the *Law Reform Act*.

[22] Mr. Harrity argues that s. 4 of the *Law Reform Act* abrogates the application of the common law principles governing the privity doctrine. Curiously, Mrs. Kennedy did not object to this ground of appeal even though it was not before the trial judge. Instead, she argues that s. 4 is inapplicable. That section reads as follows:

4(1) A person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract as being intended to receive some performance or forbearance under it may, unless the contract provides	4(1) Une personne qui n'est pas partie à un contrat mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat peut, à
---	---

otherwise, enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise. moins que le contrat ne stipule autrement, faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation de dommage-intérêts ou autrement.

[23] According to s. 4(1), it makes no difference whether the third party is relying on a contractual provision as a sword (“performance”) or as a shield (“forbearance”). The critical issue is whether the third party is identified in the contract as the one entitled to receive the benefit in question (see generally *London Drugs Ltd v. Kuehne & Nagel International Ltd.*; *Walsh v. Nicholls* (2004), 273 N.B.R. (2d) 203 at para. 49, [2004] N.B.J. No. 281 (QL), 2004 NBCA 59; and *Manderville v. Goodfellow’s Trucking Ltd.* (1999), 210 N.B.R. (2d) 145 (C.A.) [1999] N.B.J. No. 75 (QL)).

[24] The disclaimer clause behind which Mr. Harrity seeks shelter specifically refers to the “Yacht Broker” as having made no representations or warranties. No one questions that Mr. Harrity was the yacht broker acting on behalf of Mr. Clark. The question we are left with is whether the trial judge erred in interpreting the disclaimer clause as intending to benefit only Mr. Clark with respect to actionable misrepresentations made by Mr. Harrity. Alternatively stated, we must decide whether it was the intention of the parties to the contract to insulate both vendor and agent from liability or only the vendor as found by the trial judge. What troubles me about the disclaimer clause is that it refers only to the representations made by Mr. Harrity. Nothing is said about any representations that Mr. Clark as vendor may have made.

[25] From a contractual point of view, it simply makes no sense that Mr. Clark would insist on insulating himself from liability for statements made by his agent while at the same time leaving himself exposed to liability for anything he personally may have said prior to the signing of the contract. The appeal record does not explain this conundrum and, hence, one is left with the inference that on the closing of the transaction it was Mr. Harrity who insisted on Mrs. Kennedy signing the disclaimer clause and it was Mr. Harrity who drafted the clause appended to the Bill of Sale. Perhaps Mr. Clark was not apprised of the fact that Mrs. Kennedy would be signing a disclaimer clause. Surely if

Mr. Clark had been aware of the disclaimer clause, he would have insisted that the clause be amended to cover representations made by both men. At this point, I may be accused of wandering from the field of inference drawing and trespassing onto the field of speculation. Hence, I am going to cease pursuing this factual lacunae and assume for the purposes of deciding this appeal that s. 4(1) of the *Law Reform Act* applies such that the privity of contract rule does not negate Mr. Harrity's right to rely on the disclaimer clause. This leaves us to consider whether the clause is otherwise enforceable in law.

[26] If, based on common law principles, the clause is unenforceable, it makes no difference whether s. 4 of the *Law Reform Act* is engaged. Neither Mr. Clark nor Mr. Harrity would be able to invoke the clause as a shield against liability for negligent misstatements. At the appeal hearing, we drew attention to the fact that the disclaimer clause was not part of the original agreement of purchase and sale but was entered into at the closing of the sale transaction. Hence, the question was posed whether the clause was enforceable according to the classical tenets of the doctrine of consideration. In short, what consideration did Mrs. Kennedy receive for agreeing to sign the disclaimer clause? As is well-known, the performance of a pre-existing duty does not qualify as fresh consideration. In the present case, the pre-existing duty was the duty to complete the sale transaction.

[27] In *Greater Fredericton Airport Authority Inc. v. NAV Canada* (2008), 329 N.B.R. (2d) 238, [2008] N.B.J. No. 108 (QL), 2008 NBCA 28, this Court recognized the principle that a post-contractual modification to an executory contract may be enforceable although unsupported by consideration provided the modification was not procured under "economic duress". *NAV Canada* was a case in which the parties had an ongoing commercial relationship. A disagreement arose as to who was responsible for the cost of a navigational aid. The party responsible for the installation of all navigational aids insisted that under the terms of their contract the obligation to pay for the aid in question rested with the other party. The installing party refused to purchase the navigational aid until the other party agreed to resolve the contractual ambiguity by agreeing to pay for it. The latter agreed "under protest" and then refused to pay once the

navigational aid was installed. This Court held that although the subsequent promise to pay was unsupported by consideration it would have been enforceable but for the fact that the agreement was extracted under “economic duress”. The present case does not fall within that principle. There were no discussions or negotiations leading up to the modification of an existing term of the contract. Nor does the record support the understanding that the disclaimer was the subject of discussion at the closing of the transaction. For some unexplained reason, Mrs. Kennedy agreed to a new term that extinguished legal recourse with respect to actionable misrepresentations but without receiving anything in return. The promise is not even under seal. Truly this case resembles one involving a post-contractual modification to an “executed” contract as opposed to an “executory” one.

[28] I recognize that the doctrine of consideration provides a technical reason for refusing to enforce a contractual provision. Indeed, according to the “hunt and peck” theory of consideration, judges will rummage through trial and appeal records to find the necessary consideration if that is what is needed to achieve a just result. If they believe that enforcement would lead to an unjust result, the same judges will declare there is an absence of meaningful consideration and, therefore, the promise is gratuitous and unenforceable. But even if I were entitled to jettison the doctrine of consideration, which I am at liberty to do, I am at a loss to think of a good reason why the disclaimer clause should be deemed effective to insulate Mr. Harrity from liability.

[29] Counsel to Mrs. Kennedy points to jurisprudence which shows how imaginative courts can be when it comes to justifying a decision not to give effect to disclaimer clauses. Counsel cited *Roberts v. Montex Development Corporation* (1979), 100 D.L.R. (3d) 660 (B.C.S.C.), [1979] B.C.J. No. 1067 (QL), as offering one way in which to defeat an “escape clause”. In that case the trial judge held a disclaimer clause to be unenforceable because the plaintiff lacked independent legal advice before signing the contract and because the clause would have meant nothing to her even if she had read it (the trial judge doubted she had). The decision resonates with the plea of unconscionability and is cited for the proposition that courts are concerned with whether

or not a representee has had adequate actual notice of the significance of the representor's disclaimer: John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law, 2005) at p. 355.

[30] One must recognize that the doctrine of unconscionability has two components; one procedural and one substantive (see generally Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2d ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009) at § 9.100 - 9.121). The procedural component looks to see whether there was an inequality of bargaining power. The substantive component looks to see whether the inequality lead to an improvident bargain (substantively unfair). Consumers enter into contractual arrangements daily, and even though a procedural inequality exists, this does not mean that the resulting contract is substantively unfair. This is why it is important to recognize that the unconscionability doctrine embraces two components (see generally *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), [1965] B.C.J. No. 178 (QL); *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), [1978] B.C.J. No. 1318 (QL), *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* (1974), [1975] Q.B. 326 (C.A.)).

[31] With respect to the enforceability of the disclaimer clause, I prefer to ground my finding on a lack of consideration flowing from Mr. Clark to Mrs. Kennedy. I recognize that by declaring the disclaimer clause unenforceable, Mr. Clark could be held liable for the negligent misrepresentation made by Mr. Harrity. But as Mr. Clark is not a party to this appeal, the dismissal of the action against him must stand. In future, vendors facing a plea of vicarious liability for the negligent misrepresentations of their agents should consider a cross-claim. In this way, the person truly responsible for the negligent conduct is made to pay unless, of course, the agent is impecunious: *Lister v. Romford Ice & Cold Storage*, [1957] A.C. 555 (H.L.); *Texada Towing Co. v. Minette* (1969), 9 D.L.R. (3d) 286 (B.C.S.C.), [1969] B.C.J. No. 94 (QL); *D.H. Overmyer Co. of Canada Ltd. v. Wallace Transfer Ltd.* (1975), 65 D.L.R. (3d) 717 (B.C.C.A.), [1975] B.C.J. No. 1171 (QL); F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency* (London: Sweet & Maxwell, 2006) at para. 8-190.

IV. Disposition

[32] I would dismiss the appeal. This is not a case where costs should be awarded as contemplated by s. 51 of the *General Regulation - Small Claims Act*, N.B. Reg. 98-84.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Avant que l'acheteuse ne s'engage à acheter un Bayliner de 25 pi, le mandataire du vendeur lui a dit que le bateau était doté d'un moteur « neuf ». En réalité, il s'agissait d'un moteur remis en état qui avait été installé un an plus tôt en remplacement du moteur original. Or, le destin a voulu que le moteur tombe en panne dans les jours qui ont suivi la conclusion de la vente. Les frais de réparation s'élevaient à 7 000 \$. Le mandataire a déclaré dans son témoignage que, en employant le mot [TRADUCTION] « neuf », il voulait dire [TRADUCTION] « nouveau dans le bateau ». Le juge du procès a conclu que le mandataire avait fait une assertion négligente et inexacte à laquelle se rattachait une responsabilité délictuelle conformément aux principes articulés dans *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, [1993] A.C.S. n° 3 (QL), qui ont par ailleurs été bien résumés dans *Gauthier c. Canada (Attorney General)* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 211 (C.A.), [2000] A.N.-B. n° 143 (QL).

[2] Bien que le contrat de vente fût conditionnel à la réalisation d'une inspection par l'expert maritime de l'acheteuse et que l'inspection qui a suivi n'ait révélé aucun vice apparent, ces faits n'ont pas suffi pour amener le juge du procès à conclure autrement. En outre, il a refusé d'écarter la responsabilité du mandataire comme le prévoyait une « clause de dénégation de responsabilité », annexée à l'acte de vente, qui niait que celui-ci avait fait quelque assertion que ce soit concernant l'état du bateau. Cette clause qualifiait la vente comme celle d'un bien « tel quel et sur place ». Le juge du procès a conclu que, en l'absence d'un lien contractuel entre l'acheteuse et le mandataire, ce dernier ne pouvait se prévaloir de la clause pour éviter d'être tenu pour responsable; l'action contre le vendeur a été rejetée du fait de la clause de dénégation de responsabilité. Le présent appel, qui se rapporte à une affaire de « petites créances »,

intéresse uniquement la responsabilité du mandataire et pose trois questions fondamentales.

[3] La première question est liée au critère juridique voulant que la destinataire de l'assertion inexacte (l'acheteuse) doive s'être fiée à l'assertion d'une manière raisonnable. Si tel n'est pas le cas, la thèse de l'assertion négligente et inexacte ne peut être retenue. La question fondamentale en l'espèce consiste à déterminer si la décision de l'acheteuse de rendre la vente conditionnelle à l'obtention d'une inspection satisfaisante par un expert maritime, au cours de laquelle aucun problème de moteur n'a été décelé, est suffisante pour dégager le mandataire de sa responsabilité. Bref, le mandataire fait valoir que l'acheteuse s'est fondée sur l'opinion de son expert et non sur les assertions qu'il lui avait faites. Je rejette cet argument car l'acheteuse s'est fiée à la fois aux assertions inexactes et à l'inspection par l'expert maritime. L'inspection n'avait pas pour but de faire en sorte que l'acheteuse ne se fie plus à l'assertion relative au moteur neuf.

[4] Se pliant à la conclusion de négligence susceptible d'action tirée par le juge du procès relativement à l'assertion inexacte, le mandataire fait valoir avec insistance qu'il est en droit d'avoir gain de cause en appel sur le deuxième point. La deuxième question concerne l'application du principe de la connexité contractuelle qui continue de semer la confusion chez ceux qui ne sont pas parties à un contrat mais qui veulent invoquer ses modalités comme épée ou bouclier (règle du tiers bénéficiaire). La Cour est priée d'interpréter et d'appliquer l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit*, L.N.-B. 1993, ch. L-1.2, qui écarte l'application de la règle de common law dans des circonstances bien définies. S'appuyant sur cette disposition, le mandataire avance que la clause de dénégalation de responsabilité peut servir à le mettre à l'abri de la responsabilité même s'il n'était pas partie au contrat sous-jacent. J'estime que cet argument pose problème car on ne sait pas trop si la clause de dénégalation de responsabilité était censée profiter au vendeur seulement, et non à la fois au vendeur et au mandataire. Si l'on présume, sans pour autant en décider, que le principe de la connexité contractuelle ne fait pas obstacle à l'argument du mandataire fondé sur la clause de dénégalation de

responsabilité, c'est à l'égard de la troisième question qu'il ne peut être fait droit à l'appel.

[5] La troisième question consiste à déterminer si la clause de dénégalation de responsabilité est en soi inexécutoire étant donné qu'elle n'est pas appuyée par une contrepartie (et constituait donc une promesse gratuite). Dans les faits, la clause de dénégalation de responsabilité a été annexée à l'acte de vente présenté au moment de la conclusion du marché. L'acheteuse a signé la dénégalation de responsabilité, mais rien dans le dossier ne permet d'expliquer pourquoi elle aurait consenti à une nouvelle clause contractuelle qui abolissait son droit de recours en cas d'assertion inexacte faite avant la signature du contrat. Bref, rien n'explique pourquoi elle aurait accordé l'équivalent d'une clause d'exonération de responsabilité au vendeur ou au mandataire au moment de la conclusion de la vente. Généralement, la clause de dénégalation de responsabilité (aucune garantie ni assertion) apparaît dans la convention d'achat-vente. On peut aussi se demander pourquoi le vendeur exigerait que l'acheteuse signe un document qui exonérerait le mandataire de toute responsabilité en cas d'assertion négligente et inexacte, mais non le vendeur lui-même. Heureusement, il n'est pas nécessaire pour l'issue du présent appel que j'infère que la clause a été rédigée après coup par le mandataire. Je conclus que la nouvelle clause ajoutée au contrat au moment de la conclusion de la vente n'était pas appuyée par une contrepartie fraîche et que, par conséquent, la clause de dénégalation de responsabilité est inexécutoire. C'est pour ce motif que je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Faits – la décision de première instance

[6] La décision sous-jacente est publiée à 341 R.N.-B. (2^e) 354, [2008] A.N.-B. n^o 448 (QL), 2008 NBBR 294. Les faits essentiels tels qu'ils ont été exposés par le juge du nouveau procès sont les suivants. L'intimée, Margaret Kennedy, et son mari, qui voulaient acheter un bateau à moteur, se sont adressés à l'appelant, Robert Harranty, courtier de yacht, dans l'intention de trouver une embarcation convenable. Les trois étaient membres du club nautique de la région et ils se connaissaient tous bien.

M. Harrity est l'âme dirigeante de la société appelante, Northeast Yachts 1998 Ltd. En avril 2007, M. Harrity a informé M^{me} Kennedy qu'il avait trouvé un Bayliner 1989 doté d'un moteur en-bord. M. Harrity a mentionné qu'il connaissait bien ce bateau puisqu'il était intervenu toutes les fois qu'il avait été vendu. M. Harrity a ensuite expliqué que le bateau appartenait actuellement à un ami, Malcolm Clark, et qu'un [TRADUCTION] moteur « neuf » avait été installé à l'été 2006 et qu'il n'avait pas servi plus de dix heures. M. Harrity a alors fait les démarches nécessaires pour que M^{me} Kennedy puisse voir le bateau. Le 9 mai, elle a fait une offre de 22 000 \$. La convention ne comporte aucune clause niant quelque assertion inexacte que le vendeur ou le mandataire du vendeur pourrait avoir faite concernant l'état du bateau ou son équipement. Toutefois, l'offre était conditionnelle à l'obtention par l'acheteuse d'une inspection satisfaisante par un expert maritime. D'ailleurs, M. Harrity avait d'abord montré à M^{me} Kennedy un rapport d'inspection maritime qu'il avait rédigé pour M. Clark en 2005, mais il a été convenu qu'elle devrait obtenir une inspection indépendante à jour. Cependant, lorsqu'il a montré le rapport d'inspection de 2005 à M^{me} Kennedy, M. Harrity a inscrit la note suivante en caractères bien visibles sur la première page pour indiquer que le moteur et le mécanisme d'entraînement étaient neufs et que la coque avait été peinte : [TRADUCTION] « **Moteur → Neuf + Entraînement → Neuf + Coque → Repeinte.** » L'inspection indépendante a été faite par un M. Evans le 12 mai 2007. Dans son rapport, M. Evans mentionnait ce qui suit : [TRADUCTION] « Le moteur était propre et exempt de résidus d'hydrocarbures. » Par la suite, M. Evans a mentionné dans son rapport que le moteur avait été fabriqué, entretenu et installé en 2006. Il a également procédé à un [TRADUCTION] « essai en mer » qui s'est [TRADUCTION] « bien » déroulé.

[7] La vente a été réalisée le 23 mai 2007. M. Clark a signé un acte de vente en faveur de M^{me} Kennedy à cette même date. M. Harrity était témoin de la signature de M. Clark. Étonnamment, un autre document sans titre portant la même date et la signature de M^{me} Kennedy était joint à l'acte de vente. Ce document n'est ni revêtu d'un sceau ni signé par un témoin, même s'il porte la même date que l'acte de vente. Il est rédigé comme suit :

[TRADUCTION]

LA CONCESSIONNAIRE a inspecté l'embarcation ou l'a fait inspecter en son nom et accepte le titre de propriété de l'embarcation et son équipement « tel quel et sur place ».

LE COURTIER DE YACHT, à l'égard de cette vente, ne donne et n'a donné aucune garantie expresse ou implicite et ne fait et n'a fait aucune assertion concernant le titre et l'état de l'embarcation décrite aux présentes ni aucune autre assertion y afférente.

LA CONCESSIONNAIRE accuse réception de l'ACTE DE VENTE ci-joint et accepte toutes les conditions décrites aux présentes.

[8] Dans les semaines qui ont suivi l'achat, M^{me} Kennedy et son mari ont vécu une catastrophe. Après moins de cinq heures d'utilisation, et avec un réservoir à essence plein, le moteur a calé. Le mécanicien qui a inspecté le moteur a décelé [TRADUCTION] « un manque de compression dû à des joints de culasse en mauvais état, des soupapes d'échappement endommagées et de la rouille dans la paroi d'étanchéité ». Le mécanicien a installé des joints neufs sur le moteur et il a procédé à un essai sur l'eau. Le moteur s'est alors mis à [TRADUCTION] « cogner ». Il a expliqué que le moteur devait avoir surchauffé avant que M^{me} Kennedy n'achète le bateau, ce qui avait endommagé la partie inférieure du moteur.

[9] Par la suite, les Kennedy ont appris que le moteur installé dans le bateau qu'il venait d'acheter était [TRADUCTION] « en fait un moteur remis en état qui était nouveau seulement pour le bateau ». M. Harrity a déclaré dans son témoignage que, lorsqu'il a dit que le moteur était neuf, il voulait dire qu'il était nouveau dans le bateau acheté. M^{me} Kennedy a payé 7 000 \$ pour faire réparer le moteur. Elle a sans tarder intenté une action contre le vendeur, M. Clark, et le courtier, M. Harrity, sous le régime de la *Loi sur les petites créances*, L.N.-B. 1997, ch. S-9.1, et a renoncé à réclamer un montant plus élevé que la limite de 6 000 \$ prescrite par la loi. L'adjudicateur a donné gain de cause aux deux défendeurs et un appel *de novo* a été interjeté à la Cour du Banc de la Reine.

[10] Le juge de l'appel *de novo* (le juge du procès) s'est d'abord penché sur la question de la responsabilité de M. Harrity pour assertion négligente et inexacte. Appliquant les principes articulés par la Cour suprême dans *Queen c. Cognos* et résumés de façon utile par notre Cour dans *Gauthier c. Canada (Attorney General)*, le juge du procès a conclu à la responsabilité du défendeur après avoir analysé chacune des considérations suivantes : (1) il doit exister une obligation de diligence fondée sur un lien spécial entre l'auteur et le destinataire de l'assertion; (2) l'assertion doit être fausse; (3) l'auteur de l'assertion doit avoir agi d'une manière négligente; (4) le destinataire de l'assertion doit s'être fié d'une manière raisonnable à l'assertion; (5) le fait que le destinataire s'est fié à l'assertion doit lui avoir été préjudiciable en ce sens qu'il doit avoir subi un préjudice. Le juge du procès a accepté d'emblée l'existence d'un lien spécial. Quant à l'exactitude de l'assertion, il a conclu qu'il était raisonnable dans les circonstances pour M^{me} Kennedy de croire que le bateau était doté d'un moteur neuf et non d'un moteur remis en état et que, par conséquent, l'assertion était « inexacte ». Le juge du procès a ensuite conclu que M. Harrity avait manqué à son obligation de diligence en omettant de s'assurer que M^{me} Kennedy comprenait bien ce qu'il voulait dire quand il disait que le bateau était doté d'un moteur neuf. S'agissant du fait de s'être fié, ou du critère dit de la « créance », le juge du procès a conclu que M^{me} Kennedy voulait un bateau qui était [TRADUCTION] « sans problèmes » et que l'état du moteur avait été un facteur très important dans la décision d'acheter. Comme la question de la créance était déterminante dans la décision du juge du procès, l'analyse qu'il en a faite exige que l'on s'y attarde plus longuement.

[11] M. Harrity a avancé deux arguments à l'appui de la thèse de l'absence de créance suffisante pour soutenir une conclusion d'assertion négligente et inexacte. Premièrement, il a allégué que, puisque M^{me} Kennedy a fait faire sa propre inspection, elle s'était fiée à cette inspection avant d'acheter le bateau. Le juge du procès a rejeté cet argument en s'appuyant sur le fait que rien dans le rapport de l'expert maritime n'aurait pu alerter M^{me} Kennedy sur l'inexactitude de l'assertion de M. Harrity. Deuxièmement, M. Harrity a soutenu que, comme M^{me} Kennedy a acheté le bateau « tel quel et sur place », il ne peut être considéré qu'elle s'est fiée à l'assertion inexacte. Le juge du

procès a rejeté cet argument parce qu'il ne tenait pas compte du fait que, lorsque M^{me} Kennedy a accepté d'acheter le bateau « tel quel », elle croyait que le bateau était doté d'un moteur neuf. Ainsi, le fait que la vente était une vente d'un bien « tel quel et sur place » n'avait aucune incidence sur le fait que M^{me} Kennedy s'était fiée à l'assertion inexacte.

[12] Le juge du procès a ensuite rejeté l'argument de M. Harrity suivant lequel l'action intentée contre lui et sa société était précluse compte tenu de la clause de dénégalion de responsabilité qui se trouve dans le document joint à l'acte de vente et qui a été reproduite précédemment. En réponse à cet argument, le juge du procès a tiré deux conclusions. Premièrement, il a statué que la clause de dénégalion de responsabilité avait pour but de protéger le vendeur contre une action en responsabilité du fait d'autrui relativement à des assertions inexactes faites par son mandataire. Deuxièmement, le juge du procès a statué que M. Harrity ne pouvait pas utiliser la protection offerte par la clause de dénégalion de responsabilité pour se mettre à l'abri parce qu'il n'était pas partie au contrat sous-jacent.

[13] Après avoir conclu que M. Harrity et sa société étaient responsables des dommages-intérêts occasionnés par les réparations nécessaires au bateau, le juge du procès a ensuite rejeté l'action contre le vendeur du bateau, M. Clark, pour trois motifs. Premièrement, M. Clark était en droit de se prévaloir de la clause de dénégalion de responsabilité. Deuxièmement, il n'y avait pas lieu de tirer une conclusion de responsabilité fondée sur l'art. 15 de la *Loi sur la vente d'objets*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-1. Troisièmement, il n'y avait pas lieu de tenir M. Clark pour responsable en vertu des dispositions de la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, L.N.-B. 1978, ch. C-18.1. M^{me} Kennedy n'a pas interjeté appel du rejet de l'action contre M. Clark. Par voie de conséquence, M. Clark n'est pas partie au présent appel qui a été interjeté avec l'autorisation de notre Cour, comme l'exige l'art. 20 de la *Loi sur les petites créances*.

III. Questions – analyse

[14] En ce qui concerne la première des trois questions, M. Harrity fait valoir qu'il ne peut être tenu pour responsable d'une assertion négligente et inexacte parce que M^{me} Kennedy ne s'est pas fiée à l'assertion inexacte relative à l'état neuf du moteur. Selon lui, elle s'est plutôt fiée à l'inspection réalisée par son expert maritime, M. Evans, avant de conclure l'achat. À l'appui de cet argument, M. Harrity rappelle que la clause de dénégalion de responsabilité précise que M^{me} Kennedy avait inspecté le bateau, accepté le titre de propriété de l'embarcation [TRADUCTION] « tel quel et sur place » et expressément reconnu que le [TRADUCTION] « courtier de yacht » n'avait fait aucune assertion concernant l'état du bateau.

[15] En faisant abstraction, pour le moment, de la question relative au caractère exécutoire de la clause de dénégalion de responsabilité, je réponds ce qui suit à M. Harrity concernant l'argument de la créance. Si la clause de dénégalion de responsabilité avait été intégrée à la convention d'achat-vente, l'argument de M. Harrity aurait nécessité un examen minutieux parce qu'il aurait pu être allégué que M^{me} Kennedy savait ou aurait dû savoir qu'elle ne pouvait se fier à ce que M. Harrity lui avait dit relativement à l'état du moteur (sauf en cas d'assertions frauduleuses et inexactes). Elle aurait su que la vente était une vente d'un bien [TRADUCTION] « tel quel et sur place » et, par conséquent, elle se serait fiée à l'inspection réalisée par son expert avant l'achat pour la question de l'état du bateau et du moteur. Mais ce n'est pas de cette façon que l'affaire s'est déroulée. Si l'on examine la convention d'achat-vente, on constate qu'il n'est mentionné nulle part dans ce document qu'il s'agit de la vente d'un bien [TRADUCTION] « tel quel et sur place », et nulle part, non plus, n'y a-t-il de dénégalion de responsabilité pour toute assertion faite par le vendeur ou le mandataire. Ce qui importe, c'est que, à aucun moment avant la signature de la convention, les parties ne se sont comportées comme s'il était entendu que l'acheteuse avait été dûment avisée de l'existence possible de vices apparents et cachés. Lorsqu'un écriteau annonçant un bien à vendre indique [TRADUCTION] « tel quel et sur place », le message est clair. Il s'agit d'un contrat « à prendre ou à laisser » et si l'acheteur prend le bien vendu, c'est lui qui

assume la responsabilité des pertes susceptibles de survenir. Toutefois, ce n'est pas de cette façon que les négociations de la vente du bateau en question se sont déroulées. Personne n'a informé M^{me} Kennedy que le bien était vendu [TRADUCTION] « tel quel et sur place », ni durant les négociations ni après la signature du contrat à exécuter. Cette condition ne figure pas non plus dans la convention d'achat.

[16] Il ne fait aucun doute que c'est à bon droit que le juge du procès a conclu que, en déclarant que le bateau était doté d'un moteur neuf, M. Harrity a fait une assertion importante et trompeuse parce qu'il a ainsi amené M^{me} Kennedy à faire une offre d'achat qui a été acceptée. Si vous envisagiez d'acheter un bateau de 18 ans pour la somme de 22 000 \$ et que le vendeur vous disait que le bateau était doté d'un moteur neuf, il est certain que ce seul facteur aurait une incidence importante sur votre décision de signer un contrat à exécuter ayant force obligatoire. Par contre, si vous étiez informé qu'un moteur remis en état provenant d'une source inconnue avait été installé dans le bateau, vous y réfléchiriez à deux fois avant d'assumer la responsabilité contractuelle de pareil achat. J'accepte, comme il se doit, la conclusion du juge du procès selon laquelle l'assertion inexacte de M. Harrity était suffisante pour amener M^{me} Kennedy à signer le contrat à exécuter pour l'achat du bateau.

[17] En réponse au raisonnement qui précède, M. Harrity avance que, même si M^{me} Kennedy peut s'être fiée à l'assertion inexacte au moment de la signature de la convention, elle s'est en bout de ligne appuyée sur l'opinion de son expert maritime, M. Evans, pour décider de conclure le marché. C'est exact, mais, comme le juge du procès l'a souligné, rien dans le rapport de l'expert ne se rapporte à la question de savoir si le moteur était neuf ou remis en état. Toute réflexion faite, dans son argument, M. Harrity présume à tort que la confiance de M^{me} Kennedy à l'égard du rapport d'inspection de M. Evans a, en quelque sorte, préséance sur toute créance qu'elle a pu avoir en l'assertion faite par M. Harrity quant à l'état neuf du moteur. En réalité, elle avait foi en les deux. M^{me} Kennedy s'est fiée à l'exactitude ou à la véracité de l'assertion de M. Harrity selon laquelle le moteur était neuf et elle s'est fiée également à l'opinion de M. Evans qui était d'avis que le bateau et le moteur étaient en bon état de

fonctionnement. Personne n'a laissé entendre que, au moment de l'inspection, M. Evans aurait dû découvrir les vices qui ne sont devenus apparents qu'une fois que le moteur eut été démonté complètement (vices cachés).

[18] Dès que l'on comprend que l'inspection maritime faite par M. Evans n'avait pas pour but de vérifier l'exactitude ou la véracité des assertions faites par M. Harrity, sa thèse sur la créance ne tient plus. M^{me} Kennedy était en droit de présumer que les assertions faites avant la signature du contrat étaient véridiques. Elle a engagé M. Evans pour faire une inspection qui révélerait la présence de vices apparents à partir de ce qu'il constaterait, et non à partir de ce qu'il aurait dû chercher. Un moteur neuf ou un moteur remis en état n'aurait fait aucune différence pour M. Evans, dans la mesure où il fonctionnait normalement. C'est pourquoi la confiance de M^{me} Kennedy en l'inspection maritime ne supprime pas la confiance qu'elle avait eue antérieurement en la véracité ou l'exactitude de l'assertion de M. Harrity quant à l'état neuf du moteur. Bref, M^{me} Kennedy était en droit de considérer les assertions de M. Harrity et de M. Evans comme étant complémentaires ou compatibles. Je ne les considère certainement pas comme étant restrictives ou contradictoires.

[19] Un autre motif m'amène à repousser la thèse de M. Harrity concernant la créance. Si cette thèse était acceptée, la Cour établirait un précédent jurisprudentiel qui exclurait pour ainsi dire la responsabilité délictuelle pour assertion négligente et inexacte dans les affaires où l'acheteur engage un tiers pour mener une inspection avant la conclusion d'un marché. Si une assertion inexacte « importante » ou « substantielle » est considérée comme l'équivalent d'un piège pour l'acheteur non averti, il ne faut pas s'attendre à ce que le droit exonère l'auteur de l'assertion inexacte, que ce soit le vendeur ou son mandataire, parce que le tiers n'a pas découvert le piège (voir John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto : Irwin Law, 2005) et D.W. Greig, « Misrepresentations and Sales of Goods » (1971), 87 *Law Q. Rev.* 179, aux p. 201 et 202).

[20] Une fois la responsabilité pour assertion négligente et inexacte confirmée en common law, la Cour doit décider si la responsabilité du mandataire est écartée du fait

de la clause de dénégalion de responsabilité. C'est ici qu'entre en jeu le principe de la connexité contractuelle. Comme le professeur Waddams l'a si judicieusement affirmé, [TRADUCTION] « [l]a prétendue règle selon laquelle seule une partie à un contrat peut intenter une action en justice en se fondant sur ce contrat a causé beaucoup de problèmes » (*Le droit des contrats* (Vanier : Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques), page 193). Cette observation s'applique de la même manière aux affaires où le tiers veut utiliser le contrat comme épée et à celles où le tiers veut utiliser le contrat comme bouclier (moyen de défense). La présente affaire appartient à la dernière catégorie. M. Harrity, en tant que mandataire du mandant, M. Clark, cherche à éviter la responsabilité délictuelle en se fondant sur une clause de dénégalion de responsabilité qui se trouve dans un contrat auquel il n'était pas partie. L'application stricte de la règle de common law concernant la connexité contractuelle justifierait la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Harrity ne peut se cacher derrière la clause de dénégalion de responsabilité afin d'éviter la responsabilité pour assertion négligente et inexacte, mais la jurisprudence comporte tant d'exceptions que l'on est forcé de se demander s'il y a beaucoup de latitude pour la règle générale. La Cour suprême a fait une mise en garde concernant une nouvelle érosion de la règle générale tout en précisant qu'il appartenait au législateur d'entreprendre les réformes perçues et nécessaires : *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, [1992] A.C.S. n° 84 (QL), aux par. 237 et 238.

[21] Je marque ici un temps d'arrêt pour discuter du mandat comme exception à la règle de la connexité contractuelle. Le mandat est considéré comme une exception à la règle de la connexité contractuelle et il a été utilisé comme un moyen d'étendre à des tiers mandataires les avantages d'un contrat. Dans *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association* (1982), 136 D.L.R. (3d) 11 (C.A. Man.), [1982] M.J. No. 13 (QL), décision confirmée à [1985] 1 R.C.S. 589, il a été jugé qu'un officiel de course de motoneiges ayant occasionné négligemment des blessures au demandeur était en droit de se prévaloir d'une convention intervenue entre le demandeur et la Snowmobile Association, par laquelle l'association, ses [TRADUCTION] « mandataires, officiels, représentants et préposés » étaient dégagés de toute responsabilité (par. 33). Il a été statué que l'officiel

pouvait se prévaloir de la clause en question puisque l'association avait contracté à titre de mandataire de l'officiel. Comme le professeur Waddams l'a fait observer, la difficulté principale dans cette analyse tient à l'absence apparente de contrepartie provenant de l'officiel au moment de la conclusion du contrat (demande de participation à la course). En faisant abstraction de la question de la contrepartie, il pourrait être allégué que M. Clark a contracté à titre de mandataire de M. Harrity pour obtenir que ce dernier soit dégagé de toute responsabilité. Toutefois, ce genre d'argument n'a pas été avancé. On a plutôt demandé à la Cour d'interpréter et d'appliquer l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit*.

[22] M. Harrity allègue que l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* écarte l'application des principes de common law régissant la doctrine de la connexité contractuelle. Curieusement, M^{me} Kennedy ne s'est pas opposée à ce moyen d'appel même si le juge du procès n'en avait pas été saisi. Elle a plutôt fait valoir que l'art. 4 est inapplicable. Cette disposition est rédigée comme suit :

4(1) A person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract as being intended to receive some performance or forbearance under it may, unless the contract provides otherwise, enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise.

4(1) Une personne qui n'est pas partie à un contrat mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat peut, à moins que le contrat ne stipule autrement, faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation de dommage-intérêts [*sic*] ou autrement.

[23] Si l'on se fie au libellé du par. 4(1), il est indifférent que le tiers utilise une clause contractuelle comme épée (« exécution ») ou comme bouclier (« abstention »). La question déterminante est de savoir si le tiers est désigné au contrat comme devant bénéficier de l'avantage en question (voir de façon générale *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*; *Walsh c. Nicholls et al.* (2004), 273 R.N.-B. (2^e) 203, au par. 49, [2004] A.N.-B. n^o 281 (QL), 2004 NBCA 59; *Manderville et al. c. Goodfellow's Trucking Ltd.* (1999), 210 R.N.-B. (2^e) 145 (C.A.N.-B.), [1999] A.N.-B. n^o 75 (QL)).

[24] La clause de dénégalion de responsabilité dont M. Harrity cherche à se prévaloir mentionne expressément que le [TRADUCTION] « courtier de yacht » n'a donné aucune garantie ni fait aucune assertion. Personne ne met en doute que M. Harrity était le courtier de yacht agissant pour M. Clark. Il reste donc la question de savoir si le juge du procès a fait erreur en interprétant la clause de dénégalion de responsabilité comme s'il était voulu que seul M. Clark puisse en bénéficier en cas d'action relative aux assertions inexactes faites par M. Harrity. Subsidiatement, la Cour doit décider si les parties au contrat avaient l'intention de dégager de toute responsabilité tant le vendeur que le mandataire, ou seulement le vendeur comme l'a conclu le juge du procès. Ce qui me préoccupe au sujet de la clause de dénégalion de responsabilité, c'est qu'elle fait état seulement des assertions faites par M. Harrity. Il n'y a rien concernant les assertions que M. Clark peut avoir faites en tant que vendeur.

[25] Du point de vue contractuel, il n'est tout simplement pas logique que M. Clark insiste pour se protéger de la responsabilité relative aux déclarations de son mandataire tout en ne renonçant pas par ailleurs à exposer sa responsabilité pour tout ce qu'il peut personnellement avoir dit avant la signature du contrat. Le dossier d'appel demeure muet sur ce problème épineux et, par voie de conséquence, il n'y a plus qu'à inférer que, à la conclusion de la vente, c'est M. Harrity qui a insisté pour que M^{me} Kennedy signe la clause de dénégalion de responsabilité et que c'est M. Harrity qui a rédigé la clause annexée à l'acte de vente. Peut-être que M. Clark n'avait pas été informé du fait que M^{me} Kennedy signerait une clause de dénégalion de responsabilité. Si tel avait été le cas, M. Clark aurait insisté, assurément, pour que la clause soit modifiée de manière à viser les assertions faites par les deux hommes. On pourrait me reprocher ici de m'écarter du champ de l'inférence pour empiéter dans celui de la spéculation. Je vais donc cesser de m'interroger sur ces lacunes factuelles et présumer pour les besoins du présent appel que le par. 4(1) de la *Loi sur la réforme du droit* s'applique de sorte que la règle de la connexité contractuelle n'empêche pas M. Harrity de se prévaloir de la clause de dénégalion de responsabilité. Cela nous amène donc à examiner la question de savoir si la clause est par ailleurs exécutoire en droit.

[26] Si, sur la foi des principes de common law, la clause n'est pas exécutoire, le fait que l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* s'applique ne fait aucune différence. Ni M. Clark ni M. Harrity ne serait en mesure d'invoquer la clause comme bouclier en cas de responsabilité pour déclaration négligente et inexacte. À l'audience, la Cour s'est intéressée au fait que la clause de dénégalion de responsabilité ne faisait pas partie intégrante de la convention d'achat-vente originale mais qu'elle avait été signée à la conclusion de la vente. En conséquence, la question de savoir si la clause était exécutoire selon les principes classiques de la règle de la contrepartie a été soulevée. Bref, quelle est la contrepartie que M^{me} Kennedy a reçue pour accepter de signer la clause de dénégalion de responsabilité? Il est bien connu que l'exécution d'une obligation préexistante ne peut être considérée comme une contrepartie fraîche. En l'espèce, l'obligation préexistante était l'obligation de conclure la vente.

[27] Dans *Greater Fredericton Airport Authority Inc. c. NAV Canada* (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 238, [2008] A.N.-B. n^o 108 (QL), 2008 NBCA 28, notre Cour a reconnu le principe voulant qu'une modification postcontractuelle d'un contrat à exécuter puisse être exécutoire, même si elle n'est pas appuyée par une contrepartie, à la condition qu'elle n'ait pas été obtenue par suite d'une « contrainte économique ». *NAV Canada* était une affaire dans laquelle les parties entretenaient une relation commerciale qui durait depuis longtemps. Un différend est survenu quant à savoir qui devait payer le coût d'une aide à la navigation aérienne. La partie chargée de l'installation des aides à la navigation aérienne faisait valoir avec insistance que, aux termes du contrat, l'obligation de payer le coût de l'aide en question incombait à l'autre partie. La partie chargée de l'installation a refusé d'acheter l'aide à la navigation aérienne jusqu'à ce que l'autre partie accepte de régler le différend contractuel en s'engageant à payer le coût de cette aide. L'autre partie a d'abord accepté de payer dans une lettre écrite « sous toutes réserves », puis elle a refusé de payer une fois l'aide installée. La Cour a conclu que, même si la promesse subséquente de payer n'était pas appuyée par une contrepartie, elle aurait été exécutoire n'eût été le fait que le contrat avait été obtenu par suite d'une contrainte économique. Ce principe ne s'applique pas à la présente affaire. Il n'y a eu aucune discussion ou négociation avant la modification du contrat existant. Le dossier ne permet pas non plus

d'appuyer l'idée que la clause de dénégalion de responsabilité a fait l'objet d'une discussion au moment de la conclusion de la vente. Pour une raison inexplicquée, M^{me} Kennedy a consenti à une nouvelle clause qui abolissait son recours juridique relatif à des assertions inexactes, sans rien recevoir en retour. La promesse n'est même pas revêtue d'un sceau. À vrai dire, dans la présente affaire, on dirait plutôt qu'il s'agit d'une modification postcontractuelle d'un contrat « exécuté », et non d'un contrat « à exécuter ».

[28] Je reconnais que la règle de la contrepartie constitue un motif technique pour refuser d'exécuter une disposition contractuelle. D'ailleurs, selon la théorie de la « recherche à tout prix » d'une contrepartie, les juges scrutent à la loupe les dossiers du procès et de l'appel pour trouver la contrepartie nécessaire si c'est ce qu'il faut faire pour obtenir un résultat équitable. S'ils croient que l'exécution forcée entraînerait un résultat injuste, ces mêmes juges déclareront qu'il y a absence de contrepartie valable et que, par conséquent, la promesse est gratuite et inexécutoire. Cela dit, même si je pouvais écarter la règle de la contrepartie, ce qu'il m'est loisible de faire, je n'arrive pas à trouver une raison valable pour expliquer pourquoi il devrait être considéré que la clause de dénégalion de responsabilité s'applique pour dégager M. Harrity de sa responsabilité.

[29] L'avocat de M^{me} Kennedy invoque une jurisprudence qui démontre à quel point les tribunaux peuvent avoir de l'imagination lorsqu'il s'agit de justifier une décision de ne pas rendre exécutoire une clause de dénégalion de responsabilité. Il cite *Roberts c. Montex Development Corporation et al.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 660 (C.S.C.-B.), [1979] B.C.J. No. 1067 (QL), qui énonce une façon d'écarter une « clause échappatoire ». Dans cette affaire, le juge du procès a conclu qu'une clause de dénégalion de responsabilité était inexécutoire parce la demanderesse n'avait pas reçu d'avis juridique indépendant avant la signature du contrat et parce que la clause n'aurait eu aucune signification pour elle, même si elle l'avait lue (le juge du procès doutait qu'elle l'ait lue). Cette affaire s'apparente aux actions pour iniquité et la décision est invoquée à l'égard de la proposition voulant que les tribunaux soient préoccupés par la question de savoir si un destinataire d'assertion a reçu un avis réel suffisant de l'importance de la clause de

dénégation de responsabilité de l'auteur de l'assertion (voir John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto : Irwin Law, 2005), à la page 355).

[30] Il faut reconnaître que la théorie de l'iniquité comprend deux éléments constitutifs : un de forme et un de fond (voir de façon générale Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2^e édition (Markham, Ontario : LexisNexis, 2009), aux par. 9.100 à 9.121). L'élément de forme permet de voir s'il y a inégalité du pouvoir de négociation. L'élément de fond permet de voir si l'inégalité entraîne un marché imprévoyant (foncièrement injuste). Les consommateurs prennent des engagements contractuels quotidiennement et, même s'il y a inégalité de forme, cela ne signifie pas que le contrat résultant est foncièrement injuste. C'est pour cette raison qu'il est important de reconnaître que la théorie de l'iniquité comporte deux éléments constitutifs (voir de façon générale *Morrison c. Coast Finance Ltd. et al.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), [1965] B.C.J. No. 178 (QL); *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), [1978] B.C.J. No. 1318 (QL), *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy* (1974), [1975] Q.B. 326 (C.A.)).

[31] En ce qui a trait au caractère exécutoire de la clause de dénégalion de responsabilité, je préfère appuyer ma conclusion sur l'absence de contrepartie offerte à M^{me} Kennedy par M. Clark. Je reconnais que, si je déclare inexécutoire la clause de dénégalion de responsabilité, M. Clark pourrait être tenu pour responsable de l'assertion négligente et inexacte faite par M. Harrity. Toutefois, puisque M. Clark n'est pas partie au présent appel, le rejet de l'action contre lui doit être maintenu. À l'avenir, les vendeurs aux prises avec une action en responsabilité du fait d'autrui relative aux assertions négligentes et inexactes de leurs mandataires devraient songer à présenter une demande entre défendeurs. De cette façon, la personne véritablement responsable de la conduite négligente devra payer à moins, bien entendu, qu'elle ne soit impécunieuse : *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.*, [1957] A.C. 555 (Ch. des lords); *Texada Towing Co. Ltd. c. Minette* (1969), 9 D.L.R. (3d) 286 (C.S.C.-B.), [1969] B.C.J. No. 94 (QL); *D.H. Overmyer Co. of Canada Ltd. c. Wallace Transfer Ltd.*; *Pringle Third Party* (1975),

65 D.L.R. (3d) 717 (C.A.C.-B.), [1975] B.C.J. No. 1171 (QL); F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency* (London : Sweet & Maxwell, 2006), au par. 8-190.

IV. Dispositif

[32] Je suis d'avis de rejeter l'appel. Il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'accorder des dépens tel qu'il est prévu à l'art. 51 du *Règlement du Nouveau-Brunswick 98-84 établi en vertu de la Loi sur les petites créances*.