

T-1692-99

Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom and William Frizell (Plaintiffs)

v.

Canadian Pacific Railway, B.C. Tel and Rivtow Marine Ltd. (Defendants)

INDEXED AS: BAYSIDE TOWING LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY (T.D.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, January 28 and February 2, 2000.

Maritime law — Practice — Motion to strike out portions of defence in limitation of liability action — Limitation of liability under Canada Shipping Act (CSA) and 1976 Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims — Damage caused by dumb barge, in tow of tug, to CPR bridge — Whether allegations of “wilful default” (as used in CSA) sufficiently close to “intent to cause loss or committed recklessly with knowledge of probable result” in Convention, Art. 4 — Whether, despite S.C.C. decision in The Rhône, limitation fund should be based, according to flotilla principle, on combined tonnages of tug, barge — Not obvious allegation of recklessness could not succeed — Allegation based on res ipsa loquitur struck as no longer applicable in Canada — Allegation of statutory breach struck as nominate tort of statutory breach not recognized in Canada.

The chip barge *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd.’s tug, *Sheena M*, struck a CPR bridge, causing damages estimated at \$5,000,000. An action to limit liability under the *Canada Shipping Act* and the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976* was commenced and a limitation fund constituted, based on the tonnage of the tug alone, in the amount of \$500,000. CPR has elected to challenge both the right to limit liability and the amount of the limitation fund, arguing, under Article 4 of the Convention, that the wrongdoers’ conduct was such that they were not entitled to limit their liability. CPR also submitted that, in spite of the Supreme Court of Canada decision in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, the limitation fund should be based on the flotilla principle of limitation on the combined tonnages of the tug and the barge. This was a motion to strike out various portions of the defence as disclosing no reasonable defences.

T-1692-99

Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom et William Frizell (demandeurs)

c.

Le Canadien Pacifique, B.C. Tel et Rivtow Marine Ltd. (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: BAYSIDE TOWING LTD. c. CANADIEN PACIFIQUE (1^{re} INST.)

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 28 janvier et 2 février 2000.

*Droit maritime — Pratique — Requête en radiation de certaines parties de la défense dans une action en limitation de responsabilité — Limitation de la responsabilité prévue par la Loi sur la marine marchande du Canada (la LMM) et par la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes — Dommage causé à un pont du CP par un chaland «non propulsé» tiré par un remorqueur — Question de savoir si les allégations d’«omission volontaire» (au sens de la LMM) se rapprochent suffisamment des actes «commis avec l’intention de provoquer un dommage ou commis téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement» au sens de l’art. 4 de la Convention — Question de savoir si, malgré la décision rendue par la C.S.C. dans l’arrêt *Le Rhône*, le fonds consigné doit être fondé, selon le principe de la flottille, sur les jauges totales du remorqueur et du chaland — Il n’est pas évident que l’allégation d’imprudence ne sera pas retenue — L’allégation fondée sur la maxime *res ipsa loquitur* est radiée car cette maxime ne s’applique plus au Canada — L’allégation relative à la violation d’une loi est radiée étant donné que le délit civil spécial de manquement à une obligation légale n’est pas reconnu au Canada.*

Le chaland à copeaux *Rivtow 901*, un chaland «non propulsé» qui était remorqué par le *Sheena M* appartenant à Bayside Towing Ltd., avait heurté un pont du CP et avait causé des dommages dont le montant était estimé à 5 000 000 \$. Une action en limitation de responsabilité a été intentée en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* et un fonds consigné d’un montant de 500 000 \$ a été constitué, fondé sur la jauge du remorqueur seulement. Le CP a choisi de contester le droit de limiter la responsabilité ainsi que le montant du fonds consigné, en soutenant, en vertu de l’article 4 de la Convention, que la conduite des auteurs de la faute était telle qu’ils n’avaient pas le droit de limiter leur responsabilité. Le CP a également soutenu que, contrairement à ce que la Cour suprême du Canada avait décidé dans l’affaire *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, le fonds consigné devrait être fondé sur le principe de limitation dit

The test for motions to strike, set out in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, that it be plain and obvious that the pleading discloses no reasonable defence, places a heavy burden on the party seeking to strike out a pleading.

The part of the defence in which CPR refers to the actions of the crew and the owners of the tug, as being wilful defaults (the term used in subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*) will not be struck. Wilfulness may arguably be close to the test under Article 4 of the Convention, which is in terms of acts committed with intent to cause loss or acts committed recklessly with the knowledge of probable result. Although the argument may not be very strong, it is proper that Article 4 of the Convention be fully tested by the Court, with the assistance of counsel, so as to provide an important precedent.

However, the inclusion of allegations of wilful default on the part of the defendant, Rivtow Marine Ltd., cannot succeed. Rivtow's actions are irrelevant to the issue, in a limitation action, of whether the wrongdoers engaged in conduct which bars them from limiting their liability. Allegations of reckless and negligent navigation, management or operation are struck as the test set out in Article 4 of the Convention has nothing to do with negligence, but is phrased in terms of recklessness and knowledge.

CPR's submission that breaches of the standards in the *Collision Regulations* amount to recklessness and knowledge may be difficult to prove, but it is not clearly and obviously one which will not succeed. It should not be struck, except for the reference to the operators, master, officers and crew of the *Rivtow 901*, which has no relevance to the limitation proceeding.

The part of the pleading relying on the maxim *res ipsa loquitur* as *prima facie* evidence and proof of, among other things, wilful default and recklessness with intention to cause loss, or with knowledge that such loss would probably result, should be struck. First, the maxim merely raised a *prima facie* case of negligence, which is irrelevant in order to break limitation of liability under the 1976 Convention. Moreover, *res ipsa loquitur* is no longer applicable in Canada, even in respect of negligence: *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424.

«de la flottille», c'est-à-dire sur la jauge totale du remorqueur et du chaland. Il s'agissait d'une requête visant à faire radier diverses parties de la défense pour le motif qu'elles ne révélaient aucun moyen raisonnable de défense.

Le critère à appliquer aux requêtes en radiation, énoncé dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à savoir qu'il doit être évident et manifeste qu'une plaidoirie ne révèle aucun moyen raisonnable de défense, impose un lourd fardeau à la partie qui demande la radiation d'une plaidoirie.

La partie de la défense dans laquelle le CP qualifie d'omissions volontaires (soit les mots employés au paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*) les actes de l'équipage et des propriétaires du remorqueur ne sera pas radiée. La notion de «caractère volontaire» se rapproche peut-être du critère prévu à l'article 4 de la Convention, qui parle d'actes commis avec l'intention de provoquer un dommage, ou commis téméairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. Même si l'argument n'est peut-être pas très convaincant, il est opportun pour la Cour d'analyser l'article 4 de la Convention au complet, avec l'aide d'avocats, de façon à établir un précédent important.

Toutefois, l'inclusion d'allégations relatives à une omission volontaire de la part de la défenderesse Rivtow Marine Ltd. doit être rejetée. Les actions de Rivtow n'ont rien à voir avec la question qui se pose dans une action en limitation, c'est-à-dire si la conduite des auteurs de la faute fait obstacle à une limitation de leur responsabilité. Les allégations relatives à la façon imprudente et négligente dont la navigation, la conduite ou l'exploitation étaient assurées sont radiées puisque le critère énoncé à l'article 4 de la Convention n'a rien à voir avec la négligence, son libellé étant plutôt axé sur les notions d'imprudence et de connaissance.

L'argument du CP selon lequel la violation des normes établies dans les règlements sur les abordages prouve l'imprudence et la connaissance peut être difficile à établir, mais il n'est pas évident et manifeste qu'il sera rejetée. Il ne devrait pas être radié, sauf en ce qui concerne la mention des exploitants, du capitaine, des officiers et de l'équipage du *Rivtow 901*, qui n'est pas pertinente dans la procédure en limitation.

La partie de la plaidoirie se rapportant à la maxime *res ipsa loquitur*, en tant que preuve *prima facie*, entre autres choses, de l'omission volontaire et de l'imprudence visant à provoquer un dommage, ou en sachant qu'un tel dommage en résultera probablement, devrait être radiée. En premier lieu, la maxime donnait simplement lieu à une preuve *prima facie* de négligence, qui n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de modifier la limitation de responsabilité prévue par la Convention de 1976. En second lieu, la maxime *res ipsa loquitur* ne s'applique plus au Canada, même en matière de négligence: *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424.

The part of the pleading relying on the concept of statutory breach should also be struck. Mr. Justice Dickson, in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, stated that the nominate tort of statutory breach was not recognized in Canada, pointing out that breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence.

The part of the pleading challenging the purported demise of the flotilla principle in *Rhône (The)* should not be struck. That case was, to some degree, the product of the wording of section 647 of the *Canada Shipping Act* as it then was. That provision is no more, but, for vessels under 300 tons, as is the case of the *Sheena M*, it was replaced by section 577, which parallels, although it does not completely reflect, section 647. Also, the work by Davison and Snelson, *The Law of Towage*, was referred to as standing for the proposition that under the 1976 Convention, there is less reason to restrict the limitation fund to the tonnage of the tug alone. So, while the argument may be thin, it is not plainly and obviously one which will fail.

La partie de la plaidoirie qui est fondée sur le concept de la violation d'une loi devrait également être radiée. Dans *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, le juge Dickson a dit que le délit civil spécial de manquement à une obligation légale n'était pas reconnu au Canada, en signalant que la violation d'une loi, lorsqu'elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la négligence.

La partie de la plaidoirie dans laquelle est contestée la présumée disparition du principe de la flottille énoncé dans l'arrêt *Rhône (Le)* ne devrait pas être radiée. Cet arrêt était fondé, dans une certaine mesure, sur le libellé de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, tel qu'il existait à ce moment-là. Cette disposition n'existe plus, mais en ce qui concerne les bâtiments de moins de 300 tonnes, comme c'est le cas du *Sheena M*, elle a été remplacée par l'article 577, qui est comparable à l'article 647, même s'il ne correspond pas complètement à cette disposition. De plus, on a cité l'ouvrage de Davidson et Snelson, *The Law of Towage*, à l'appui de la thèse selon laquelle, en vertu de la Convention de 1976, il est moins justifié de restreindre le fonds consigné à la jauge du remorqueur seulement. L'argument est peut-être peu convaincant, mais il n'est pas évident et manifeste qu'il sera rejeté.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Canada Shipping Act (maritime liability)*, S.C. 1998, c. 6, ss. 2, 26.
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).
Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 564(3), 574 (as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2), 577 (as am. *idem*), 647, Sch. VI (as enacted *idem*, s. 26).
Collision Regulations, C.R.C., c. 1416.
Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, being Sch. VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26), Art. 4.
Maritime Conventions Act, 1914 (The), S.C. 1914, c. 13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d)

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, étant l'annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (édité par L.C. 1998, ch. 6, art. 26), art. 4.
Loi des conventions maritimes, 1914, S.C. 1914, ch. 13.
Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada (responsabilité en matière maritime), L.C. 1998, ch. 6, art. 2, 26.
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 564(3), 574 (mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2), 577 (mod., *idem*), 647, ann. VI (édité, *idem*, art. 26).
Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647(2).
Règlement sur les abordages, C.R.C., ch. 1416.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d)

105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Lawrence v. R.*, [1978] 2 F.C. 782; (1978), 42 C.C.C. (2d) 230 (T.D.); *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424; (1998), 154 D.L.R. (4th) 577; 46 B.C.L.R. (3d) 1; 41 C.C.L.T. (2d) 36; 34 M.V.R. (3d) 165; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

CONSIDERED:

Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd., [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.); *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

REFERRED TO:

R. v. Barnier, [1980] 1 S.C.R. 1124; (1980), 109 D.L.R. (3d) 257; [1980] 2 W.W.R. 659; 51 C.C.C. (2d) 193; 19 C.R. (3d) 371; 31 N.R. 273; *Lower Similkameen Indian Band v. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (F.C.T.D.); *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317; 95 F.T.R. 146 (F.C.T.D.); *West Hill Redevelopment Co. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 310; (1987), 87 DTC 5210 (F.C.T.D.); *Comr. Of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.); *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510 (H.L.); *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.).

AUTHORS CITED

Davison, Richard and Anthony Snelson. *The Law of Towage*, London: Lloyd's of London Press, 1990.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

MOTION to strike out various portions of the defence in an action by which the plaintiffs seek to limit their liability for the damages they caused when the *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd.'s tug, *Sheena M*, struck a CPR bridge. Motion allowed in part.

APPEARANCES:

David F. McEwen for plaintiffs.
William M. Everett for defendant, Canadian Pacific Railway.

105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Lawrence c. R.*, [1978] 2 C.F. 782; (1978), 42 C.C.C. (2d) 230 (1^{re} inst.); *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424; (1998), 154 D.L.R. (4th) 577; 46 B.C.L.R. (3d) 1; 41 C.C.L.T. (2d) 36; 34 M.V.R. (3d) 165; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd., [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.); *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Barnier, [1980] 1 R.C.S. 1124; (1980), 109 D.L.R. (3d) 257; [1980] 2 W.W.R. 659; 51 C.C.C. (2d) 193; 19 C.R. (3d) 371; 31 N.R. 273; *Bande indienne de Lower Similkameen c. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (C.F. 1^{re} inst.); *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317; 95 F.T.R. 146 (C.F. 1^{re} inst.); *West Hill Redevelopment Co. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 310; (1987), 87 DTC 5210 (C.F. 1^{re} inst.); *Comr. Of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.); *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510 (H.L.); *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.).

DOCTRINE

Davison, Richard et Anthony Snelson. *The Law of Towage*, London: Lloyd's of London Press, 1990.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

REQUÊTE en radiation de diverses parties de la défense dans une action par laquelle les demandeurs sollicitent la limitation de leur responsabilité à l'égard des dommages causés lorsque le *Rivtow 901*, un chaland non propulsé tiré par le remorqueur de Bayside Towing Ltd., le *Sheena M*, a heurté un pont du CP. Requête accueillie en partie.

ONT COMPARU:

David F. McEwen pour les demandeurs.
William M. Everett pour le Canadien Pacifique, défendeur.

Doug G. Morrison for defendant, Rivtow Marine Ltd.

Doug G. Morrison pour Rivtow Marine Ltd., défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for plaintiffs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, for defendant, Canadian Pacific Railway.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for defendant, Rivtow Maritime Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les demandeurs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, pour le Canadien Pacifique, défendeur.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour Rivtow Maritime Ltd., défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] HARGRAVE P.: The plaintiffs have commenced an action by which they seek limitation of liability under the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9] and under the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976* [being Sch. VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26)], which I will refer to as the 1976 Convention, adopted by Canada in legislation assented to 12 May 1998 [S.C. 1998, c. 6, s. 2].

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les demandeurs ont intenté une action par laquelle ils sollicitent la limitation de la responsabilité qui leur incombe en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9] et de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* [étant l'annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (édité par L.C. 1998, ch. 6, art. 26)], que j'appellerai la Convention de 1976, adoptée par le Canada au moyen d'une loi qui a été sanctionnée le 12 mai 1998 [L.C. 1998, ch. 6, art. 2].

[2] The plaintiffs are said to have done some \$5,000,000 damage to the CPR bridge at Mission, British Columbia, when the chip barge *Rivtow 901*, a dumb barge, in tow of Bayside Towing Ltd's tug, *Sheena M*, struck the bridge on 2 June 1999.

[2] Les demandeurs auraient censément causé des dommages s'élevant à environ 5 000 000 \$ au pont du CP, à Mission (Colombie-Britannique), lorsque le chaland à copeaux *Rivtow 901*, un chaland non propulsé qui était remorqué par le *Sheena M* appartenant à Bayside Towing Ltd. a heurté le pont, le 2 juin 1999.

[3] The plaintiffs commenced this action in September of 1999 and subsequently constituted a limitation fund, an interim fund as the CPR expressed some concern over the appropriate amount of the fund, based on the tonnage of the tug alone, in the amount of \$500,000, pursuant to Court order on 2 November 1999.

[3] Les demandeurs ont intenté cette action au mois de septembre 1999; ils ont subséquemment constitué un fonds, un fonds provisoire, le CP ayant exprimé certaines réserves au sujet de la question de savoir si le montant du fonds devait être de 500 000 \$, calculé à partir de la jauge du remorqueur seulement, conformément à l'ordonnance rendue par la Cour le 2 novembre 1999.

[4] Many authors, and indeed some judges in other jurisdictions, have commented that the intent of the 1976 Convention is that, in return for the benefit to injured claimants of much higher limits of liability, the trade-off to wrongdoing shipowners and crew members is a limitation of liability that is, for practical purposes, unbreakable.

[5] The CPR had the option of accepting, with any other claimants, a prorata share of the fund. Instead the CPR has elected to challenge, among other things, both the plaintiffs' right to limit liability which may be lost pursuant to Article 4 of the 1976 Convention:

Article 4
Conduct barring limitation

A person liable shall not be entitled to limit his liability if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.

and the amount of the limitation fund. The CPR submits that the limitation fund should, contrary to *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, which was decided on the basis of the previous limitation legislation, be based on the flotilla principle of limitation on the combined tonnages of the active tug and the dumb barge.

[6] The plaintiffs now move to strike out various portions of the defence on the basis that they disclose no reasonable defences, but are pleadings which clearly and obviously will fail.

[7] These reasons confirm my determinations given at the hearing of this matter on 28 January 2000, as to some of the plaintiffs' motion to strike out portions of the defence of the Canadian Pacific Railway Company (the CPR) and set out reasons on those portions of the motion upon which I reserved.

[4] De nombreux auteurs et de fait certains juges dans d'autres ressorts ont fait remarquer que, selon l'esprit de la Convention de 1976, puisque les créanciers lésés bénéficient de limites de responsabilité beaucoup plus élevées, le compromis pour les propriétaires de navire et pour les membres d'équipage fautifs est une limitation de la responsabilité qui, à toutes fins utiles, ne peut pas être modifiée.

[5] Le CP avait le choix d'accepter, avec les autres créanciers, une partie du fonds au prorata. Il a plutôt choisi de contester, entre autres choses, le droit des demandeurs de limiter leur responsabilité, ce droit pouvant être perdu conformément à l'article 4 de la Convention de 1976:

Article 4
Conduite supprimant la limitation

Une personne responsable n'est pas en droit de limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.

ainsi que le montant du fonds de limitations. Le CP soutient que, contrairement à ce qui a été décidé dans l'affaire *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497 sur la base de la législation antérieure en matière de limitation, le fonds de limitation devrait être établi sur le principe de limitation dit «de la flottille», c'est-à-dire sur la jauge totale du remorqueur en service et du chaland non propulsé.

[6] Les demandeurs sollicitent maintenant la radiation de diverses parties de la défense pour le motif qu'elles ne révèlent aucun moyen raisonnable de défense, mais qu'elles constituent plutôt des actes de procédure qui doivent clairement et de toute évidence être rejetés.

[7] Les présents motifs confirment les décisions que j'ai rendues à l'audition de cette affaire, le 28 janvier 2000, au sujet de certaines parties de la requête que les demandeurs avaient présentée en vue de faire radier des parties de la défense du Canadien Pacifique (le CP), et constituent mes motifs de décision au sujet des parties de la requête sur lesquelles j'ai reporté ma décision.

ANALYSIS

[8] In determining whether various portions of the defence ought to be struck out I have kept in mind that the test in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980, that it be plain and obvious that a pleading discloses no reasonable cause of action, or no reasonable defence, places a heavy onus on the party seeking to strike out a pleading. It is a difficult test to satisfy. While other cases have provided a gloss on the term “plain and obvious”, including characterizing such a pleading as beyond doubt forlorn, or futile or a pleading leading to no result, those phrases are explanatory. Indeed, Madam Justice Wilson, in *Hunt*, also uses phrases such as “radical defect” and looks at a pleading to determine whether it is “fit to be tried”. These explanations add nothing to the test. Nor are they cumulative in effect. The plain and obvious test remains as the measure to apply. I have also kept in mind that a novel approach, or an argument upon which it is difficult to succeed, are not grounds for striking out. And all the more so when the proceeding is a limitation action, a well known concept in itself, but in this instance one of the first such proceedings under the new Canadian limitation of liability legislation. As such it may involve serious issues of law, or uncertain points of law, which ought not to be determined on an interlocutory motion to strike out a pleading.

[9] In paragraph 7 of the defence, in a plea which the CPR hopes might lead to a bar to limitation, the CPR refers to the actions of the plaintiffs, the crew and the owners of the tug, as being wilful defaults. A wilful default is not the term used in the 1976 Convention as constituting conduct barring limitation. Rather the 1976 Convention refers to acts or omissions committed with an intent to cause harm, and to actions taken recklessly with knowledge of the result. However, the CPR is able to point to subsec-

ANALYSE

[8] Pour décider si diverses parties de la défense doivent être radiées, j’ai tenu compte du fait que le critère énoncé dans l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980, à savoir qu’il doit être évident et manifeste qu’un acte de procédure ne révèle aucune cause raisonnable d’action ou aucun moyen raisonnable de défense, impose un lourd fardeau à la partie qui demande la radiation d’un acte de procédure. Ce critère est difficile à respecter. D’autres décisions renferment des commentaires au sujet de l’expression «évident et manifeste»; il a notamment été dit que pareille acte de procédure doit être indubitablement désespéré ou futile ou qu’il doit s’agir d’un acte de procédure n’aboutissant à aucun résultat, mais ces caractéristiques sont suffisamment explicites. De fait, dans l’arrêt *Hunt*, M^{me} le juge Wilson emploie également des expressions telles que «vice fondamental» et examine un acte de procédure en vue de déterminer s’il est «susceptible d’instruction». Ces explications n’ajoutent rien au critère. Elles n’ont pas non plus un effet cumulatif. Le critère relatif à la question de savoir si l’issue de l’affaire est évidente et manifeste est celui qui s’applique. J’ai également tenu compte du fait qu’une approche nouvelle, ou un argument qu’il est difficile de faire valoir avec succès, ne justifient pas la radiation, d’autant plus lorsque la procédure en cause est une action en limitation, un concept bien connu en soi, mais qui est ici l’une des premières procédures de ce genre à être engagées en vertu de la nouvelle législation canadienne sur la limitation de la responsabilité. Partant, cette procédure peut comporter de sérieuses questions de droit, ou des points de droit incertains, qui ne devraient pas être tranchés dans le cadre d’une requête interlocutoire visant à la radiation d’un acte de procédure.

[9] Au paragraphe 7 de la défense, dans une allégation qui, selon ce qu’espère le CP, pourrait entraîner la suppression de la limitation, le CP qualifie d’omissions volontaires les actes des demandeurs, de l’équipage et des propriétaires du remorqueur. Or, dans la Convention de 1976, il n’est pas fait mention de l’omission volontaire en tant que conduite supprimant la limitation. La Convention de 1976 parle plutôt d’actes ou d’omissions commis avec l’intention de provoquer un dommage, et d’actions commises

tion 564(3) of the *Canada Shipping Act* which, in certain circumstances, deems a breach of the collision regulations a wilful default.¹ Wilful has many dictionary meanings, including that something be done in a reckless manner, or a designed manner, purposely, intending the result which comes about. Wilful also has the connotation of a positive act, as opposed to a negative act leading to negligence which arises merely from heedlessness or nonfeasance. These concepts of wilfulness may be close to the test under Article 4 of the 1976 Convention which, as I say, is in terms of acts committed with intent to cause loss or acts committed recklessly with the knowledge of the probable result.

[10] Still dealing with the meaning of wilfulness I recognize that the wording used in Article 4 of the 1976 Convention differs from that set out in subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, the latter being as follows:

564. . . .

(3) Where any injury to a person or damage to property arises from the non-observance by any vessel or raft of any of the Collision Regulations, the injury or damage shall be deemed to have been occasioned by the wilful default of the person in charge of that raft or of the deck of that vessel at the time, unless it is shown to the satisfaction of a court that the circumstances of the case made a departure from the regulation necessary. [Emphasis added.]

Counsel for the plaintiffs submits that, as a primary canon of construction, where different words are used in legislation, parliament must clearly have intended a different meaning or test in each case: see for example *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at page 1135 and *Driedger on the Construction of Statutes*, Butterworths, 3rd ed. 1994, at pages 164-165. Yet, to be fair to the CPR, subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, deeming wilful default, is Canadian legislation. The 1976 Convention is an international

témérement et avec conscience du résultat probable. Toutefois, le CP peut signaler le paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* en vertu duquel, dans certaines circonstances, une violation des règlements sur les abordages est censée constituer une omission volontaire¹. Le mot «volontaire» est défini de bien des façons dans les dictionnaires et s'entend notamment de quelque chose qui est fait d'une façon imprudente, à dessein, par exprès, dans l'intention d'en arriver au résultat qui s'est de fait produit. Le mot «volontaire» connote également un acte positif, par opposition à une abstention menant à une négligence qui découle simplement de l'inattention ou d'une omission. Ces notions, en ce qui concerne le caractère volontaire, se rapprochent peut-être du critère prévu à l'article 4 de la Convention de 1976 qui, comme je l'ai dit, parle d'actes «commis avec l'intention de provoquer un dommage, ou commis témérement et avec conscience du résultat probable.

[10] En ce qui concerne le sens du mot «volontaire», je reconnais en outre que le libellé de l'article 4 de la Convention de 1976 est différent de celui du paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui se lit comme suit:

564. [. . .]

(3) Lorsqu'une personne est blessée ou que des biens subissent quelque dommage par suite de l'inobservation, par un bâtiment ou par un radeau, de l'un quelconque des règlements sur les abordages, la blessure ou le dommage sont censés avoir été causés par l'omission volontaire de la personne qui avait la direction du radeau ou par celle qui était de service sur le pont du bâtiment à ce moment-là, à moins qu'il ne soit prouvé, à la satisfaction du tribunal, que les circonstances nécessitaient une dérogation au règlement. [Non souligné dans l'original.]

L'avocat des demandeurs soutient qu'en vertu d'une règle fondamentale d'interprétation, lorsque des mots différents sont employés dans un texte de loi, le législateur doit clairement avoir voulu qu'un sens différent ou un critère différent s'applique dans chaque cas: voir par exemple, *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, à la page 1135 et *Driedger on the Construction of Statutes*, Butterworths, 3^e édition 1994, aux pages 164 et 165. Pour rendre justice au CP, le paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du*

convention, arising out of a conference in London in 1976, which has set wording in it on a take or leave it basis, as to most provisions, including Article 4.

[11] It may be difficult for the CPR to convince a judge that a breach of the collision regulations and the application of subsection 564(3) of the *Canada Shipping Act*, leading to a deemed positive act of wilfulness, which can also mean an act done in a reckless manner, intending the result, bars limitation under Article 4. But it is proper that Article 4 be fully tested by the Court, with the assistance of top counsel, so as to provide an important precedent. This being said, there is a portion of paragraph 7 of the defence which plainly and obviously cannot succeed.

[12] The inclusion of allegations of wilful default on the part of the defendant, Rivtow Marine Ltd. (Rivtow), plainly and obviously cannot succeed. Certainly I must accept the facts set out in the defence to be true, but allegations based on facts, or allegations based on presumptions of law, are not similarly deemed to be true: see for example *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 455 and *Lawrence v. R.*, [1978] 2 F.C. 782 (T.D.), at page 784:

As a general rule, the Court is bound in an application such as this to assume the truth of the facts alleged in the statement of claim. That does not pertain when the allegation of fact is really a proposition of law. It is for the Court, not the pleader, to say what the law is.

[13] Returning to the place of Rivtow, in the present instance it is as a defendant. The plaintiffs do not allege that Rivtow contributed to the accident. Rivtow's actions are irrelevant to the issue, in a limitation action, of whether the plaintiffs in this action engaged in conduct which bars them from limiting their liability. Certainly Rivtow, which itself suffered damage to its dumb barge in the hands of the

Canada, portant sur l'omission volontaire réputée, est une disposition légale canadienne. La Convention de 1976 est une convention internationale, découlant d'une conférence qui a eu lieu à Londres en 1976 et dont le libellé ne peut faire l'objet d'aucun compromis en ce qui concerne la plupart des dispositions, dont l'article 4.

[11] Il peut être difficile pour le CP de convaincre un juge qu'une violation des règlements sur les abordages et l'application du paragraphe 564(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, menant à une présomption d'acte positif volontaire, ce qui peut également signifier un acte que l'on a commis d'une façon imprudente dans l'intention d'aboutir au résultat obtenu, supprimant la limitation prévue par l'article 4. Cependant, il est opportun pour la Cour d'analyser l'article 4 au complet, avec l'aide d'éminents avocats, de façon à établir un précédent important. Ceci dit, le paragraphe 7 de la défense doit manifestement et de toute évidence être en partie rejeté.

[12] L'inclusion d'allégations relatives à une omission volontaire de la part de la défenderesse, Rivtow Marine Ltd. (Rivtow), doit manifestement et de toute évidence être rejetée. À coup sûr, je dois considérer les faits énoncés dans la défense comme vrais, mais les allégations fondées sur les faits, ou les allégations fondées sur des présomptions de droit, ne jouissent pas de la même présomption de véracité: voir par exemple *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 455, et *Lawrence c. R.*, [1978] 2 C.F. 782 (1^{re} inst.), à la page 784:

En règle générale, la Cour est tenue, dans un cas comme celui-ci, d'accepter la véracité des faits allégués dans la déclaration. Cette règle ne s'applique pas lorsque le fait allégué est en réalité un point de droit. Il n'appartient pas au plaideur, mais à la Cour, de dire le droit.

[13] Pour revenir à Rivtow, il s'agit en l'espèce d'une défenderesse. Les demandeurs n'allèguent pas que Rivtow a contribué à l'accident. Les actions de Rivtow n'ont rien à voir avec la question qui se pose dans une action en limitation, c'est-à-dire en l'espèce la question de savoir si la conduite des demandeurs supprime la limitation de leur responsabilité. À coup sûr, Rivtow, dont le chaland non propulsé a également

plaintiffs, may have a claim against the plaintiffs, but that is not a basis on which the CPR can allege, in the plaintiffs' limitation action, that Rivtow is unable to limit because of conduct. Perhaps, if liability can be brought home to Rivtow, through its dumb barge towed by a tug belonging to someone else, Rivtow might in the future bring its own limitation action. However, it is premature to try to break limitation as against Rivtow in the limitation action of Bayside Towing and the tug's master and mate.

[14] As I have already noted, part of paragraph 7 is good, however the aspect of allegations of wilful default against Rivtow can lead to nothing. Plainly and obviously they will not succeed in this proceeding. Therefore paragraph 7 is struck out, with liberty to the CPR to amend.

[15] In paragraph 8 of the defence the CPR alleges that the *Rivtow 901* struck and damaged the bridge as a result of the reckless and negligent navigation, management or operation of the defendant Rivtow and also by the reckless and negligent navigation, management or operation by the plaintiff Bayside. This paragraph suffers from two fatal flaws. First, it is primarily concerned with the actions of Rivtow which, as I have pointed out, are irrelevant. Second, the CPR alleges only reckless and negligent navigation. The test set out in Article 4 of the 1976 Convention not only has nothing to do with negligence, but also is phrased in terms of recklessness and knowledge. Paragraph 8 is struck out with leave to amend if the CPR believes it is able to show recklessness and knowledge, or an intended act on the part of Bayside and the crew members.

[16] In paragraph 10 of its defence the CPR sets the particulars of the conduct of the plaintiffs which it says constitutes conduct which is a bar to limitation of liability. For the most part the wording leading up to

été endommagé par les demandeurs, dispose peut-être d'une réclamation à l'encontre de ces derniers, mais cela ne permet pas pour autant au CP d'alléguer, dans l'action en limitation des demandeurs, que Rivtow ne peut pas limiter sa responsabilité à cause de sa conduite. Rivtow, dont le chaland non propulsé était tiré par un remorqueur appartenant à quelqu'un d'autre, pourrait peut-être dans l'avenir tenter sa propre action en limitation si une responsabilité lui était imputée. Toutefois, il est prématuré, dans l'action en limitation intentée par Bayside Towing ainsi que par le capitaine et le capitaine en second du remorqueur, d'essayer de modifier la limitation dont bénéficie Rivtow.

[14] Comme je l'ai fait remarquer, le paragraphe 7 est en partie justifié, mais les allégations d'omissions volontaires qui sont faites contre Rivtow ne peuvent aboutir à rien. Dans cette instance, elles seront manifestement et de toute évidence rejetées. Par conséquent, le paragraphe 7 est radié, le CP ayant la faculté de le modifier.

[15] Au paragraphe 8 de la défense, le CP allègue que le *Rivtow 901* a heurté et endommagé le pont à cause de la façon imprudente et négligente dont la navigation, la conduite ou l'exploitation étaient assurées par la défenderesse Rivtow ainsi que par la demanderesse Bayside. Ce paragraphe comporte deux erreurs fatales. En premier lieu, il se rapporte principalement aux actions de Rivtow qui, comme je l'ai signalé, ne sont pas pertinentes. En second lieu, le CP allègue uniquement que la navigation était assurée d'une façon imprudente et négligente. Or, le critère énoncé à l'article 4 de la Convention de 1976 n'a rien à voir avec la négligence, son libellé étant plutôt axé sur les notions d'imprudence et de connaissance. Le paragraphe 8 est radié, l'autorisation de le modifier étant accordée au CP s'il croit être en mesure de démontrer l'imprudence et la connaissance, ou un acte intentionnel de la part de Bayside et des membres d'équipage.

[16] Au paragraphe 10 de sa défense, le CP donne des précisions au sujet de la conduite des demandeurs, cette conduite supprimant selon lui la limitation de la responsabilité. En général, le libellé, dans lequel 37

37 specific particulars is drawn from Article 4 of the 1976 Convention. There is an allegation of negligence in paragraph 10, however, that, in my view, falls into the category of a mere surplus statement from which no prejudice flows: see for example *Lower Similkameen Indian Band v. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (T.D.), at page 311, there referring to *Copperhead Brewing Co. v. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (F.C.T.D.).

[17] Without being exhaustive in categorization, the particulars are, to a large extent, derived from the *Collision Regulations* [C.R.C., c. 1416], including the good seamanship aspect of the Regulations, while others relate to manning, maintenance and supervision. The plaintiffs say that breaches of any of the standards alleged in the particulars amount only to negligence and therefore such pleas plainly and obviously cannot succeed, here referring to Prothonotary Preston's reasons in *West Hill Redevelopment Co. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 310 (F.C.T.D.). To the contrary, the CPR submits that if the particulars are proven, they will establish recklessness and knowledge.

[18] Certainly, knowledge of the damage to the CPR bridge which might flow from the particular breaches set out by the CPR is a reasonable given. Whether these breaches amount to recklessness is more problematical.

[19] Mr. Justice Devlin, as he then was, dealt with a concept of recklessness in *Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.), at issue there being the reckless supply of an unseaworthy barge pursuant to the London Lighterage Clause, the barge, *Niagara*, being described by Mr. Justice Devlin [at page 467] as "elderly but not (if I may so put it) senile". Mr. Justice Devlin points out that recklessness is more than mere negligence or inadvertence and that while it is not necessarily a criminal or even morally

précisions sont données, est tiré de l'article 4 de la Convention de 1976. Toutefois, au paragraphe 10 figure une allégation de négligence qui, à mon avis, n'est qu'une déclaration faite en trop n'entraînant aucun préjudice: voir par exemple, le jugement *Bande indienne de Lower Similkameen c. Allison* (1995), 99 F.T.R. 305 (1^{re} inst.), à la page 311, dans lequel il est fait mention de la décision *Copperhead Brewing Co. c. John Labatt Ltd.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 317 (C.F. 1^{re} inst.).

[17] Sans être exhaustives au point de vue de la catégorisation, les précisions sont dans une large mesure tirées du *Règlements sur les abordages* [C.R.C., ch. 1416], notamment les bons usages maritimes mentionnés dans les règlements, alors que d'autres se rapportent à la dotation en équipage, à la maintenance et à la supervision. Les demandeurs disent que la violation de l'une ou l'autre des normes mentionnées dans les précisions équivaut uniquement à une négligence et que pareilles plaidoiries doivent donc être manifestement et de toute évidence rejetées; à cet égard, ils mentionnent les motifs que le protonotaire Preston a prononcés dans l'affaire *West Hill Redevelopment Co. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 310 (C.F. 1^{re} inst.). De son côté, le CP soutient que si les précisions sont prouvées, elles établiront l'imprudence et la connaissance.

[18] À coup sûr, il est raisonnable de considérer que l'on savait que les violations particulières mentionnées par le CP causeraient peut-être des dommages au pont du CP. Cependant, la question de savoir si ces violations équivalent à de l'imprudence pose plus de problèmes.

[19] Le juge Devlin (tel était alors son titre) a examiné la notion d'imprudence dans l'arrêt *Reed & Co. Ltd. v. London & Rochester Trading Company, Ltd.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 463 (Q.B.); dans cette affaire, on avait fourni d'une façon imprudente un chaland inapte à prendre la mer conformément au London Lighterage Clause, ce chaland, qui s'appelait le *Niagara*, étant décrit par le juge Devlin [à la page 467] comme étant [TRADUCTION] «ancien, sans être antique (si je puis m'exprimer ainsi)». Le juge Devlin signale que l'imprudence est plus qu'une simple

culpable matter, it does mean the deliberate running of an unjustified risk (at pages 475-476):

The term “recklessly,” I think, does not really give rise to much difficulty. It means something more than mere negligence or inadvertence. I think it means deliberately running an unjustifiable risk. There is not anything necessarily criminal, or even morally culpable, about running an unjustifiable risk; it depends in relation to what risk is run; it may be a big matter or it may be a small matter. If I go out on a cold afternoon and forget to take my overcoat with me, that may be mere inadvertence, and not recklessness at all; it may be carelessness and not recklessness. If I decide that I will not take my overcoat with me although I know quite well that I may catch cold if I do not, I run the risk of catching cold, and I run that risk deliberately, although it may not be a very serious matter. I think that is the sort of recklessness that has to be considered in this case. It does not involve, in the circumstances of this case, a reckless disregard of human life, or anything of that sort, but it is sufficient that in relation to the cargo which the barge is intended to carry, the company, or somebody in it who is in this connection responsible, should be deliberately running an unjustifiable risk of this kind of cargo being damaged.

In Mr. Justice Devlin’s examples there is a knowledge element. Recklessness was further considered by the House of Lords in *Comr. of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 and in *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510. In both instances the context was the criminal law. However, in the latter recklessness was said to contain two elements. First, acting in such a manner as to create an obvious and serious risk; and second, doing so without giving any thought to the possibility of there being any such risk, or having recognized that there was risk involved, nevertheless decided to take the risk. These definitions are not inconsistent with Mr. Justice Devlin’s view of recklessness

[20] I cannot say that the CPR’s case for recklessness, on the particulars set out in paragraph 10, is clearly and obviously one which will not succeed. It may well be a difficult argument to make. However,

négligence ou une simple inadvertance et que même si elle n’a peut-être rien de criminel ou même de moralement mauvais, l’imprudence signifie bel et bien que l’on a délibérément couru un risque injustifié (aux pages 475 et 476):

[TRADUCTION] À mon avis, l’expression «d’une façon imprudente» ne pose pas réellement de problème. Ce n’est pas une simple négligence ou une simple inadvertance. Je crois que cela veut dire que l’on court délibérément un risque injustifiable, ce qui n’est pas nécessairement criminel ou même moralement mauvais; cela dépend du risque en cause; cela peut avoir une grande importance ou cela peut avoir une importance minime. Si je sors quand il fait froid et si j’oublie d’apporter mon manteau, il s’agit peut-être d’une simple inadvertance sans être pour autant de l’imprudence; je fais peut-être preuve d’insouciance plutôt que d’imprudence. Si je décide de ne pas apporter mon manteau alors que je sais fort bien que j’attraperai peut-être le rhume si je ne le fais pas, je cours le risque d’attraper le rhume, et ce, délibérément, même si cela n’est pas très grave. Je crois qu’il s’agit du genre d’imprudence dont il faut tenir compte en l’espèce. Eu égard aux circonstances de l’affaire, cela ne dénote pas que l’on manque de respect, par imprudence, pour la vie des gens, ou quelque chose de ce genre, mais il suffit, en ce qui concerne la cargaison que le chaland doit transporter, que la société ou qu’un employé de la société qui est responsable à cet égard, courre délibérément un risque injustifiable ayant pour effet de causer des dommages à ce genre de cargaison.

Dans les exemples donnés par le juge Devlin, il y a un élément de connaissance. La notion d’imprudence a également été examinée par la Chambre des lords dans les décisions *Comr. of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 et *Reg. v. Lawrence (Stephen)*, [1982] A.C. 510. Il s’agissait de deux affaires criminelles. Toutefois, dans la dernière affaire, il était allégué que l’imprudence comportait deux éléments: en premier lieu, le fait d’agir de façon à créer un risque évident et sérieux et, en second lieu, le fait d’agir ainsi sans songer à la possibilité de l’existence de pareil risque, ou si le risque était reconnu, le fait de décider néanmoins de le courir. Ces définitions ne sont pas incompatibles avec l’avis que le juge Devlin a exprimé au sujet de la notion d’imprudence.

[20] Compte tenu des précisions données au paragraphe 10, je ne puis dire que l’allégation du CP, en ce qui concerne la question de l’imprudence, sera clairement et de toute évidence rejetée. Il est peut-être

it is not a forlorn argument. Paragraph 10 will remain except as to the reference, immediately preceding the itemized particulars, “to the operators, master, officers or crew of the *Rivtow 901*”, which shall be removed as neither the wilful default nor the recklessness of Rivtow has any relevance in this limitation proceeding.

[21] Paragraph 11 sets out the same particulars as are contained in paragraph 10, however the thrust of paragraph 11 is the relationship between wilful default and recklessness, on the one hand, and Rivtow on the other hand. As I have already pointed out the reference to Rivtow is irrelevant in these proceedings. It is a plea that will lead to nothing. It is a plea that plainly and obviously discloses no reasonable means by which to break limitation of liability as against the plaintiffs. Paragraph 11 is struck out.

[22] Paragraph 12 of the defence relies on the maxim of *res ipsa loquitur* as *prima facie* evidence and proof of, among other things, wilful default and recklessness with intention to cause loss, or with the knowledge that such loss would probably result.

[23] *Res ipsa loquitur*, as it applied at one time, merely raised a *prima facie* case of negligence. From this point of view, mere negligence being irrelevant in order to break limitation of liability under the 1976 Convention, so is the plea of that maxim. Moreover, in addition, *res ipsa loquitur* is no longer applicable in Canada, even in respect of negligence: see for example *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)*, [1998] 1 S.C.R. 424, at page 435:

Whatever value *res ipsa loquitur* may have once provided is gone. Various attempts to apply the so-called doctrine have been more confusing than helpful. Its use has been restricted to cases where the facts permitted an inference of negligence and there was no other reasonable explanation for the accident. Given its limited use it is somewhat meaningless to refer to that use as a doctrine of law.

difficile de faire valoir cet argument. Toutefois, il ne s’agit pas d’un argument désespéré. Le paragraphe 10 sera maintenu, sauf en ce qui concerne la mention précédant les précisions qui sont données, faite [TRADUCTION] «aux exploitants, au capitaine, aux officiers ou à l’équipage du *Rivtow 901*», laquelle sera supprimée puisque ni l’omission volontaire ni l’imprudence de Rivtow ne sont pertinentes dans la présente action en limitation.

[21] Au paragraphe 11, sont énoncées les mêmes précisions que celles qui figurent au paragraphe 10, mais le paragraphe 11 traite du rapport qui existe entre l’omission volontaire et l’imprudence d’une part et Rivtow d’autre part. Comme je l’ai déjà dit, la mention de Rivtow n’est pas pertinente en l’espèce. Il s’agit d’une allégation qui ne mènera à rien. Il s’agit d’une allégation qui, manifestement et de toute évidence, ne révèle aucun moyen raisonnable permettant de modifier la limitation de responsabilité qui s’applique aux demandeurs. Le paragraphe 11 est radié.

[22] Le paragraphe 12 de la défense est fondé sur la maxime *res ipsa loquitur* en tant que preuve *prima facie* et, en tant que preuve entre autres choses, d’une omission volontaire et d’une imprudence visant à causer une perte, ou du fait que l’on savait que pareille perte serait probablement subie.

[23] La maxime *res ipsa loquitur*, telle qu’elle s’appliquait à un moment donné, donnait simplement lieu à une preuve *prima facie* de négligence. Cela étant, puisque la simple négligence n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de modifier la limitation de responsabilité prévue par la Convention de 1976, il en va de même pour l’allégation fondée sur cette maxime. En outre, la maxime *res ipsa loquitur* ne s’applique plus au Canada, même en matière de négligence: voir par exemple *Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424, à la page 435:

Quelle que soit la valeur que la maxime *res ipsa loquitur* a pu avoir dans le passé, elle ne l’a plus maintenant. Diverses tentatives d’appliquer cette prétendue règle ont été plus déroutantes qu’utiles. Son utilisation a été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d’aucune autre explication raisonnable de l’accident. Vu cet usage restreint, il est quelque peu exagéré de le qualifier de règle de droit.

It would appear that the law would be better served if the maxim was treated as expired and no longer used as a separate component in negligence actions. After all, it was nothing more than an attempt to deal with circumstantial evidence. That evidence is more sensibly dealt with by the trier of fact, who should weigh the circumstantial evidence with the direct evidence, if any, to determine whether the plaintiff has established on a balance of probabilities a *prima facie* case of negligence against the defendant. Once the plaintiff has done so, the defendant must present evidence negating that of the plaintiff or necessarily the plaintiff will succeed.

[24] Paragraph 12 also touches upon statutory breach. Again this does not help the CPR and here I would refer to *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at page 225, where Mr. Justice Dickson, as he then was, does not recognize the nominate tort of statutory breach, pointing out that it should be considered in the context of the general law of negligence:

For all of the above reasons I would be adverse to the recognition in Canada of a nominate tort of statutory breach. Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence. Negligence and its common law duty of care have become pervasive enough to serve the purpose invoked for the existence of the action for statutory breach.

[25] As an alternative, the CPR offered to amend paragraph 12 to take out the reference to *res ipsa loquitur* as proof of wilful default and recklessness. This proposed amendment does not assist.

[26] I am not convinced that paragraph 12 can be amended so as to leave any substance, with the removal of the *res ipsa loquitur* and statutory breach concepts. However, here I will give the CPR the benefit of the doubt: while paragraph 12 is struck out, the CPR may attempt an amendment.

[27] Paragraph 13 sets out that as the result of wilful default, recklessness and several other things, which are surplus, committed with intent, or committed with

Il semblerait que le droit s'en porterait mieux si la maxime était tenue pour périmée et n'était plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence. Après tout, elle ne représentait rien de plus qu'une tentative de traiter de la preuve circonstancielle. Il est plus logique que le juge des faits traite de cette preuve en la soupesant en fonction de la preuve directe, s'il en est, pour décider si le demandeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, une preuve *prima facie* de la négligence du défendeur. Une fois que le demandeur a fait cela, le défendeur doit produire une preuve réfutant celle du demandeur, sans quoi ce dernier aura nécessairement gain de cause.

[24] Le paragraphe 12 traite également du manquement à une obligation légale. Cela n'aide pas le CP non plus; je mentionnerai ici l'arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, à la page 225, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) n'a pas reconnu le délit civil spécial de manquement à une obligation légale et a signalé que la violation d'une loi doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence:

Pour tous ces motifs, je serais opposé à ce qu'on reconnaisse au Canada l'existence d'un délit civil spécial de manquement à une obligation légale. La violation d'une loi, lorsqu'elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence. La notion de négligence et celle d'obligation de diligence qui s'y rattache en *common law* sont assez fortes pour servir aux fins invoquées à l'appui de l'existence de l'action fondée sur l'infraction à une loi.

[25] Subsidiairement, le CP a offert de modifier le paragraphe 12 de façon que la maxime *res ipsa loquitur* ne soit plus mentionnée à titre de preuve de l'omission volontaire ou de l'imprudence. La modification envisagée ne nous aide pas.

[26] Si la maxime *res ipsa loquitur* et la notion de manquement à une obligation légale sont supprimées, je ne suis pas convaincu que le paragraphe 12 puisse être modifié sans en enlever toute substance. Toutefois, je laisse ici le bénéfice du doute au CP; le paragraphe 12 est radié, mais le CP peut essayer de le modifier.

[27] Au paragraphe 13, il est énoncé que, par suite de l'omission volontaire, de l'imprudence et de plusieurs autres actes (qui sont des déclarations faites

knowledge that a loss would result, the CPR has suffered loss, damage and expense estimated in excess of \$5,000,000. This paragraph would seem to refer back to paragraph 10 and as such, at least to the extent that paragraph 10 is viable, is a proper plea. It shall remain.

[28] In paragraph 14 the CPR says that, as a result of all of this, both the plaintiffs and the defendant Rivtow are barred from limiting their liability pursuant to the *Canada Shipping Act* or the 1976 Convention. As I have pointed out the ability of Rivtow to limit its liability has no place in this proceeding. Paragraph 14 shall be amended to omit any reference to Rivtow.

[29] Paragraph 15 is a challenge to the concept set out by the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, *supra*, which established that the relevant limitation tonnage is that of the tug alone and not tug and tow combined. In effect, *The Rhône* signalled the demise of the flotilla principle in Canada bringing the Canadian law into line with the English law.

[30] The Supreme Court of Canada reached this decision on the basis of *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.) in which Lord Denning, M.R. was of the view that where those on board the tug were negligent and those on the tow are not (or as in this instance the tow is a dumb barge) the cause of the damage is the improper navigation of the tug and not the tow. Lord Denning went on to say that he found there was no logical ground for the assessment of liability on the combined tonnage of tug and tow, even where both are commonly owned. This approach was followed by Mr. Justice Kerr in *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.). This, and other cases which Mr. Justice Iacobucci touched upon in *The Rhône*, led to his summation that the jurisprudence on the issue of appropriate limitation tonnage, in a towage context, never extended to the tonnage of all the vessels in the flotilla being taken into account in order to determine limitation of liability.

en trop) que l'on a commis intentionnellement ou en sachant qu'il en résulterait une perte, le CP a subi une perte et des dommages et a engagé des frais qui sont évalués à plus de 5 000 000 \$. Ce paragraphe semblerait se rapporter au paragraphe 10 et, partant, dans la mesure du moins où le paragraphe 10 peut subsister, il s'agit d'une plaidoirie appropriée. Ce paragraphe sera maintenu.

[28] Au paragraphe 14, le CP affirme que, cela étant, les demandeurs et la défenderesse Rivtow ne peuvent pas limiter leur responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ou de la Convention de 1976. Comme je l'ai signalé, la capacité de Rivtow de limiter sa responsabilité n'est pas pertinente en l'espèce. Le paragraphe 14 sera modifié de façon qu'il n'y soit pas fait mention de Rivtow.

[29] Au paragraphe 15, le CP conteste l'idée que la Cour suprême du Canada a énoncée dans l'arrêt *Le Rhône*, précité, à savoir que la jauge pertinente aux fins de la limitation est celle du remorqueur seulement plutôt que la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué. L'arrêt *Le Rhône* a entraîné la disparition du principe de la flotille au Canada et a ainsi aligné le droit canadien et le droit anglais.

[30] La Cour suprême du Canada est arrivée à sa décision en se fondant sur le jugement *Bramley Moore, The*, [1964] P. 200 (C.A.), dans lequel lord Denning, M.R., a exprimé l'avis selon lequel, lorsque les personnes qui étaient à bord du remorqueur ont été négligentes et que celles qui étaient à bord du bâtiment remorqué ne l'ont pas été (ou lorsque comme dans ce cas-ci le bâtiment remorqué est un chaland non propulsé) le dommage est attribuable à la mauvaise navigation du remorqueur plutôt que du bâtiment remorqué. Lord Denning a ajouté qu'il concluait que rien ne permettait logiquement d'apprécier la responsabilité compte tenu de la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué, même si les deux bâtiments appartenaient au même propriétaire. Cette approche a été suivie par M. le juge Kerr dans la décision *Sir Joseph Rawlinson, The*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Adm. Ct.). Cette décision ainsi que les autres affaires dont le juge Iacobucci a parlé dans l'arrêt *Le Rhône* ont servi de fondement aux conclusions finales que le

[31] *The Rhône* was, at least to some degree, the product of the wording of section 647 of the *Canada Shipping Act*, which, at the time, paralleled the English legislation which gave rise to the decisions in *The Bramley Moore* and in *The Sir Joseph Rawlinson*.

[32] *The Rhône* was decided on the basis of what was then subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9], the effect of which was to calculate the limit of liability using the tonnage of the vessel or vessels causing the damage. As I have already noted, Mr. Justice Iacobucci, who wrote the majority judgment, pointed out that the jurisprudence on the issue of limitation for tug and tow had never extended as far as to require all vessels within the flotilla belonging to an impugned shipowner, to be taken into account when computing tonnage. Rather the intent was to take into account only the tonnage of the vessels causing the alleged damage and that apart from the vessel responsible for the navigation of a flotilla, only vessels in the same ownership, which physically cause or contributed to damage, formed the unit for which liability was limited: see page 541.

[33] Section 647 of the *Canada Shipping Act* is no more. Yet, for vessels of under 300 tons, as is the case of the *Sheena M*, section 577 [as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2] of the *Canada Shipping Act* parallels, although it does not completely reflect, former section 647 of the *Canada Shipping Act*.

juge a énoncées, à savoir que dans la jurisprudence portant sur la question de savoir de quelle jauge il convenait de tenir compte aux fins de la limitation dans le contexte du remorquage, il n'a jamais été tenu compte de la jauge de tous les bâtiments de la flottille lorsqu'il s'est agi de déterminer la limitation de responsabilité.

[31] L'arrêt *Le Rhône* était fondé, du moins dans une certaine mesure, sur le libellé de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui, à ce moment-là, était comparable à la législation anglaise qui a donné lieu aux décisions *The Bramley Moore* et *The Sir Joseph Rawlinson*.

[32] Le jugement *Le Rhône* a été rendu compte tenu de ce qui était alors le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, ch. S-9], selon lequel la limite de responsabilité était fonction de la jauge du navire ou des navires qui avaient causé les dommages. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge Iacobucci, qui a rendu jugement au nom de la majorité, a souligné que la jurisprudence portant sur la question de la limitation de responsabilité applicable aux remorqueurs et aux bâtiments remorqués n'étaient jamais allés jusqu'à exiger que tous les navires de la flottille appartenant au propriétaire du bâtiment en cause entrent en ligne de compte aux fins du calcul de la jauge. Il fallait plutôt tenir uniquement compte de la jauge des bâtiments qui avaient causé les dommages allégués; à part le bâtiment qui était responsable de la navigation de la flottille, seuls les bâtiments appartenant au même propriétaire qui avaient matériellement causé les dommages ou qui y avaient matériellement contribué formaient l'unité à l'égard de laquelle la responsabilité était limitée: voir la page 541.

[33] L'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* n'existe plus. Cependant, en ce qui concerne les bâtiments de moins de 300 tonnes, comme c'est le cas du *Sheena M*, l'article 577 [mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2] de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est comparable à l'ancien article 647 de cette Loi, même s'il ne correspond pas complètement à cette disposition.

[34] This approach by the CPR, that the flotilla principle ought now to apply, is at least a thin argument. Yet, counsel for the CPR refers to a passage from Richard Davison and Anthony Snelson in *The Law of Towage*, Lloyd's of London Press, 1990, for the proposition that under the 1976 Convention there is less reason to restrict the limitation fund to the tonnage of the tug alone [at page 87]:

The change from a regime restricting the right to limit to damage caused by acts or omissions in the navigation or management of the ship to a regime where the right to limit exists "whatever the basis of liability may be" may have affected this issue. Although the principle stated by Lord Denning in *The Bramley Moore*, namely that limitation is a right based on policy and not on justice, undoubtedly holds good, the basis of the decision discussed above is the concept of causative negligence in the "navigation or management" of a vessel. Now that the party wishing to limit only has to show that liability arose "in direct connection with the operation of the ship" there may be less reason to restrict the fund to the tonnage of the tug alone. Indeed, both the Court of Appeal in *The Bramley Moore* and Kerr J. in *The Sir Joseph Rawlinson* were, in a sense, compelled to adopt a restrictive approach by the dilemma that if the crew of the tug were navigating both tug and tow and the causative negligence was negligence in the navigation of both, then it necessarily followed that there would be unlimited liability in respect of the navigation of the tow, unless tug and tow were in common ownership. That dilemma has been removed by the much more open wording of the 1976 Convention.

[35] Whether or not Davison and Snelson are correct in suggesting the flotilla principle might be very much alive under the 1976 Convention, the result is that counsel for the CPR would not be embarrassed to argue for a combined tonnage limitation fund, that is the combined tonnage of the *Sheena M* and of the *Rivtow 901*. Thus the plea for a combined tonnage limitation fund is not plainly and obviously one which will fail. Paragraph 15 shall remain.

[34] L'approche adoptée par le CP, à savoir que le principe de la flottille devrait maintenant s'appliquer, est pour le moins peu convaincante. Pourtant, l'avocat du CP cite un passage de Richard Davidson et Anthony Snelson dans *The Law of Towage*, Lloyd's of London Press, 1990, à l'appui de la thèse selon laquelle, en vertu de la Convention de 1976, il est moins justifié de restreindre le fonds constitué à la jauge du remorqueur seulement [à la page 87]:

[TRADUCTION] Le fait que l'on est passé d'un régime restreignant le droit de limiter la responsabilité aux dommages causés par des actes ou des omissions dans la navigation ou dans la conduite du navire à un régime dans lequel le droit de limiter pareille responsabilité existe, et ce, «quel que soit le fondement de la responsabilité» peut avoir influé sur cette question. Le principe énoncé par lord Denning dans la décision *The Bramley Moore*, à savoir que la limitation est un droit fondé sur l'intérêt public et non sur la justice, est indubitablement valable, mais la décision examinée ci-dessus est fondée sur la notion de négligence causale «dans la navigation ou dans la conduite» d'un navire. Maintenant que la partie qui veut limiter sa responsabilité doit uniquement démontrer que la responsabilité est «directement liée à l'exploitation du navire», il est peut-être moins justifié de restreindre le fonds à la jauge du remorqueur seulement. De fait, la Cour d'appel dans l'arrêt *The Bramley Moore* et le juge Kerr dans la décision *The Sir Joseph Rawlinson* ont dans un certain sens été contraints à adopter une approche restrictive compte tenu du dilemme résultant du fait que, si l'équipage du remorqueur conduit tant le remorqueur que le bâtiment remorqué et si la négligence causale est une négligence commise dans la navigation des deux bâtiments, il s'ensuit nécessairement qu'en ce qui concerne la navigation du bâtiment remorqué, la responsabilité serait illimitée à moins que le remorqueur et le bâtiment remorqué n'appartiennent au même propriétaire. Le libellé beaucoup plus explicite de la Convention de 1976 fait disparaître ce dilemme.

[35] Indépendamment de la question de savoir si Davidson et Snelson ont raison de soutenir que le principe de la flottille pourrait fort bien s'appliquer encore dans le cadre de la Convention de 1976, il reste que l'avocat du CP ne se mettrait pas dans une situation embarrassante en préconisant que le fonds de limitation devrait être fonction de la jauge totale, à savoir la jauge du *Sheena M* et du *Rivtow 901*. Par conséquent, l'allégation relative au fonds de limitation calculé en fonction de la jauge totale n'est pas une allégation qui doit manifestement et de toute évidence être rejetée. Le paragraphe 15 sera maintenu.

[36] Success having been mixed, costs are in the cause. I thank counsel for excellent and substantial argument.

¹ This section of the *Canada Shipping Act* and its predecessor in the *Merchant Shipping Act* gave the courts some difficulty for, if strictly applied, it could take away from the courts the discretion of apportioning liability. Fortunately, in the case of a collision between two ships, this deeming provision was rendered ineffective by the Brussel's Collision Convention of 1910, adopted in part by Canada as *The Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13. However the *Maritime Conventions Act* only comes into play in the case of collision between ships. The statutory presumption of fault may still be in effect in the case of a collision between a ship and some other object where collision regulations are pertinent and are not observed.

[36] Puisque personne n'a eu complètement gain de cause, les dépens suivront l'issue de la cause. Je remercie les avocats, qui ont présenté d'excellents et de solides arguments.

¹ Cette disposition de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la disposition qui la précédait, dans la *Merchant Shipping Act*, ont posé des problèmes aux tribunaux étant donné que, si elles étaient appliquées à la lettre, elles pouvaient avoir pour effet de retirer le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux en matière de partage de la responsabilité. Heureusement, dans le cas d'une collision entre deux navires, cette disposition déterminative a cessé de s'appliquer par suite de la Convention de 1910 de Bruxelles sur les abordages, qui a été en partie adoptée par le Canada au moyen de la *Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13. Toutefois, la *Loi des conventions maritimes* ne s'applique pas dans le cas d'une collision entre des navires. La présomption de faute que la loi crée peut encore s'appliquer dans le cas d'une collision entre un navire et un autre objet lorsque les règlements sur les abordages s'appliquent et qu'ils ne sont pas observés.