

A-47-79

A-47-79

Miida Electronics, Inc. (Appellant)

v.

Mitsui O.S.K. Lines Ltd. and ITO—International Terminal Operators Ltd. (Respondents)

Court of Appeal, Pratte and Le Dain JJ. and Lalonde D.J.—Montreal, December 2 and 5, 1980; Ottawa, May 22, 1981.

Maritime law — Torts — Contracts — Bill of lading — Appeal from dismissal of action for theft of cargo from transit shed after discharge — Stevedoring contract required terminal operator to perform watching and guard services subject to limitations of liability in bill of lading — Terminal operator did not make a security check in accordance with regulations — Whether Court has jurisdiction — Whether terminal operator was negligent in the performance of its duties — Whether terminal operator is relieved of liability for negligence by the bill of lading — Appeal allowed in part — Quebec Civil Code, arts. 1053, 2388 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2.

Appeal from dismissal of appellant's action against the carrier and the terminal operator for theft of cargo after discharge. The goods were stolen from a transit shed operated by ITO in which they were stored. National Harbours Board regulations require that each shed must be checked inside at least once every two hours. ITO failed to have a guard make a security check for a period of five hours. The contract with the carrier required ITO to perform "such . . . terminal services as may be required" including "watching and guard services". ITO agreed to perform those services with the benefit of the "rights, immunities and limitation of liability" provided by the bill of lading. Clauses 4 and 7 of the bill of lading give ITO the benefit of the rights and immunities, exemption from and limitation of liability afforded by the *Hague Rules*. Appellant's action was in breach of contract and in delict. The Trial Judge held that as the whole loss had occurred after the goods had left the ship, the carrier's liability was excluded by the bill of lading and that the plaintiff had failed to prove fault within the meaning of the general law and that ITO was protected by the bill of lading from liability for after-discharge negligence. The questions are whether the bill of lading relieved the carrier from liability when the loss resulted from a failure to exercise due care for the safety of the goods; whether the Court has jurisdiction to hear the claim; whether ITO was negligent in the performance of its duties; and, whether ITO is relieved of liability for negligence by the bill of lading.

Held, the appeal is allowed with respect to ITO (Pratte J. dissenting) and is dismissed with respect to Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Le Dain J. dissenting).

Miida Electronics, Inc. (Appelante)

a c.

Mitsui O.S.K. Lines Ltd. et ITO—International Terminal Operators Ltd. (Intimées)

Cour d'appel, les juges Pratte et Le Dain et le juge suppléant Lalonde—Montréal, 2 et 5 décembre 1980; Ottawa, 22 mai 1981.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Contrats — Connaissance — Appel du rejet de l'action intentée pour vol de cargaison commis au hangar de transit après déchargement — En vertu du contrat de manutention, le transitaire devait fournir les services de surveillance et de garde sous réserve des limitations de responsabilité prévues au connaissance — Le transitaire n'a pas effectué une des vérifications de sécurité prescrites par les règlements — Il échet d'examiner si la Cour a compétence — Il échet d'examiner si le transitaire a été négligent dans l'exécution de ses obligations — Il échet d'examiner si le connaissance décharge le transitaire de sa responsabilité pour négligence — Appel accueilli en partie — Code civil du Québec, art. 1053, 2388 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 2.

Appel du rejet de l'action intentée par l'appelante contre le transporteur et le transitaire pour vol de cargaison après déchargement. Les marchandises emmagasinées dans un hangar de transit exploité par l'ITO furent volées. Les règlements du Conseil des ports nationaux exigent que chaque hangar soit visité au moins une fois à toutes les deux heures. L'ITO n'a pas fait effectuer de ronde de sécurité par un gardien pendant une période de cinq heures. D'après le contrat conclu avec le transporteur, l'ITO devait fournir «les . . . services de transit nécessaires» notamment les «services de surveillance et de garde». L'ITO s'est engagée à fournir ces services sous bénéfice des «droits, exonérations et limitations de responsabilité» que prévoyait le connaissance. Les clauses 4 et 7 du connaissance confèrent à l'ITO le bénéfice des droits et exonérations, des exemptions et limitations de responsabilité prévus par les *Règles de La Haye*. L'action de l'appelante était fondée sur l'inexécution du contrat et sur la responsabilité délictuelle. Le juge de première instance a décidé que puisque la totalité de la perte était survenue après le déchargement des marchandises, le connaissance exonérait le transporteur de sa responsabilité, que la demanderesse n'avait pas prouvé faute au sens du droit commun, et que le connaissance déchargeait l'ITO de la responsabilité pour négligence après le déchargement. Il échet d'examiner si le connaissance exonérait le transporteur de sa responsabilité pour une perte découlant du défaut de prendre les mesures propres à assurer la sécurité des marchandises; si la Cour a compétence pour connaître de l'action; s'il y a eu négligence de la part de l'ITO dans l'exécution de ses obligations; et si le connaissance exonère celle-ci de la responsabilité pour négligence.

Arrêt: l'appel est accueilli à l'égard de l'ITO (le juge Pratte étant dissident) et rejeté à l'égard de la Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (le juge Le Dain étant dissident).

Per Pratte J. dissenting with respect to ITO: The appellant failed to show that the stevedoring company, ITO, had a duty to take care of the goods. In the absence of such a duty, the failure of ITO to do more than it actually did to preserve the appellant's goods is not a fault within the meaning of article 1053 of the *Civil Code*. Regardless, the appellant's claim must fail because ITO is protected by the Himalaya clause in the bill of lading. Another more fundamental reason why the appellant's claim cannot succeed is that a claim of that nature is not within the jurisdiction of the Federal Court. The Trial Judge was correct in dismissing the action against the carrier because the bill of lading relieved it from the duty to take care of the goods once they had left the ship.

Per Le Dain J. dissenting with respect to Mitsui O.S.K. Lines Ltd.: The claim of the cargo owner against the terminal operator is a maritime matter and the Court has jurisdiction to entertain the claim. The terminal operator was paid by the shipowner for the terminal services performed. The terminal operator was therefore a sub-bailee for reward. As such it had a duty to the cargo owner to take reasonable or due care to keep the goods safe. The degree of care required of a bailee depends upon the circumstances in which and the purposes for which the goods were delivered to him. The terminal operator assumed a duty of care which included the provision of an adequate system of security. This results from the nature of the function and responsibility assumed by the terminal operator as indicated by the stevedoring and terminal services agreement and by the National Harbours Board regulations. Failure to carry out the inspection was negligence in the care of the cargo. The Himalaya clause provides that the various classes of persons who are to enjoy the carrier's exemptions, immunities and limitation of liability are to be entitled to "same, but no further" exemptions of liability as the carrier. Clauses 8 and 18 do not exclude liability for negligence. They do not contain an express reference to negligence. The words "in any capacity whatsoever" do not constitute such a reference. As against the carrier, the appeal should be allowed. Since clauses 8 and 18 of the bill of lading do not relieve the carrier of its contractual obligations to deliver the cargo and care for it pending delivery, the carrier could not relieve itself of these obligations by delegating their performance to a third person. Also, in providing the terminal services, the terminal operator was acting as agent of the carrier. On either view, the carrier would be liable for the negligence which caused the loss of the cargo.

Per Lalonde D.J.: The action was properly dismissed as against the carrier on application of clause 8 of the bill of lading. ITO was negligent in the performance of "watching and guard" services and its fault is actionable. The appellant agreed by the Himalaya clause that the carrier would engage a terminal operator in the performance of its contract to deliver the goods. ITO agreed to perform those services with the benefits of the "rights, immunities and limitations of liability" provided by the bill of lading. ITO became a depositary or bailee of the goods. The claim of the cargo owner can be said to be *ex contractu*. The Himalaya clause and clause 7 have nothing to do with the after-discharge negligence. These clauses

Le juge Pratte dissident à l'égard de l'ITO: L'appelante n'a pas rapporté la preuve que l'ITO, société de manutention, avait l'obligation de prendre soin des marchandises. En l'absence d'une telle obligation, le défaut par l'ITO de faire plus qu'elle a fait pour protéger les marchandises de l'appelante ne constitue pas une faute au sens de l'article 1053 du *Code civil*. J'estime quand même qu'il n'y a pas lieu d'accueillir l'action de l'appelante, puisque l'ITO est protégée par la clause Himalaya figurant dans le connaissement. Mais la raison déterminante pour laquelle l'action de l'appelante ne saurait être accueillie, c'est qu'une telle action ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale. C'est à bon droit que le juge de première instance a rejeté l'action intentée contre le transporteur, parce que le connaissement l'exonérait de l'obligation de prendre soin des marchandises après leur déchargement.

Le juge Le Dain dissident à l'égard de la Mitsui O.S.K. Lines Ltd.: L'action intentée par le propriétaire de la cargaison contre le transitaire est une question maritime, et la Cour est compétente pour connaître de l'action. Le transitaire recevait de l'armateur le paiement des services exécutés. Le transitaire était donc un sous-dépositaire rémunéré. En tant que tel, il avait envers le propriétaire de la cargaison l'obligation de prendre les mesures raisonnables propres à assurer la sécurité des marchandises. Le degré de soin exigé d'un dépositaire dépend des circonstances dans lesquelles, et des buts pour lesquels, les marchandises lui ont été confiées. Le transitaire avait une obligation de soin qui comprenait le maintien d'un système adéquat de sécurité. Ceci découle de la nature des fonctions et responsabilités assumées par le transitaire, ainsi qu'il ressort du contrat de manutention et de transit et des règlements du Conseil des ports nationaux. Le défaut de faire l'inspection constitue une négligence dans la garde de la cargaison. La clause Himalaya prévoit que les diverses catégories des personnes mentionnées bénéficient «exactement des mêmes» exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur. Les clauses 8 et 18 n'écartent pas la responsabilité pour négligence. Il n'y est pas fait expressément mention de la négligence. L'expression «à quelque titre que ce soit» ne constitue pas une telle mention. Pour ce qui est de l'action intentée contre le transporteur, l'appel devrait être accueilli. Puisque les clauses 8 et 18 du connaissement ne déchargent pas le transporteur de ses obligations contractuelles de livrer la cargaison et d'en prendre soin jusqu'à sa livraison, le transporteur ne pouvait se soustraire à ces obligations en en confiant l'exécution à un tiers. Du reste, le transitaire agissait comme mandataire du transporteur dans la prestation des services de transit. Dans une hypothèse comme dans l'autre, la négligence qui a causé la perte de la cargaison engage la responsabilité du transporteur.

Le juge suppléant Lalonde: C'est à bon droit que l'action a été rejetée à l'égard du transporteur, en application de la clause 8 du connaissement. Il y a eu négligence de la part de l'ITO dans l'exécution des services de «surveillance et de garde», et la faute commise par cette dernière donne matière à procès. En vertu de la clause Himalaya, l'appelante a accepté que le transporteur engage un transitaire pour l'exécution de son contrat de livraison des marchandises. L'ITO s'engageait à exécuter ces services sous bénéfice des «droits, exonérations et limitations de responsabilité» que prévoyait le connaissement. L'ITO était dépositaire des marchandises. L'action intentée par le propriétaire de la cargaison peut être considérée comme

give the terminal operator the benefit of the rights and immunities, exemption from and limitation of liability afforded by the *Hague Rules*. Nothing in those Rules exonerates the carrier from liability for loss of goods by theft because of negligence in the care and custody of the goods after their discharge. The Federal Court does have jurisdiction to entertain the plaintiff's claim against the terminal operator because it is a matter connected with "navigation and shipping" and was within the jurisdiction of the Exchequer Court of Canada.

R. v. Domestic Converters Corporation A-247-77, judgment dated October 29, 1980, disagreed with. *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. v. York Products Pty. Ltd.* [1970] 1 W.L.R. 1262; [1970] 3 All E.R. 825, referred to. *National Gypsum Company Inc. v. Northern Sales Limited* [1964] S.C.R. 144, referred to. *Associated Metals & Minerals Corp. v. The "Evie W"* [1978] 2 F.C. 710, referred to. *Inverness Railway and Coal Co. v. Jones* (1908) 40 S.C.R. 45, referred to. *Building and Civil Engineering Holidays Scheme Management Ltd. v. Post Office* [1966] 1 Q.B. 247, referred to. *Moyer Stainless & Alloy Co. Ltd. v. Canadian Overseas Shipping Ltd.* [1973] 2 Lloyd's Rep. 420, referred to. *Executive Jet Aviation, Inc. v. City of Cleveland, Ohio* 1973 A.M.C. 1, referred to. *Morris v. C. W. Martin & Sons, Ltd.* [1965] 2 All E.R. 725; [1966] 1 Q.B. 716, referred to. *British Road Services, Ltd. v. Arthur V. Crutchley & Co., Ltd.* [1968] 1 All E.R. 811, referred to. *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* [1950] S.C.R. 532; [1952] A.C. 192, referred to. *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.* [1978] 1 All E.R. 18, referred to. *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.* [1979] 2 S.C.R. 157, referred to. *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* [1962] A.C. 446, discussed. *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The "Eurymedon")* [1975] A.C. 154, discussed. *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd. (The "New York Star")* [1980] 3 All E.R. 257, discussed. *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd. (The "Lake Bosomtwe")* [1971] S.C.R. 41, considered. *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie* [1980] 2 S.C.R. 228, considered. *Robert Simpson Montreal Ltd. v. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher* [1973] F.C. 1356, applied.

APPEAL.

COUNSEL:

Marc Nadon for appellant.
R. Cypihot for respondent Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
D. F. H. Marler for respondent ITO—International Terminal Operators Ltd.

SOLICITORS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal, for appellant.

contractuelle. La clause Himalaya et la clause 7 n'ont rien à voir avec la négligence survenue après le déchargement. Ces clauses confèrent au transitaire le bénéfice des droits et exonérations, des exemptions et limitations de responsabilité prévus par les *Règles de La Haye*. Aucune disposition de ces Règles n'exonère le transporteur de la responsabilité pour la perte de marchandises par vol du fait de la négligence dans la garde des marchandises après leur déchargement. La Cour fédérale est en l'espèce compétente pour connaître de l'action intentée par la demanderesse contre le transitaire, parce qu'il s'agit d'une question se rattachant à «la navigation et à la marine» et relevant de la Cour de l'Échiquier du Canada.

Arrêt critiqué: *R. c. Domestic Converters Corporation* A-247-77, jugement rendu le 29 octobre 1980. Arrêts mentionnés: *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. c. York Products Pty. Ltd.* [1970] 1 W.L.R. 1262; [1970] 3 All E.R. 825; *National Gypsum Company Inc. c. Northern Sales Limited* [1964] R.C.S. 144; *Associated Metals & Minerals Corp. c. L'«Evie W»* [1978] 2 C.F. 710; *Inverness Railway and Coal Co. c. Jones* (1908) 40 R.C.S. 45; *Building and Civil Engineering Holidays Scheme Management Ltd. c. Post Office* [1966] 1 Q.B. 247; *Moyer Stainless & Alloy Co. Ltd. c. Canadian Overseas Shipping Ltd.* [1973] 2 Lloyd's Rep. 420; *Executive Jet Aviation, Inc. c. City of Cleveland, Ohio* 1973 A.M.C. 1; *Morris c. C. W. Martin & Sons, Ltd.* [1965] 2 All E.R. 725; [1966] 1 Q.B. 716; *British Road Services, Ltd. c. Arthur V. Crutchley & Co., Ltd.* [1968] 1 All E.R. 811; *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi* [1950] R.C.S. 532; [1952] A.C. 192; *Smith c. South Wales Switchgear Ltd.* [1978] 1 All E.R. 18; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.* [1979] 2 R.C.S. 157. Arrêts analysés: *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.* [1962] A.C. 446; *New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd. (L'«Eurymedon»)* [1975] A.C. 154; *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd. (Le «New York Star»)* [1980] 3 All E.R. 257. Arrêts examinés: *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd. (Le «Lake Bosomtwe»)* [1971] R.C.S. 41; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie* [1980] 2 R.C.S. 228. Arrêt appliqué: *La Compagnie Robert Simpson Montréal Ltée c. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher* [1973] C.F. 1356.

APPEL.

AVOCATS:

Marc Nadon pour l'appelante.
R. Cypihot pour l'intimée Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
D. F. H. Marler pour l'intimée ITO—International Terminal Operators Ltd.

PROCUREURS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal, pour l'appelante.

Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montreal, for respondent Mitsui O.S.K. Lines Ltd.

Chauvin, Marler & Baudry, Montreal, for respondent ITO—International Terminal Operators Ltd.

Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montréal, pour l'intimée Mitsui O.S.K. Lines Ltd.

Chauvin, Marler & Baudry, Montréal, pour l'intimée ITO—International Terminal Operators Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J. (*dissenting*): On September 14, 1973, a theft was committed in the Port of Montreal. In the early evening, a large number of desk calculators were stolen from shed 50. The stolen goods belonged to the appellant, Miida Electronics, Inc.; they had just arrived from Japan on board the *Buenos Aires Maru*, a vessel of the respondent, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), and had been discharged and placed in shed 50 by the other respondent, International Terminal Operators Ltd. (ITO). Most of those goods were never recovered.

Following that loss, the appellant sued both Mitsui, the carrier which had transported the stolen goods from Japan to Montreal, and ITO, the terminal operator in whose care Mitsui had placed the goods after their discharge. As against Mitsui, the action was founded on the contract of transport; the plaintiff contended that Mitsui's failure to deliver the goods in Montreal was a breach of the contract evidenced by the bill of lading issued by Mitsui with respect to the stolen goods. As against ITO, the action was based on the allegation that ITO had been negligent in failing to take the proper steps to prevent the theft of the goods which had been committed to its care. The Trial Division dismissed the action against both defendants [[1979] 2 F.C. 283]. The appellant appeals from that judgment.

1. The action against Mitsui

The Trial Judge dismissed the action against Mitsui because, having found that the whole loss had occurred after the goods had left the ship and been placed in shed 50, he held that Mitsui's liability was excluded by clause 8 of the bill of lading that had been issued with respect to the appellant's goods. That clause reads as follows:

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

LE JUGE PRATTE (*dissident*): Le 14 septembre 1973, un vol fut commis dans le port de Montréal. Tôt dans la soirée, un grand nombre de calculatrices de bureau emmagasinées au hangar 50 furent volées. Les marchandises volées appartenaient à l'appelante, Miida Electronics, Inc.; elles venaient d'arriver du Japon à bord du *Buenos Aires Maru*, un navire de l'intimée Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (la Mitsui), et avaient été déchargées et placées au hangar 50 par l'autre intimée, International Terminal Operators Ltd. (l'ITO). La plupart de ces marchandises ne furent jamais retrouvées.

A la suite de cette perte, l'appelante poursuit la fois la Mitsui, le transporteur qui avait transporté les marchandises volées du Japon à Montréal, et l'ITO, le transitaire à qui la Mitsui avait confié la garde des marchandises après leur déchargement. L'action contre la Mitsui était fondée sur le contrat de transport. La demanderesse faisait valoir que le défaut par la Mitsui de livrer les marchandises à Montréal constituait une inexécution du contrat dont faisait foi le connaissement délivré par la Mitsui relativement aux marchandises volées. L'action contre l'ITO était fondée sur la prétendue négligence dont celle-ci avait fait preuve en ne prenant pas les mesures propres à prévenir le vol des marchandises dont la garde lui avait été confiée. La Division de première instance a rejeté l'action contre les deux défendresses [[1979] 2 C.F. 283]. C'est de ce jugement que l'appelante interjette appel.

1. L'action contre la Mitsui

Ayant conclu que la totalité de la perte était survenue après le déchargement des marchandises et leur emmagasinage au hangar 50, le juge de première instance rejeta l'action à l'égard de la Mitsui au motif que la clause 8 du connaissement délivré à l'égard des marchandises de l'appelante exonérait la Mitsui de sa responsabilité. Cette clause est ainsi rédigée:

8. The carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any delay, non-delivery, misdelivery or loss of or damage to or in connection with the goods occurring before loading and/or after discharge, whether awaiting shipment landed or stored or put into craft, barge, lighter or otherwise belonging to the carrier or not or pending transshipment at any stage of the whole transportation. "Loading" provided in this bill of lading shall commence with the hooking on of the vessel's tackle or, if not using the vessel's tackle, with the receipt of goods on deck or hold or, in case of bulk liquids in the vessel's tank. "Discharging" herein provided shall be completed when the goods are freed from the vessel's tackle or taken from deck or hold, or the vessel's tank.

At the hearing of the appeal, counsel for the appellant did not challenge the finding that the loss suffered by his client resulted in its entirety from the theft that was committed when the goods were stored in shed 50. He argued, however, that clause 8 of the bill of lading did not relieve the carrier from liability when, as in this case, the loss resulted from a failure to exercise due care for the safety of the goods. Non-liability clauses, said counsel, must be construed strictly and do not protect those in whose favour they are made from liability for damage caused by negligence save when it is clear that the parties intended to exclude that type of liability; he quoted, in support of that proposition, the decision of the Privy Council in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*¹.

In my view, clause 8, particularly when it is read with clause 18,² has the effect of excluding the carrier's liability in a case like the present one when the loss occurred after discharge without any fault or negligence on the carrier's part. It cannot be said that Mitsui did not exercise due care for the safety of the goods because, in my view, clauses 8 and 18 relieved Mitsui from the duty to take

¹ [1952] A.C. 192.

² That clause provided, *inter alia*, that:

In any case the carrier's responsibility shall cease at the time when the goods are discharged from the vessel and in any case all risks and expenses (including expenses for landing, lighterage, storage, cartage, port charges etc.) incurred by delivery otherwise than from the vessel's side shall be borne by shipper and/or consignee notwithstanding any custom of the port to the contrary.

[TRADUCTION] 8. Le transporteur ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce soit, du retard de livraison, du défaut de livraison, de la livraison défectueuse, ou de la perte ou de l'avarie causée aux marchandises ou les concernant, qui se produit avant le chargement ou après le déchargement, ou les deux, que ces marchandises soient en attente d'expédition, placées à terre ou emmagasinées, chargées à bord d'embarcations, chalands, allèges ou autres appartenant ou non au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement au cours du voyage. Le «chargement» visé au présent connaissement commence dès l'accrochage au palan du navire ou, si celui-ci n'est pas utilisé, dès la réception des marchandises sur le pont ou dans les cales ou, en cas de liquide en vrac, dans les citernes du navire. Le «déchargement» visé aux présentes prend fin lorsque les marchandises ont été libérées du palan du navire ou déchargées du pont ou de la cale, ou des citernes du navire.

Lors de l'instruction de l'appel, l'avocat de l'appelante n'a pas contesté le fait que la perte subie par sa cliente découlait entièrement du vol commis lorsque les marchandises étaient emmagasinées au hangar 50. Il a toutefois fait valoir que la clause 8 du connaissement ne déchargeait pas le transporteur de sa responsabilité, puisqu'en l'espèce, la perte provenait du défaut de prendre les mesures propres à assurer la sécurité des marchandises. Les clauses de non-responsabilité, dit l'avocat, doivent être strictement interprétées et ne mettent ceux au profit desquels elles ont été stipulées à l'abri de la responsabilité pour dommage causé par négligence que si les parties ont exprimé clairement leur intention d'écarter ce type de responsabilité; à l'appui de cette thèse, il invoque la décision du Conseil privé dans l'affaire *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi*¹.

A mon avis, la clause 8, surtout lorsqu'on la combine à la clause 18², a pour effet d'écarter la responsabilité du transporteur dans un cas où, comme en l'occurrence, la perte est survenue après le déchargement sans qu'il y ait faute ou négligence de la part du transporteur. On ne saurait reprocher à la Mitsui de n'avoir pas pris les mesures propres à assurer la sécurité des marchandises

¹ [1952] A.C. 192.

² Cette clause prévoyait entre autres ce qui suit:

[TRADUCTION] En toute hypothèse, la responsabilité du transporteur prend fin dès le moment où les marchandises sont déchargées du navire, et, nonobstant tout usage contraire du port, l'expéditeur ou le consignataire, ou les deux, assument tous les risques et frais (notamment les frais de déchargement, de chalandage, d'emmagasinage, de camionnage, les droits portuaires, etc.) encourus pour livraison autre qu'au navire.

care of the goods once they had left the ship. The fact that the loss may, as contended by the appellant, have been caused by the negligence or fault of ITO is irrelevant since ITO was an independent contractor and never acted as Mitsui's servant. The decision of the Privy Council in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* (*supra*) has no application here; it was merely held in that case that a non-liability clause does not normally exonerate the party in whose favour it is made from the liability arising from the negligence of that party and of that party's servants.

I am therefore of opinion that the Trial Judge was correct in dismissing the appellant's action against Mitsui.

2. The action against ITO

ITO is a stevedoring firm which also provides its customers with terminal services. In 1973, it occupied various sheds in the Port of Montreal which had been leased from the National Harbours Board; shed No. 50 was one of them. In April 1973, ITO had made a contract with Mitsui and agreed to load and discharge all Mitsui's vessels, and supply terminal services, at the Port of Montreal and at other specified Canadian ports. Pursuant to that contract, ITO discharged the appellant's goods and placed them in shed 50 until they be claimed by their owner.

According to counsel for the appellant, the action against ITO is based solely on delict or tort. The appellant, said he, never contracted with ITO and, being not a party to the contract made by ITO with Mitsui, cannot avail itself of its stipulations. Accordingly, counsel did not challenge the Trial Judge's conclusion that the action against ITO could not succeed in so far as it was based on contract.

Counsel's sole argument on this branch of the case was that the appellant's claim against ITO, envisaged as a purely delictual claim, was entitled to succeed, whether it be governed by the law of Quebec or by English law, because the appellant's

puisque, selon moi, les clauses 8 et 18 la déchargeaient de l'obligation de prendre soin des marchandises après leur déchargement. Le fait que la perte ait pu, comme l'a prétendu l'appelante, être causée par la négligence ou la faute de l'ITO n'est pas pertinent, puisque celle-ci était une entreprise indépendante et n'a jamais agi à titre de préposée de la Mitsui. La décision du Conseil privé dans l'affaire *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi* (précitée) ne s'applique pas à l'espèce; il a simplement été jugé dans cette affaire que la clause de non-responsabilité n'exonère pas normalement la partie au profit de laquelle elle a été stipulée de la responsabilité découlant de sa négligence et de celle de ses préposés.

J'estime donc que c'est à bon droit que le juge de première instance a rejeté l'action intentée par l'appelante contre la Mitsui.

2. L'action contre l'ITO

L'ITO est une entreprise de manutention qui s'occupe aussi pour ses clients des opérations de transit. En 1973, elle occupait, dans le port de Montréal, divers hangars que le Conseil des ports nationaux lui avait loués, dont le hangar 50. En avril 1973, l'ITO a conclu avec la Mitsui un contrat aux termes duquel elle s'engageait à charger et décharger tous les navires de cette dernière, et s'occuper, au port de Montréal et à d'autres ports canadiens déterminés, des opérations de transit. En exécution de ce contrat, l'ITO a déchargé les marchandises de l'appelante et les a emmagasinées dans le hangar 50 en attendant que leur propriétaire vienne les enlever.

Selon l'avocat de l'appelante, l'action contre l'ITO est purement délictuelle. Il prétend que l'appelante n'a jamais contracté avec l'ITO et, n'étant pas partie au contrat intervenu entre celle-ci et la Mitsui, ne saurait s'en prévaloir. Par conséquent, il n'a pas contesté la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'action intentée contre l'ITO ne pouvait être accueillie sur une base contractuelle.

Le seul argument de l'avocat sur cet aspect de la cause est que l'action intentée par l'appelante contre l'ITO, vue sous un angle purement délictuel, devrait, que ce soit sous l'empire du droit québécois ou du droit anglais, être accueillie, puis-

loss had been caused by the failure of ITO to exercise due care for the safety of the goods.

In order to understand that argument, it is necessary to have in mind the circumstances in which the appellant's goods were stolen from shed 50. Those circumstances, as well as some of the inferences that the appellant draws from them, are accurately summarized in the following passage of the judgment of the Trial Division [at pages 293-294]:

The theft took place on the evening of September 14. An employee of the firm used by defendant to provide the necessary security measures surprised the thieves in the act while making his round. Owing to the darkness and the distance, he could see only shadows that fled toward the water and disappeared over the end of the wharf. The thieves had evidently made use of a boat which they had moored along the wharf opposite the shed in which the goods were stored. When they fled they even left a pallet loaded with cartons halfway between the door of the shed and the side of the wharf. The port police were alerted and arrived on the scene at once. It was soon discovered that a hole about six or eight inches in diameter had been made in the wall of the warehouse beside one of the large front doors. Through this hole it was possible to reach the endless chain inside, which is used to operate a lever and raise the door.

This sequence of events leaves a number of questions unanswered, however, and it is in the replies to these questions that plaintiff finds proof of the faults which it alleges against defendant. First, how long were the thieves able to work undisturbed? Normally the security guards make their rounds at least every two hours after 5:30 p.m., and in fact this is suggested by the by-laws of the National Harbours Board, from which defendant leased its space. On that particular evening, however, as one of the two guards on duty had been delayed in another shed where work had gone on after normal hours and the other one had to stay in the security guards' shelter, there was no round at 7:30. The first round was the one during which the thieves were discovered. Secondly, was it only necessary for the thieves to reach the chain in order to open the door? Was there no security bolt on the door? Usually, these doors were locked using a padlock that held the two sections of the chain to a metal ring attached to the wall. That evening, however, the padlock was only holding the two sections of chain together, thus leaving two or three feet of play, and this allowed the door to be raised enough to permit entry. Thirdly, could the thieves handle the cases without any equipment? It was discovered that a motorized lifter had been left in the shed that evening, which was unusual, and that its motor was still warm shortly after the theft. Fourthly, are the premises not provided with some lighting that might hinder operations of this kind at night? Some lights are in fact left on, but there are not many of them and that evening there were even fewer than usual in the shed, since burned-out bulbs had not yet been replaced.

que la perte de l'appelante a été causée par le défaut par l'ITO de prendre les mesures propres à assurer la sécurité des marchandises.

Pour saisir cet argument, il est nécessaire de se rappeler les circonstances du vol des marchandises de l'appelante au hangar 50. Ces circonstances, ainsi que quelques-unes des déductions que l'appelante en tire, sont résumées avec précision dans le passage suivant extrait du jugement de la Division de première instance [aux pages 293 et 294]:

Le vol a eu lieu dans la soirée du 14 septembre. Un employé de la firme utilisée par la défenderesse pour satisfaire aux mesures nécessaires de sécurité, surprit les voleurs sur le fait en faisant sa tournée. En fait, à cause de la noirceur et de la distance il ne put voir que des ombres qui fuyaient vers l'eau et disparurent en descendant à l'extrémité de la plate-forme du quai. Les voleurs s'étaient évidemment servis d'une embarcation qu'ils avaient amarrée le long du quai, face au hangar où les marchandises avaient été entreposées. En prenant la fuite, ils laissèrent même à mi-chemin entre la porte du hangar et le bord du quai une palette chargée de cartons. La police du port alertée se rendit aussitôt sur les lieux. On constata vite qu'un trou de 6 ou 8 pouces de diamètre avait été pratiqué dans la paroi de l'entrepôt, le long d'une de ses larges portes de façade, à travers lequel il avait été possible de rejoindre avec le bras la chaîne sans fin qui, à l'intérieur, sert à actionner un levier et à lever la porte.

Ce scénario cependant laisse en plan un certain nombre de questions et c'est dans les réponses à ces questions que la demanderesse entend tirer la preuve des fautes qu'elle reproche à la défenderesse. Les voici. Premièrement, combien de temps les voleurs ont-ils pu opérer sans être dérangés? Normalement, à compter de 17.30 heures, les rondes des gardes de sécurité se succèdent au moins à toutes les deux heures, ce que suggèrent d'ailleurs les règlements du Conseil des Ports nationaux de qui la défenderesse était locataire. Ce soir-là, cependant, comme l'un des deux gardes en devoir avait été retenu dans un autre hangar où le travail s'était poursuivi après les heures normales et que l'autre avait dû rester à la guérite, il n'y avait pas eu de ronde à 19.30 heures. La première ronde fut celle au cours de laquelle les voleurs furent surpris. Deuxièmement, suffisait-il aux voleurs de rejoindre la chaîne pour actionner la porte; n'y avait-il pas un verrou de sécurité sur cette porte? Effectivement, ces portes se verrouillent normalement à l'aide d'un cadenas qui immobilise les deux cordons de la chaîne à un anneau de métal fixé au mur, mais le cadenas ce soir-là ne faisait que lier ensemble les deux cordons, ce qui laissait une possibilité de jeu de deux à trois pieds permettant de lever la porte suffisamment pour y pénétrer. Troisièmement, les voleurs pouvaient-ils opérer en manipulant les caisses sans l'aide d'outil? On constata qu'un souleveur de charge motorisé (*lifter*) avait été laissé à l'intérieur du hangar ce soir-là, ce qui était exceptionnel, et son moteur était encore chaud peu après le vol. Quatrièmement, ne maintient-on donc pas sur les lieux un certain éclairage qui soit susceptible de gêner des opérations du genre, la nuit? Quelques lumières, en fait, sont laissées allumées, mais elles sont peu nombreuses et ce soir-là, dans le

Plaintiff argues that the theft was unquestionably facilitated by defects in the security measures used to protect the goods: insufficient rounds by security guards, somewhat ineffective bolting, the presence of a lifter in the shed, poor lighting. In plaintiff's view this is enough to justify the conclusion that defendant was at fault and is therefore liable.

Counsel for the appellant first submitted that the claim was entitled to succeed under the law of Quebec. He said that the failure of ITO to exercise due care for the safety of the goods was a fault which made ITO liable under article 1053 of the Quebec *Civil Code*. Now, in determining the validity of that submission, it must be borne in mind that the appellant cannot take advantage of the provisions of the contract for terminal services made by ITO and Mitsui. Those provisions are, in so far as the appellant is concerned, "*res inter alios acta*". It follows that the fact that ITO may have failed in its contractual duty of care toward Mitsui does not help the appellant. In order for the action to succeed, it must be shown that, even if the contract for terminal services had not imposed any duty on ITO with respect to the safety of the goods after their discharge, that company would nevertheless have had the duty to take care of the goods in the manner suggested by the appellant. This the appellant has not established. Had not the contract for terminal services imposed any obligation with respect to the safety of the goods after discharge, ITO would, in the circumstances of this case, have been under no legal or moral duty to take special measures for the safekeeping of those goods. In the absence of such a duty, the failure of ITO to do more than it actually did to preserve the appellant's goods is not a fault within the meaning of article 1053 of the *Civil Code*.

Counsel for the appellant also argued, however, that the claim was not governed by the law of Quebec but by the common law of England which would be applicable as part of the "Canadian maritime law" as well as by virtue of article 2388 of the *Civil Code* of Quebec. Under English law, Mitsui was bailee of the appellant's goods while ITO was a sub-bailee. The decisions of the English Court of Appeal in *Morris v. C. W. Martin & Sons, Ltd.* ([1966] 1 Q.B. 716) and of the Privy

hangar, il y en avait encore moins, des ampoules brûlées n'ayant pas encore été remplacées.

Le vol, plaide la demanderesse, a incontestablement, on le voit, été facilité par des failles dans les mesures de sécurité adoptées en vue de la garde des effets: rondes des gardes insuffisamment nombreuses; verrouillage non pleinement efficace, présence d'un souleveur de charge dans le hangar, illumination faible. Il n'en faut pas plus, prétend-elle, pour conclure à une faute de la part de la défenderesse, donc à sa responsabilité.

L'avocat de l'appelante fait valoir en premier lieu que l'action devrait être accueillie sous l'empire du droit québécois. D'après lui, le défaut par l'ITO de prendre les mesures propres à assurer la sécurité des marchandises constitue une faute qui la rend responsable sous le régime de l'article 1053 du *Code civil* du Québec. Pour déterminer la validité de cet argument, il faut se rappeler que l'appelante ne saurait se prévaloir des dispositions du contrat de transit intervenu entre l'ITO et la Mitsui. En ce qui concerne l'appelante, ces dispositions sont "*res inter alios acta*". Il s'ensuit que le fait que l'ITO ait peut-être manqué à son obligation contractuelle de diligence envers la Mitsui n'est d'aucun secours à l'appelante. Pour que l'action soit accueillie, il aurait fallu établir que même si le contrat de transit n'imposait à l'ITO aucune obligation quant à la sécurité des marchandises après leur déchargement, cette société avait quand même l'obligation de prendre soin des marchandises de la manière que prétend l'appelante. Or, l'appelante n'a pas rapporté une telle preuve. Si le contrat de transit n'avait imposé aucune obligation quant à la sécurité des marchandises après leur déchargement, l'ITO, dans les circonstances de l'espèce, n'aurait eu aucune obligation juridique ou morale de prendre des mesures particulières pour assurer la sécurité de ces marchandises. En l'absence d'une telle obligation, le défaut par l'ITO de faire plus qu'elle a fait pour protéger les marchandises de l'appelante ne constitue pas une faute au sens de l'article 1053 du *Code civil*.

L'avocat de l'appelante fait valoir aussi que l'action n'est pas régie par le droit du Québec, mais bien par la *common law* de l'Angleterre, qui s'appliquerait en tant que partie du «droit maritime canadien» et en vertu de l'article 2388 du *Code civil* du Québec. Sous le régime du droit anglais, la Mitsui était dépositaire des marchandises de l'appelante, alors que l'ITO en était sous-dépositaire. La décision de la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Morris c. C. W. Martin &*

Council in *Gilchrist Watt and Sanderson Pty. Ltd. v. York Products Pty. Ltd.* ([1970] 1 W.L.R. 1262) are authorities for the proposition that a sub-bailee of goods, although there is no contractual relation between himself and the owner, nevertheless owes the owner a duty to take due care of his goods. It follows, according to counsel, that ITO, as a sub-bailee of the appellant's goods, owed a duty of care to the appellant. As the loss would not have occurred, according to counsel's argument, if ITO had exercised reasonable care, it also follows that ITO should be held liable for that loss.

Assuming for the sake of argument that English law is applicable in this matter (a point on which I have, to say the least, strong doubts), I am still of the view that the appellant's claim must fail because ITO would then be protected by the Himalaya clause contained in clause 4 of the bill of lading issued by Mitsui with respect to the appellant's goods. That clause reads as follows:

4. It is expressly agreed between the parties hereto that the master, officers, crew members, contractors, stevedores, longshoremen, agents, representatives, employees or others used, engaged or employed by the carrier in the performance of this contract, shall each be the beneficiaries of and shall be entitled to the same, but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading, whether printed, written, stamped thereon or incorporated by reference. The master, officers, crew members and the other persons referred to heretofore shall to the extent provided be or be deemed to be parties to the contract in or evidenced by this bill of lading and the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all such persons.

If the validity of such a clause is still a subject of discussion in Canadian law, it can no longer be doubted, I think, in English law when the clause has been stipulated by the carrier with the authority of those it is intended to protect. (See the decisions of the Privy Council in *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* (*The "Eurymedon"*) [1975] A.C. 154 and *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.* (*The New York Star*) [1980] 3 All E.R. 257.) In the present case, the terms of the second paragraph of clause 7 of the terminal services contract make clear that ITO had conferred on Mitsui the authority to stipulate a Himalaya clause in the bill of lading:

Sons, Ltd. ([1966] 1 Q.B. 716) et celle du Conseil privé dans l'affaire *Gilchrist Watt and Sanderson Pty. Ltd. c. York Products Pty. Ltd.* ([1970] 1 W.L.R. 1262) autorisent à soutenir qu'un sous-dépositaire de biens, quoiqu'il n'existe aucune relation contractuelle entre lui-même et le propriétaire, est tenu envers le propriétaire de prendre convenablement soin de ses biens. Il s'ensuit, selon l'avocat, que l'ITO, à titre de sous-dépositaire des marchandises de l'appelante, avait une obligation de diligence envers cette dernière. Toujours selon l'avocat, il s'ensuit aussi que l'ITO doit être tenue responsable de la perte, puisque celle-ci ne serait pas survenue si l'ITO avait fait preuve d'un soin raisonnable.

A supposer que le droit anglais s'applique en la matière (ce dont je doute fort), j'estime quand même qu'il n'y a pas lieu d'accueillir l'action de l'appelante, puisque l'ITO est alors protégée par la clause Himalaya figurant dans la clause 4 du connaissement délivré par la Mitsui relativement aux marchandises de l'appelante. Cette clause est ainsi conçue:

[TRADUCTION] 4. Il est expressément convenu entre les parties au présent connaissement que le capitaine, les officiers, les membres de l'équipage, entrepreneurs, manutentionnaires, débardeurs, mandataires, représentants, employés ou autres, utilisés, engagés ou employés par le transporteur pour l'exécution du présent contrat, bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement, que ce soit sous forme de clause imprimée, écrite à la main, apposée par cachet ou incorporée par renvoi. Le capitaine, les officiers, les membres d'équipage et autres personnes susmentionnées sont à cet égard réputés être parties au contrat dont fait foi le présent connaissement, le transporteur étant réputé être leur mandataire ou fiduciaire.

Si la validité d'une telle clause est encore discutée en droit canadien, elle ne fait plus, à mon avis, aucun doute en droit anglais lorsque cette clause a été stipulée par le transporteur avec l'autorisation de ceux qu'elle est destinée à protéger. (Voir les décisions du Conseil privé dans les affaires *New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* (*L'«Eurymedon»*) [1975] A.C. 154 et *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.* (*Le New York Star*) [1980] 3 All E.R. 257.) En l'espèce, il ressort du libellé du second paragraphe de la clause 7 du contrat de transit que l'ITO avait conféré à la Mitsui le pouvoir de stipuler une clause Himalaya dans le connaissement:

7. Responsibility for Damage or Loss. It is expressly understood and agreed that the Contractor's responsibility for damage or loss shall be strictly limited to damage to the vessel and its equipment and physical damage to cargo or loss of cargo overside through negligence of the Contractor or its employees. When such damage occurs to the vessel or its equipment or where such loss or damage occurs to cargo by reason of such negligence, the vessel's officers or other representatives shall call this to the attention of the Contractor at the time of accident. The Company agrees to indemnify the Contractor in the event it is called upon to pay any sums for damage or loss other than as aforesaid.

It is further expressly understood and agreed that the Company will include the Contractor as an express beneficiary, to the extent of the services to be performed hereunder, of all rights, immunities and limitation of liability provisions of all contracts of affreightment as evidenced by its standard bills of lading and/or passenger tickets, issued by the Company during the effective period of this agreement. Whenever the customary rights, immunities and/or liability limitations are waived or omitted by the Company, as in the case of *ad valorem* cargo, the Company agrees to include the Contractor as an assured party under its insurance protection and ensure that it is indemnified against any resultant increase in liability.

There is another more fundamental reason why the appellant's claim against ITO, whether governed by Quebec or English law, could not succeed: as was decided by this Court in *The Queen v. Domestic Converters Corporation*,³ a claim of that nature is not within the jurisdiction of the Federal Court.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LE DAIN J.: The facts and the issues in this appeal are set out in the reasons of my brothers Pratte and Lalonde which I have had the advantage of reading.

Because the conclusion I have reached with respect to the appeal from the judgment dismissing the action of the appellant cargo owner as against the carrier Mitsui O.S.K. Lines Ltd. differs from that of my colleagues it is convenient for me to deal first with the appeal from the judgment dismissing the action as against the terminal operator

³ Court File No. A-245-77; that decision was pronounced on October 29, 1980, after the decision of the Trial Division in this case.

[TRADUCTION] 7. Responsabilité en cas d'avarie ou de perte. Il est expressément convenu que la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'avarie ou de perte se limite strictement à l'avarie au navire et à son équipement, ainsi qu'à l'avarie à la cargaison ou la perte de la cargaison, imputables à la négligence de l'entrepreneur ou de ses employés. Lorsque survient une telle avarie ou perte, les officiers du navire ou autres représentants doivent en informer l'entrepreneur au moment de l'accident. La Compagnie s'engage à indemniser l'entrepreneur au cas où celui-ci serait tenu de réparer une avarie ou perte non prévue ci-dessus.

Il est en outre expressément convenu que la Compagnie désignera expressément l'entrepreneur comme bénéficiaire, dans la prestation des services prévus aux présentes, de toutes les dispositions prévoyant des droits, exonérations et limitations de responsabilité, contenues dans les contrats d'affrètement dont font foi les connaissements types et les billets de transport émis par la Compagnie durant la durée de validité de cet accord. Dans tous les cas où la Compagnie renonce aux droits, aux exonérations et limitations de responsabilité d'usage, ou omet de s'en prévaloir, comme en cas de cargaison soumise au fret *ad valorem*, la Compagnie s'engage à faire de l'entrepreneur un coassuré dans ses contrats d'assurance et à veiller à ce que ce dernier soit protégé contre tout accroissement de responsabilité tenant à ce fait.

Mais la raison déterminante pour laquelle l'action intentée par l'appelante contre l'ITO, qu'elle soit régie par le droit québécois ou par le droit anglais, ne saurait être accueillie, c'est qu'une telle action, comme l'a statué la Cour de céans dans l'affaire *La Reine c. Domestic Converters Corporation*³, ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale.

Pour ces motifs, j'estime qu'il y a lieu de rejeter l'appel avec dépens.

* * *

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

LE JUGE LE DAIN: Les faits et les points litigieux dans le présent appel sont exposés dans les motifs de mes collègues Pratte et Lalonde, motifs dont j'ai pris connaissance.

Étant donné que ma décision sur l'appel interjeté du jugement rejetant, à l'égard du transporteur Mitsui O.S.K. Lines Ltd., l'action intentée par l'appelante propriétaire de la cargaison diffère de celle de mes collègues, il convient que je statue en premier lieu sur l'appel du jugement rejetant l'action à l'égard du transitaire ITO. Je suis d'ac-

³ N° du greffe A-245-77; cet arrêt a été rendu le 29 octobre 1980, après le jugement de la Division de première instance dans la présente affaire.

ITO. I agree with the inference drawn from the evidence by the learned Trial Judge that the loss occurred after discharge while the cargo was in the custody of the terminal operator. The appeal in respect of the claim against the terminal operator raises three questions: (a) whether the Court has jurisdiction to entertain the claim; (b) whether the loss of the cargo was attributable to negligence for which ITO is responsible; and (c) whether ITO is relieved of liability for negligence by the Himalaya clause in the bill of lading.

On the question of jurisdiction, I am now of the view that I was wrong in the conclusion which I reached in the *Domestic Converters* case⁴. I am, however, still of the opinion for the reasons indicated in that case that there is no contractual foundation for the claim of the cargo owner against the terminal operator. I am unable, with great respect, to see how the stevedoring and terminal services contract between the shipowner and Logistec Corporation (which by agreement of the parties is to be regarded for purposes of the case as one and the same with ITO) can be said to have been entered into by the shipowner on behalf of the individual shipper or cargo owner or to contain a stipulation *pour autrui* in his favour. It was a general operating agreement entered into by the shipowner as principal for its own account and benefit without regard to any particular contract of carriage. It created no contractual relationship between the terminal operator and a particular shipper or cargo owner. The terminal operator took possession of the cargo pursuant to this general agreement and not pursuant to any agreement with the cargo owner. I have been persuaded, however, by further argument and reflection that the question of jurisdiction should be considered on the assumption that if the claim of the cargo owner against the terminal operator were governed by Canadian maritime law it would be based on the common law liability of a sub-bailee arising apart from contract, as in the case of *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. v. York Products Pty. Ltd.* [1970] 3 All E.R. 825, and that because of the special nature of the liability upon bailment it is inappropriate to apply to it the test of locality that has traditionally been applied to admiralty jurisdiction in tort. If the liability of the terminal

⁴ *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line* A-247-77, judgment October 29, 1980.

cord avec la déduction, tirée des éléments de preuve par le juge de première instance, selon laquelle la perte est survenue après le déchargement, alors que la cargaison était sous la garde du transitaire. L'appel relatif à l'action intentée contre le transitaire soulève trois questions: a) la Cour a-t-elle compétence pour connaître de l'action? b) la perte de la cargaison est-elle imputable à la négligence de l'ITO? et c) l'ITO est-elle déchargée de sa responsabilité pour négligence en vertu de la clause Himalaya prévue au connaissement?

Pour ce qui est de la question de la compétence, j'estime maintenant que j'ai eu tort dans la décision que j'ai rendue dans l'affaire *Domestic Converters* (précitée)⁴. Toutefois, j'estime toujours, pour les motifs invoqués dans cette affaire, que l'action intentée par le propriétaire de la cargaison contre le transitaire ne repose sur aucun fondement contractuel. Je ne vois pas comment on peut prétendre que le contrat de manutention et de transit intervenu entre l'armateur et la Logistec Corporation (qui, de l'accord des parties, doit être assimilée à l'ITO aux fins de la cause) a été conclu par le premier pour le compte de l'expéditeur ou propriétaire de la cargaison considérée, ou qu'il contient une stipulation pour autrui au profit de ce dernier. Il s'agissait d'un contrat de transit général conclu par l'armateur en sa qualité de commettant et pour son propre compte, et ne visant aucun contrat de transport en particulier. Il n'a créé aucun lien contractuel entre le transitaire et un expéditeur ou propriétaire de cargaison donné. C'est en vertu de ce contrat général, et non d'un accord avec le propriétaire de la cargaison, que le transitaire a pris possession de la cargaison. Après analyse d'autres arguments et plus ample réflexion, j'en suis venu à la conclusion que la question de la compétence doit être appréciée en tenant pour acquis que si l'action intentée par le propriétaire de la cargaison contre le transitaire était régie par le droit maritime canadien, elle serait fondée sur la responsabilité extra-contractuelle de *common law* d'un sous-dépositaire, comme dans l'affaire *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. c. York Products Pty. Ltd.* [1970] 3 All E.R. 825, et qu'étant donné la nature particulière de la responsabilité en matière de dépôt, il n'y a pas lieu d'appliquer à celle-ci le critère du lieu qui

⁴ *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, n° du greffe A-247-77, jugement rendu le 29 octobre 1980.

operator to the cargo owner should be regarded as a maritime matter within the definition of "Canadian maritime law" in section 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, because of the close practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage, the law which governs it should be uniform throughout Canada. Cf. *National Gypsum Company Inc. v. Northern Sales Limited* [1964] S.C.R. 144 at pages 153 and 163; *Associated Metals & Minerals Corporation v. The "Evie W"* [1978] 2 F.C. 710 at page 717. I am reinforced in this view by the fact that the common law of bailment provides a more coherent and certain basis for the duties and liability of the terminal operator than does the civil law of delictual responsibility. Such a result is in the interests of maritime commerce and it is certainly not against the general spirit of the Quebec civil law as indicated by article 2388 of the *Civil Code*, which appears to have been treated as of general import in the judgment of Girouard J. in *Inverness Railway and Coal Company v. Jones* (1908) 40 S.C.R. 45 at page 55. On the assumption, then, that the liability of the terminal operator to the cargo owner, if governed by Canadian maritime law, would be the common law liability of a sub-bailee arising apart from contract, I do not think it should be regarded as falling within the traditional distinction or dichotomy, for purposes of jurisdiction, between maritime contracts and maritime torts because of the body of opinion that has characterized the liability upon bailment as *sui generis* or independent of contract or tort. See Winfield, *The Province of the Law of Tort*, 1931, chapter V; *Building and Civil Engineering Holidays Scheme Management Ltd. v. Post Office* [1966] 1 Q.B. 247 per Lord Denning M.R. at page 261; Palmer, "The Application of the Torts (Interference with Goods) Act 1977 to Actions in Bailment" (1978) 41 M.L.R. 629 at page 630. Moreover, to the extent that the liability upon bailment arising apart from contract is to be regarded, according to some authorities (cf. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 11th ed., 1979, pages 9-10) as essentially tortious, I do not think that the test of locality should be determinative of jurisdiction because of the close relationship of the terminal operation to maritime commerce. It must not be forgotten that in addition to its post-discharge services the terminal operator receives cargo for

s'applique traditionnellement à la compétence d'amirauté en matière de responsabilité délictuelle. Si la responsabilité du transitaire vis-à-vis du propriétaire de la cargaison devait être regardée comme une question maritime, au sens de la définition que donne l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, du «droit maritime canadien», en raison du rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport, le droit applicable devrait être uniforme partout au Canada. Voir *National Gypsum Company Inc. c. Northern Sales Limited* [1964] R.C.S. 144, aux pages 153 et 163; *Associated Metals & Minerals Corporation c. L'«Evie W»* [1978] 2 C.F. 710, à la page 717. Mon opinion se trouve confirmée par le fait que les règles de la *common law* en matière de dépôt constituent, pour déterminer les obligations et la responsabilité du transitaire, un fondement plus cohérent et plus solide que les principes de la responsabilité délictuelle du droit civil. Cela est dans l'intérêt du commerce maritime et ne va certainement pas à l'encontre de l'esprit du droit civil québécois, comme le montre l'article 2388 du *Code civil*, qui semble avoir été considéré comme ayant une portée générale dans l'arrêt rendu par le juge Girouard dans l'affaire *Inverness Railway and Coal Company c. Jones* (1908) 40 R.C.S. 45, à la page 55. En présumant, donc, que la responsabilité du transitaire vis-à-vis du propriétaire de la cargaison, à supposer qu'elle soit régie par le droit maritime canadien, est la responsabilité extra-contractuelle de *common law* d'un sous-dépositaire, je ne pense pas qu'elle tombe sous le coup de la distinction ou dichotomie classique, aux fins de la compétence, entre les contrats et les délits maritimes, vu le grand nombre de ceux qui ont qualifié la responsabilité en matière de dépôt de *sui generis* ou d'indépendante de tout contrat ou délit. Voir Winfield, *The Province of the Law of Tort*, 1931, chapitre V; *Building and Civil Engineering Holidays Scheme Management Ltd. c. Post Office* [1966] 1 Q.B. 247, lord Denning, M.R., à la page 261; Palmer, «The Application of the Torts (Interference with Goods) Act 1977 to Actions in Bailment» (1978) 41 M.L.R. 629, à la page 630. De plus, dans la mesure où la responsabilité extra-contractuelle en matière de dépôt doit être considérée, selon quelques autorités (voir *Winfield and Jolowicz on Tort*, 11^e éd., 1979, aux pages 9 et 10) comme essentiellement délictuelle, je ne pense pas

shipment and issues a dock receipt on behalf of the carrier that is subject to the terms and conditions of the carrier's standard bill of lading for which it is exchanged on shipment. This aspect of the terminal operator's services is necessitated by the provisions of section 657 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, as was pointed out by Madam Justice Rejane Colas in *Moyer Stainless & Alloy Co. Ltd. v. Canadian Overseas Shipping Ltd.* [1973] 2 Lloyd's Rep. 420, at page 426. I have no doubt that the regulation of a terminal operator would fall within federal legislative jurisdiction with respect to navigation and shipping. As for the test of locality as a criterion of what should be considered to be a maritime tort, counsel for the cargo owner in this appeal pointed out that that test was the subject of considerable critical reservation by the Supreme Court of the United States in *Executive Jet Aviation, Inc. v. City of Cleveland, Ohio* 1973 A.M.C. 1. While the issue in that case was the very particular one of whether the federal courts had admiralty jurisdiction in respect of an action in tort arising out of the crash of an aircraft in Lake Erie shortly after taking off from an airport in Cleveland, and turned essentially on the conclusion that the flight had no connection with traditional maritime activity, the following general observation of Mr. Justice Stewart, [at page 10] who delivered the opinion of the Court, is of significance as a guide to the application of the test of locality as a criterion of maritime jurisdiction: "In sum, there has existed over the years a judicial, legislative, and scholarly recognition that, in determining whether there is admiralty jurisdiction over a particular tort or class of torts, reliance on the relationship of the wrong to traditional maritime activity is often more sensible and more consonant with the purposes of maritime law than is a purely mechanical application of the locality test." For these reasons I am of the opinion that the claim of the cargo owner against the terminal operator is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in section 2 of the *Federal Court Act* and that accordingly the Court has jurisdiction to entertain the claim.

que le critère du lieu détermine la compétence, du fait du rapport étroit entre le transit et le commerce maritime. On doit se rappeler que, en plus des services qu'il fournit après déchargement, le transitaire reçoit les marchandises à expédier et délivre, pour le compte du transporteur, un reçu provisoire, qui est soumis aux conditions du connaissement type du transporteur et qui est échangé contre le connaissement lors de l'expédition. Cet aspect des services du transitaire est rendu nécessaire par l'article 657 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, comme l'a souligné Madame le juge Rejane Colas dans l'affaire *Moyer Stainless & Alloy Co. Ltd. c. Canadian Overseas Shipping Ltd.* [1973] 2 Lloyd's Rep. 420, à la page 426. Je suis certain que la réglementation du transit relève de la compétence législative fédérale en matière de navigation et de transport maritime. Pour ce qui est du lieu comme critère servant à déterminer ce qui devrait être considéré comme un délit maritime, l'avocat du propriétaire de la cargaison a souligné dans le présent appel que ce critère a fait l'objet d'importantes réserves de la part de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Executive Jet Aviation, Inc. c. City of Cleveland, Ohio* 1973 A.M.C. 1. Bien que le litige dans cette affaire portât sur le point assez particulier de savoir si les tribunaux fédéraux avaient compétence maritime pour juger une action délictuelle découlant de la chute d'un avion dans le lac Érié peu de temps après son décollage d'un aéroport de Cleveland, et eût essentiellement trait à la constatation que le vol était étranger à l'activité maritime classique, la remarque générale suivante du juge Stewart [à la page 10], qui prononçait la décision, est importante pour l'application du critère du lieu pour déterminer la compétence maritime: [TRADUCTION] «Bref, les tribunaux, le législateur et la doctrine ont, au cours des années, reconnu que pour déterminer s'il y a compétence maritime sur un délit ou une catégorie de délits donné, le recours au rapport du fait dommageable avec l'activité maritime classique est souvent plus sensé et s'accorde mieux avec les objectifs du droit maritime qu'une application automatique du critère du lieu.» Pour ces motifs, j'estime que l'action intentée par le propriétaire de la cargaison contre le transitaire est une question maritime au sens de la définition que donne du droit maritime canadien l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et que,

Under the stevedoring and terminal services agreement the terminal operator was paid by the shipowner for the terminal services performed. The terminal operator was therefore a sub-bailee for reward. As such it had a duty to the cargo owner to take reasonable or due care to keep the goods safe, and the burden was on the terminal operator in case of loss to show that the loss occurred without neglect, default or misconduct on its part or those to whom it had delegated its duty: *Morris v. C. W. Martin & Sons, Ltd.* [1965] 2 All E.R. 725 at page 731; *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. v. York Products Pty. Ltd.*, *supra*, page 829. The degree of care required of a bailee depends upon the circumstances in which and the purposes for which the goods were delivered to him: *Morris v. C. W. Martin & Sons, Ltd.*, *supra*, at page 734.

In the present case the terminal operator assumed a duty of care which included the provision of an adequate system of security. This results from the nature of the function and responsibility assumed by the terminal operator as indicated by the terms of the stevedoring and terminal services agreement, which required "Watching and guard services", and by section 54A of the National Harbours Board's "Regulations Governing the Occupancy and Use of Transit Sheds for the Handling of Cargo", which reads in part: "There must be a security guard on duty inside a shed whenever the shed is open. When a shed is closed, unless in the opinion of the Harbour Master the type of cargo justifies a security guard being on duty at all times, continuous watching is not required; each shed must however be checked inside frequently (at least once every two hours) to ensure that cargo is safe and no fire hazards exist." The foundation of the duty and liability of a bailee is the voluntary assumption of the possession or custody of the property of another under certain circumstances and for certain purposes. It is this which I think makes the security requirement in the stevedoring and terminal services agreement and the Board's "regulations" applicable as a measure of the standard of care required of the terminal operator. But even if the matter is

par conséquent, la Cour est compétente pour connaître de l'action.

En vertu du contrat de manutention et de transit, le transitaire recevait de l'armateur le paiement des services exécutés. Le transitaire était donc un sous-dépositaire rémunéré. En tant que tel, il avait envers le propriétaire de la cargaison l'obligation de prendre les mesures raisonnables propres à assurer la sécurité des marchandises; en cas de perte, il lui incombait de rapporter la preuve que la perte n'était pas due à sa négligence, à sa faute ou à son incompétence, ou à celles de ceux qu'il s'était substitués dans l'exécution de son obligation: *Morris c. C. W. Martin & Sons, Ltd.* [1965] 2 All E.R. 725, à la page 731; *Gilchrist Watt & Sanderson Pty. Ltd. c. York Products Pty. Ltd.* précitée, à la page 829. Le degré de soin exigé d'un dépositaire dépend des circonstances dans lesquelles, et des buts pour lesquels, les marchandises lui ont été confiées: *Morris c. C. W. Martin & Sons, Ltd.*, précitée, à la page 734.

En l'espèce, le transitaire avait une obligation de soin qui comprenait le maintien d'un système adéquat de sécurité. Ceci découle de la nature des fonctions et responsabilités assumées par le transitaire, ainsi qu'il ressort des termes du contrat de manutention et de transit, qui impose des [TRANSDUCTION] «Services de surveillance et de garde», et en application de l'article 54A des [TRANSDUCTION] «Règlements régissant l'occupation et l'utilisation des hangars de transit pour la manutention des marchandises» du Conseil des ports nationaux, qui prévoit notamment: [TRANSDUCTION] «Il doit y avoir un garde de faction à l'intérieur de tout hangar ouvert. Lorsqu'un hangar est fermé, à moins que, selon le maître de port, la nature de la marchandise exige qu'il y ait toujours un garde de faction, une surveillance continue n'est pas requise; chaque hangar sera visité fréquemment (au moins à toutes les deux heures) afin de s'assurer que la marchandise est en sécurité et qu'il n'existe aucun danger de feu.» Le fondement de l'obligation et de la responsabilité d'un dépositaire réside dans l'acceptation volontaire de la possession ou de la garde des biens d'autrui dans certaines circonstances et pour certaines fins. C'est ce fondement qui, à mon avis, permet d'apprécier à partir de la condition de sécurité prévue dans le contrat de manutention et de transit et les «règlements» du Conseil l'étendue

to be regarded from the point of view of privity of contract I think there is a significant distinction to be made with respect to the "regulations" of the Board. While these "regulations" are not strictly speaking true regulations or provisions of law but rather conditions of the permit of occupation, they are imposed by the Board acting as a public authority upon the occupants of transit sheds in the exercise of what is essentially a regulatory responsibility. As such I think they should be taken as affecting the scope of the duty of care and safekeeping that was owed by the terminal operator to the cargo owner.

Having regard to the requirement that each shed be checked inside at least every two hours, the failure to carry out an inspection of shed 50 between the hours of 7:30 p.m. and 10:30 p.m. on September 14, 1973, was negligence in the care of the cargo for which the terminal operator is responsible. I agree with the reasons of Mr. Justice Lalande for concluding that had the necessary inspection been carried out it is probable that the loss would have been prevented. The terminal operator cannot escape this responsibility by reason of having arranged for the security guard service to be provided by an independent contractor: *British Road Services, Ltd. v. Arthur V. Crutchley & Co., Ltd.* [1968] 1 All E.R. 811.

I turn now to the question whether the terminal operator is relieved of liability for negligence by clause 4 (the Himalaya clause) of the bill of lading which reads:

4. It is expressly agreed between the parties hereto that the master, officers, crew members, contractors, stevedores, longshoremen, agents, representatives, employees or others used, engaged or employed by the carrier in the performance of this contract, shall each be the beneficiaries of and shall be entitled to the same, but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading whether printed, written, stamped thereon or incorporated by reference. The master, officers, crew members and the other persons referred to heretofore shall to the extent provided be or be deemed to be parties to the contract in or evidenced by this bill of lading and the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all such persons.

de l'obligation de diligence incombant au transitaire. Toutefois, même si la question doit être envisagée du point de vue de la relativité des contrats, j'estime qu'il existe une distinction importante à faire pour ce qui est des «règlements» du Conseil. Bien que ces «règlements» ne soient pas à proprement parler des règlements ou des dispositions législatives, mais plutôt des conditions du permis d'occupation, ils sont imposés aux occupants des hangars de transit par le Conseil, qui agit à titre d'autorité publique dans l'exercice de ce qui constitue essentiellement un pouvoir de réglementation. En tant que tels, j'estime qu'ils doivent être considérés comme touchant l'étendue de l'obligation de diligence et de garde dont le transitaire était tenu envers le propriétaire de la cargaison.

Compte tenu de l'exigence selon laquelle chaque hangar doit être visité au moins toutes les deux heures, le défaut de faire une inspection du hangar 50 le 14 septembre 1973, entre 19 h 30 et 22 h 30, constitue une négligence dans la garde de la cargaison confiée au transitaire. Je suis d'accord avec le juge Lalande lorsqu'il affirme que si l'inspection nécessaire avait été faite, la perte ne serait probablement pas survenue. Le transitaire ne peut être dégagé de cette responsabilité du seul fait qu'il avait chargé un entrepreneur indépendant d'assurer le service de surveillance: *British Road Services, Ltd. c. Arthur V. Crutchley & Co., Ltd.* [1968] 1 All E.R. 811.

Ce qui nous amène à la question de savoir si le transitaire est déchargé de sa responsabilité pour négligence par l'effet de la clause 4 (la clause Himalaya) du connaissement, laquelle est ainsi rédigée:

4. Il est expressément convenu entre les parties au présent connaissement que le capitaine, les officiers, les membres de l'équipage, entrepreneurs, manutentionnaires, débardeurs, mandataires, représentants, employés ou autres, utilisés, engagés ou employés par le transporteur pour l'exécution du présent contrat, bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement, que ce soit sous forme de clause imprimée, écrite à la main, apposée par cachet ou incorporée par renvoi. Le capitaine, les officiers, les membres d'équipage et autres personnes susmentionnées sont à cet égard réputés être parties au contrat dont fait foi le présent connaissement, le transporteur étant réputé être leur mandataire ou fiduciaire.

By virtue of this clause the terminal operator invokes the limitation or exclusion of liability in clause 8 of the bill of lading, which provides in part that "The carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any delay, non-delivery, misdelivery or loss of or damage to or in connection with the goods occurring before loading and/or after discharge, whether awaiting shipment landed or stored or put into craft, barge, lighter or otherwise belonging to the carrier or not or pending transshipment at any stage of the whole transportation", and in clause 18, which provides in part that "In any case the carrier's responsibility shall cease at the time when the goods are discharged from the vessel and in any case all risks and expenses (including expenses for landing, lighterage, storage, cartage, port charges, etc.) incurred by delivery otherwise than from the vessel's side shall be borne by shipper and/or consignee notwithstanding any custom of the port to the contrary".

The Privy Council has held in two decisions, on the basis of the requirements suggested by Lord Reid in *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* [1962] A.C. 446, at page 474, that a form of Himalaya clause could be invoked by stevedores. In the first of these cases, *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The "Eurymedon")*, (*supra*), the loss occurred in the course of discharge and the immunity that was applied was the one-year time bar in Article III, paragraph 6, of the *Hague Rules*. In the second case, *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd. (The New York Star)*, (*supra*), the loss occurred after discharge while the goods were in the custody of the stevedores pending delivery to the cargo owners and again the immunity that was applied was the one-year time bar.

The Supreme Court of Canada has not had an opportunity to rule on the effect of a Himalaya clause in the light of these decisions. In *Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black Limited (The "Lake Bosomtwe")* [1971] S.C.R. 41 at page 43, Mr. Justice Ritchie, deliver-

S'appuyant sur cette clause, le transitaire invoque la limitation ou exonération de responsabilité prévue à la clause 8 du connaissement, laquelle prévoit notamment que «Le transporteur ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce soit, du retard de livraison, du défaut de livraison, de la livraison défectueuse, ou de la perte ou de l'avarie causée aux marchandises ou les concernant, qui se produit avant le chargement ou après le déchargement, ou les deux, que ces marchandises soient en attente d'expédition, placées à terre ou emmagasinées, chargées à bord d'embarcations, chalands, allèges ou autres appartenant ou non au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement au cours du voyage», et à la clause 18 qui prévoit notamment qu'«En toute hypothèse, la responsabilité du transporteur prend fin dès le moment où les marchandises sont déchargées du navire, et, nonobstant tout usage contraire du port, l'expéditeur ou le consignataire, ou les deux, assument tous les risques et frais (notamment les frais de déchargement, de chalandage, d'emmagasinage, de camionnage, les droits portuaires, etc.) encourus pour livraison autre qu'au navire».

Dans deux décisions, le Conseil privé a, sur la base des conditions suggérées par lord Reid dans l'affaire *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.* [1962] A.C. 446, à la page 474, décidé qu'une forme de clause Himalaya pouvait être invoquée par les manutentionnaires. Dans la première de ces causes, *New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd. (L'«Eurymedon»)* (précitée), la perte était survenue au cours du déchargement et l'exonération retenue fut la prescription annale de l'article III, paragraphe 6, des *Règles de La Haye*. Dans la deuxième cause, *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd. (Le New York Star)* (précitée), la perte était survenue après le déchargement alors que les marchandises étaient sous la garde des manutentionnaires en attendant d'être livrées à leurs propriétaires, et, de nouveau, l'exonération appliquée fut la prescription annale.

La Cour suprême du Canada n'a pas eu l'occasion de statuer, à la lumière de ces décisions, sur l'effet d'une clause Himalaya. Dans l'affaire *Canadian General Electric Company Limited c. Pickford & Black Limited (Le «Lake Bosomtwe»)* [1971] R.C.S. 41, à la page 43, le juge Ritchie, qui

ing the judgment of the Supreme Court of Canada, cited with approval the decision of the House of Lords in *Midland Silicones*, *supra*, and said that "as the stevedoring company is a complete stranger to the contract of carriage it would not be affected by any provisions for limitation of liability or otherwise contained in the bills of lading", although the nature of the provision that was being invoked is not clear. In *Greenwood Shopping Plaza Limited v. Beattie* [1980] 2 S.C.R. 228, at pages 237-238, Mr. Justice McIntyre, delivering the judgment of the Supreme Court of Canada, noted the adoption in *The Lake Bosomtwe* case of the rule of privity of contract as affirmed and applied in *Midland Silicones* and referred without commentary to the decision of the Privy Council in *The Eurymedon* as an example of the "agency exception".

In this state of the law, I am of the respectful opinion that the decisions of the Privy Council in *The Eurymedon* and *The New York Star* cases should be taken as having correctly applied the requirements of the agency theory indicated by Lord Reid in *Midland Silicones* and thus to have properly permitted the stevedores to invoke the Himalaya clauses in those cases, and that this conclusion is not in conflict with what has so far been said by the Supreme Court of Canada with reference to this question.

In the present case the requirements of the agency theory appear to have been clearly satisfied, in particular by the agreement in clause 7 of the stevedoring and terminal services contract between the shipowner and the stevedoring and terminal services contractor that the shipowner "will include the Contractor as an express beneficiary, to the extent of the services to be performed hereunder, of all rights, immunities and limitation of liability provisions of all contracts of affreightment as evidenced by its standard bills of lading"

The issue, as I see it, is whether clause 4 of the bill of lading—the Himalaya clause—contemplates the exclusion of liability for after-discharge loss in clauses 8 and 18 of the bill of lading, and if so, whether the latter exclude liability for negligence.

rendait le jugement de la Cour suprême du Canada, a cité et approuvé la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Midland Silicones*, précitée, et dit que «l'arrimeur n'étant aucunement partie au contrat de transport, n'est touché par aucune disposition tendant à limiter la responsabilité ou autrement contenue dans les connaissements», quoique la nature de la disposition invoquée ne soit pas claire. Dans l'affaire *Greenwood Shopping Plaza Limited c. Beattie* [1980] 2 R.C.S. 228, aux pages 237 et 238, le juge McIntyre, qui rendait le jugement de la Cour suprême du Canada, a souligné l'adoption dans l'affaire *Le Lake Bosomtwe* de la règle de l'effet relatif des contrats, telle qu'elle a été confirmée et appliquée dans l'affaire *Midland Silicones*, et renvoyé, sans faire de commentaires, à la décision rendue par le Conseil privé dans l'affaire *L'Eurymedon* à titre d'exemple de l'«exception du mandat».

Devant cet état du droit, j'estime que les décisions du Conseil privé dans les affaires *L'Eurymedon* et *Le New York Star* devraient être considérées comme ayant fait une juste application des conditions de la théorie du mandat indiquées par lord Reid dans l'affaire *Midland Silicones* et, par conséquent, comme ayant à raison permis aux manutentionnaires d'invoquer les clauses Himalaya. J'estime du reste que cette conclusion ne va pas à l'encontre de ce qui a été dit par la Cour suprême du Canada sur cette question.

En l'espèce, les conditions de la théorie du mandat semblent nettement réunies, en particulier par l'entente figurant dans la clause 7 du contrat de manutention et de transit conclu entre l'armateur et le manutentionnaire et transitaire; selon cette entente, l'armateur «désignera expressément l'entrepreneur comme bénéficiaire, dans la prestation des services prévus aux présentes, de toutes les dispositions prévoyant des droits, exonérations et limitations de responsabilité, contenues dans les contrats d'affrètement dont font foi les connaissements types»

La question, selon moi, est de savoir si la clause 4 du connaissement—la clause Himalaya—vise l'exonération de responsabilité en cas de perte après déchargement prévue aux clauses 8 et 18 du connaissement et, dans l'affirmative, si ces dernières écartent la responsabilité pour négligence.

It is true that none of the decisions recognizing that the Himalaya clause may be invoked by stevedores or terminal operators has applied the after-discharge clause as one of the immunities covered by it, but I am, with respect, of the view that the words “shall be entitled to the same, but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading” are broad enough to include the exclusion of liability for after-discharge loss in clauses 8 and 18 of the bill of lading in the present case. As I read these words they apply to all exemptions, immunities and limitations of liability provided by the bill of lading and not merely to those provided by the *Hague Rules* and made applicable by the clause paramount. The exclusion of liability provided by the after-discharge loss clause falls into the category of provisions expressly permitted by Article VII of the *Hague Rules*, which reads: “Nothing herein contained shall prevent a carrier or a shipper from entering into any agreement, stipulation, condition, reservation or exemption as to the responsibility and liability of the carrier or the ship for the loss or damage to or in connection with the custody and care and handling of goods prior to the loading on and subsequent to the discharge from the ship on which the goods are carried by water.”

In *The New York Star* there was a question as to whether the immunity in issue in that case—the one-year time bar—applied to a case of after-discharge loss. The Privy Council held, on the basis particularly of clause 5 of the bill of lading, which spelled out the nature of the carrier’s liability, if any, after discharge, that the carrier’s immunity covered the period of responsibility for the cargo after discharge and in consequence the immunity of the stevedore covered the same period. In the present case there is no clause in the bill of lading, comparable to clause 5 of the bill of lading in *The New York Star* case, which expressly contemplates that the carrier may have a defined liability as bailee where delivery is not taken at the time and place of discharge. Clause 4 (the Himalaya clause) of the bill of lading extends to persons engaged or employed by the carrier “in the performance of

Il est vrai qu’aucune des décisions reconnaissant que la clause Himalaya peut être invoquée par le manutentionnaire ou le transitaire n’a considéré comme une des exemptions par elle visées la clause exonératoire de responsabilité après le déchargement. Mais j’estime toutefois que les termes «bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement» sont assez larges pour comprendre en l’espèce l’exonération de responsabilité en cas de perte après le déchargement prévue dans les clauses 8 et 18 du connaissement. Selon moi, ces termes s’appliquent à toutes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité prévues par le connaissement, et non seulement à celles prévues aux *Règles de La Haye* et rendues applicables par la clause *paramount*. La clause exonératoire de responsabilité en cas de perte après le déchargement tombe dans la catégorie des dispositions expressément permises par l’article VII des *Règles de La Haye*, lequel est ainsi conçu: «Aucune disposition de la présente convention ne défend à un transporteur ou à un chargeur d’insérer dans un contrat des stipulations, conditions, réserves ou exonérations relatives aux obligations et responsabilités du transporteur ou du navire pour la perte ou les dommages survenant aux marchandises, ou concernant leur garde, soin et manutention, antérieurement au chargement et postérieurement au déchargement du navire sur lequel les marchandises sont transportées par eau.»

Dans l’affaire *Le New York Star*, il fallait déterminer si l’exonération qui faisait l’objet du litige—la prescription d’un an—s’appliquait à un cas de perte après le déchargement. Le Conseil privé, en se fondant surtout sur la clause 5 du connaissement, qui définissait la nature de la responsabilité du transporteur après le déchargement, si responsabilité il y avait, a décidé que l’exonération du transporteur couvrirait la période de responsabilité à l’égard de la marchandise après le déchargement, et que, par conséquent, l’exonération du manutentionnaire couvrirait la même période. En l’espèce, il n’existe pas dans le connaissement de clause comparable à la clause 5 du connaissement dans l’affaire *Le New York Star*, qui prévoit expressément que le transporteur, à titre de dépositaire, peut avoir une responsabilité déterminée lorsque la livraison ne s’effectue pas au temps et au lieu du

this contract”—that is, in the performance of the contract of carriage as evidenced by the bill of lading. The bill of lading provides that the goods are to be carried to the port of discharge and “there to be delivered or transhipped”, and that “If requested, one signed bill of lading duly endorsed must be surrendered in exchange for the goods or delivery order.” In my opinion clause 8 of the bill of lading does not purport to define the carrier’s obligations under the contract of carriage, which include the obligation to deliver the goods to the consignee or other holder of the bill of lading and the obligation to care for the goods pending delivery. See Carver’s *Carriage by Sea*, 12th ed., 1971, vol. 2, para. 1018, p. 865, and paras. 1022 and 1023, p. 869. What clause 8 purports to do is to relieve the carrier of liability for non-performance of these obligations. This is apparent from the words “shall not be liable in any capacity whatsoever for any delay, non-delivery, misdelivery or loss of or damage to or in connection with the goods occurring before loading and/or after discharge” The implication of this clause is that the carrier would otherwise be liable for non-performance of the obligations of delivery and safekeeping. The words in clause 18, “In any case the carrier’s responsibility shall cease at the time when the goods are discharged”, when read in the light of clause 8, do not in my opinion purport to define the scope or duration of the contract of carriage but rather purport to limit or exclude liability. Clause 18 does define the carrier’s right to discharge the goods, but discharge is not synonymous with delivery. The place at which the goods are discharged is normally the place at which the consignee or other holder of the bill of lading is required to take delivery (Carver, *op. cit.*, par. 1004, p. 855; par. 1008, pp. 857-858), but clause 18 of the bill of lading contemplates that the goods may be discharged into a warehouse selected by the carrier and that there may be “delivery otherwise than from the vessel’s side”, and the stevedoring and terminal services agreement, the occupation and operation of the transit shed, and the testimony in the case show that delivery as a general rule was to be taken from the terminal operator. The case therefore discloses a mode of operation or course of dealing essentially similar to that which was described by Barwick C.J. in the High Court of Australia in *The New York Star* case [1979] 1 Lloyd’s Rep. 298 at page

déchargement. La clause 4 (la clause Himalaya) du connaissement s’applique aux personnes engagées ou employées par le transporteur «pour l’exécution du présent contrat»—c’est-à-dire pour l’exécution du contrat de transport dont fait foi le connaissement. Le connaissement prévoit que les marchandises doivent être transportées au port de débarquement et [TRADUCTION] «y être livrées ou transbordées», et que [TRADUCTION] «Sur demande, un connaissement signé et dûment endossé doit être remis en échange des marchandises ou d’un ordre de livraison.» A mon avis, la clause 8 du connaissement ne prétend pas déterminer les obligations du transporteur aux termes du contrat de transport, obligations qui comportent celle de livrer les marchandises au consignataire ou autre détenteur du connaissement et celle de prendre soin des marchandises tant que celles-ci n’ont pas été livrées. Voir Carver, *Carriage by Sea*, 12^e éd., 1971, vol. 2, par. 1018, à la page 865 et par. 1022 et 1023, à la page 869. La clause 8 a pour objet de décharger le transporteur de sa responsabilité pour inexécution de ces obligations. Cela résulte clairement du passage «ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce soit, du retard de livraison, du défaut de livraison, de la livraison défectueuse, ou de la perte ou de l’avarie causée aux marchandises ou les concernant, qui se produit avant le chargement ou après le déchargement, ou les deux » Il ressort de cette clause que le transporteur devrait normalement répondre de l’inexécution des obligations de livraison et de garde. A la lumière de la clause 8, les termes «En toute hypothèse, la responsabilité du transporteur prend fin dès le moment où les marchandises sont déchargées» de la clause 18 ne visent pas, à mon avis, à déterminer la portée ou la durée du contrat de transport, mais plutôt à limiter ou à exclure la responsabilité. La clause 18 précise le droit du transporteur de décharger les marchandises, mais déchargement n’est pas synonyme de livraison. Le lieu de déchargement des marchandises est normalement celui où le consignataire ou autre détenteur du connaissement doit prendre livraison (Carver, *op. cit.*, par. 1004, à la page 855; par. 1008, aux pp. 857 et 858); toutefois, il est prévu dans la clause 18 du connaissement que les marchandises peuvent être déchargées dans un entrepôt choisi par le transporteur, et qu’il peut y avoir «livraison autre qu’au navire», et il découle du contrat de manutention et de transit, de l’occupation et de

308, and in the Privy Council by Lord Wilberforce, who said at page 264: "These provisions must be interpreted in the light of the practice that consignees rarely take delivery of goods at the ship's rail but will normally collect them after some period of storage on or near the wharf. The parties must therefore have contemplated that the carrier, if it did not store the goods itself, would employ some other person to do so." I am, therefore, of the opinion that the provisions of bill of lading in the present case necessarily contemplated that the contractual obligations of the carrier extended beyond discharge and the carrier's limitation or exclusion of liability was intended to cover the period between discharge and delivery, so that what was held by the Privy Council in *The New York Star* case with reference to the question that was referred to as the "capacity" point is applicable to the present case.

It is necessary, then, to consider whether clause 8 and that portion of clause 18 which has been quoted exclude liability for negligence. It is to be noted that clause 4 (the Himalaya clause) provides that the various classes of persons who are to enjoy the carrier's exemptions, immunities and limitations of liability are to be entitled to "same, but no further" exemptions, immunities and limitations of liability as the carrier has under the bill of lading. It is thus necessary to determine the effect of such exemptions, immunities and limitations in respect of the carrier's liability. In the light of the principles affirmed by the Privy Council in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* (*supra*) at page 208 it is my opinion that clause 8 and that portion of clause 18 that has been quoted do not exclude liability for negligence. They do not contain an express reference to negligence. The words "in any capacity whatsoever" do not constitute such a reference: *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.* [1978] 1 All E.R. 18 at pages 22 and 26. In so far as they may be considered broad enough to include

l'utilisation du hangar de transit et des témoignages en l'espèce que, règle générale, il était pris livraison auprès du transitaire. Ce cas révèle donc un mode d'opération ou un processus essentiellement identique à celui décrit par le juge en chef Barwick de la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Le New York Star* [1979] 1 Lloyd's Rep. 298, à la page 308, et par lord Wilberforce du Conseil privé, qui dit à la page 264: [TRADUCTION] «Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de la pratique selon laquelle les consignataires prennent rarement livraison de la marchandise au navire; ils en prennent normalement livraison après quelque temps d'emmagasinage sur le quai ou près de celui-ci. Les parties doivent, par conséquent, avoir prévu que le transporteur, s'il ne s'occupait pas lui-même de l'emmagasinage des marchandises, engagerait quelqu'un d'autre pour le faire.» J'estime donc qu'en l'espèce, le connaissance prévoyait nécessairement que les obligations contractuelles du transporteur s'étendaient au-delà du déchargement, et que la limitation ou exonération de responsabilité du transporteur devait couvrir la période entre le déchargement et la livraison, ce qui fait que ce qui a été dit par le Conseil privé dans l'affaire *Le New York Star* relativement à la question appelée la question de [TRADUCTION] «capacité» s'applique en l'espèce.

Il importe donc de déterminer si la clause 8 et la partie précitée de la clause 18 écartent la responsabilité pour négligence. Il doit être noté que la clause 4 (la clause Himalaya) prévoit que les diverses catégories des personnes mentionnées bénéficient «exactement des mêmes» exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le connaissance. Il convient donc de déterminer l'effet de ces exemptions, exonérations et limitations sur la responsabilité du transporteur. A la lumière des principes confirmés par le Conseil privé dans l'affaire *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi* (précitée), à la page 208, j'estime que la clause 8 et la partie précitée de la clause 18 n'écartent pas la responsabilité pour négligence. Il n'y est pas fait expressément mention de la négligence. L'expression «à quelque titre que ce soit» ne constitue pas une telle mention: *Smith c. South Wales Switchgear Ltd.* [1978] 1 All E.R. 18, aux pages 22 et 26. Dans la mesure où cette expression peut être considérée comme assez large pour englober la négligence,

negligence they are not directed to liability which could only be based on negligence, but they could be intended to exclude the carrier's liability as an insurer of the safety of the goods, apart from negligence. The relevant authorities in support of this distinction with respect to carriers were reviewed in the dissenting opinion of Locke J. in the *Canada Steamship Lines* case, [1950] S.C.R. 532 at pages 560 ff. In the result, then, I am of the opinion that the Himalaya clause in this case does not have the effect of relieving the terminal operator of liability for the loss of the cargo.

As indicated at the outset of these reasons, I must with respect differ from my colleagues concerning the proposed disposition of the appeal from the judgment dismissing the action as against the carrier Mitsui O.S.K. Lines Ltd. In my opinion that appeal should be allowed. Since I am of the view that clauses 8 and 18 of the bill of lading did not relieve the carrier of its contractual obligations to deliver the cargo and care for it pending delivery, the carrier could not relieve itself of these obligations by delegating their performance to a third person, even one who was an independent contractor. But I am also of the view, in any event, that in providing the terminal services the terminal operator was acting as agent of the carrier. This is reflected in clause 2 of the standard terms and conditions attached to the stevedoring and terminal services contract between the shipowner (referred to therein as the "Company") and Logistec Corporation (referred to therein as the "Contractor"), which reads in part as follows: "In the event that receiving, delivery, checking and/or watching services are required, it is expressly agreed that the Contractor will arrange for such services as Agent only for the Company" On either view the carrier would be liable for the negligence which caused the loss of the cargo.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division and order the respondents jointly and severally to pay the appellant the sum of \$26,656.37 with interest at the rate of 8% from September 14, 1973, with costs in this Court and in the Trial Division.

* * *

elle ne vise pas la responsabilité qui ne serait fondée que sur la négligence; elle pourrait toutefois être destinée à exclure la responsabilité du transporteur à titre de garant de la sécurité des marchandises, en dehors de toute négligence. Dans l'affaire *Canada Steamship Lines* [1950] R.C.S. 532 aux pages 560 *et seq.*, le juge Locke a, dans sa dissidence, examiné les précédents autorisant cette distinction à l'égard des transporteurs. J'estime donc que, dans la présente cause, la clause Himalaya n'a pas pour effet de décharger le transitaire de sa responsabilité pour la perte de la cargaison.

Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, je ne saurais me rallier à l'opinion de mes collègues sur la décision à rendre sur l'appel formé contre le jugement rejetant l'action intentée contre le transporteur Mitsui O.S.K. Lines Ltd. A mon avis, cet appel devrait être accueilli. Puisqu'à mon avis, les clauses 8 et 18 du connaissement ne déchargeaient pas le transporteur de ses obligations contractuelles de livrer la cargaison et d'en prendre soin jusqu'à sa livraison, le transporteur ne pouvait pas se soustraire à ces obligations en en confiant l'exécution à un tiers, même si ce tiers était un entrepreneur indépendant. Du reste, j'estime qu'en tout état de cause, le transitaire agissait comme mandataire du transporteur dans la prestation des services de transit. Cela ressort de la clause 2 des conditions types annexées au contrat de manutention et de transit passé entre l'armateur (qui y est désigné comme la «Compagnie») et la Logistec Corporation (qui y est désignée comme l'«Entrepreneur»), aux termes de laquelle [TRADUCTION] «Au cas où des services de réception, de livraison, de vérification ou de surveillance seraient requis, il est expressément convenu que l'Entrepreneur veillera à faire assurer ces services à titre de simple mandataire de la Compagnie . . . » Dans une hypothèse comme dans l'autre, la négligence qui a causé la perte de la cargaison engage la responsabilité du transporteur.

Pour ces motifs, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir l'appel, d'infirmer le jugement de la Division de première instance, de déclarer les intimées solidairement tenues de verser à l'appelante la somme de \$26,656.37 avec intérêts au taux de 8% à compter du 14 septembre 1973, et de mettre les dépens tant devant la présente Cour qu'en première instance à leur charge.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LALANDE D.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [*supra*] dismissing plaintiff's (now appellant's) action for loss of cargo by theft after discharge in the Port of Montreal. The goods had been carried under a bill of lading on the vessel *Buenos Aires Maru* from Kobe, Japan, to Montreal "there to be delivered" to the consignee. On September 14, 1973, burglars broke into a terminal transit shed operated by respondent ITO who also had discharged the shipment of 250 cartons containing 500 electronic desk calculators, 169 of which were stolen and not delivered.

The action was taken in breach of contract and in delict against both the carrier and the terminal operator (paragraph 12 of the statement of claim).

It was dismissed as against the carrier on application of the tackle-to-tackle clause (clause 8) of the bill of lading and with that judgment I agree.

As to the terminal operator, an independent contractor, the learned Trial Judge found "defects" in its security measures on the night of the break-in but concluded that if the case were to be decided on "the purely delictual level" the plaintiff had in his view "failed to prove fault within the meaning of the general law" (*loc. cit.* page 295), that is to say under article 1053 of the Quebec *Civil Code*.

Principally what was found to be defective in the watch kept over the cargo was failure to have a guard make a security check of the shed for a period of some five hours when rounds should have been made at least every two hours.⁵

As a consequence there was failure to ascertain, as it would have been if an earlier round had been made, that a door to the shed was not securely locked and fastened down. The burglars, by cut-

⁵ The terminal operator occupied and ran the shed under regulations requiring that it be "checked inside" at least once every two hours (section 54A of the National Harbours Board's Regulations Governing the Occupation and Use of Transit Sheds for the Handling of Cargo).

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

LE JUGE SUPPLÉANT LALANDE: La Cour statue sur l'appel interjeté du jugement de la Division de première instance [précité] rejetant l'action intentée par la demanderesse (maintenant l'appelante), pour perte de cargaison, à la suite d'un vol commis après le déchargement dans le port de Montréal. Les marchandises avaient été transportées sous connaissance à bord du navire *Buenos Aires Maru* de Kobe, au Japon, à Montréal [TRADUCTION] «où leur livraison devait être faite» au consignataire. Le 14 septembre 1973, des voleurs ont forcé un hangar pour les marchandises en transit exploité par l'intimée ITO. Celle-ci avait déchargé une cargaison de 250 caisses contenant 500 calculatrices électroniques de bureau, dont 169 furent volées et ne furent pas livrées.

L'action, fondée sur l'inexécution du contrat et sur la responsabilité délictuelle, a été intentée à la fois contre le transporteur et le transitaire (paragraphe 12 de la déclaration).

L'action intentée contre le transporteur a été rejetée en application de la clause [TRADUCTION] «palan à palan» (clause 8) du connaissance. Je souscris à ce jugement.

Pour ce qui est du transitaire, un entrepreneur indépendant, le juge de première instance a constaté qu'il y avait des «failles» dans ses mesures de sécurité la nuit de l'effraction, mais a conclu que si l'affaire devait être tranchée sur «le plan strictement délictuel», la demanderesse, à son avis, «n'a pas prouvé faute, au sens du droit commun» (*loc. cit.* page 295), c'est-à-dire sous le régime de l'article 1053 du *Code civil* du Québec.

La surveillance de la cargaison a été surtout jugée défectueuse en ce qu'aucun gardien n'avait visité le hangar pendant une période de quelque cinq heures, alors qu'une ronde aurait dû être effectuée au moins toutes les deux heures⁵.

Par conséquent, et contrairement à ce qui se serait produit si une ronde avait été effectuée plus tôt, on ne s'aperçut pas qu'une porte du hangar n'était pas bien fermée à clef et verrouillée. En

⁵ Le transitaire occupait et exploitait le hangar en vertu de règlements exigeant que ce dernier soit «visité» au moins à toutes les deux heures (article 54A des Règlements du Conseil des ports nationaux régissant l'occupation et l'utilisation des hangars de transit pour la manutention des marchandises).

ting a small hole in the shed wall near the door, were able to reach in, pull a chain, raise the door a few feet, gain entry and take the stolen goods out on the wharf to two small boats. Their activities were interrupted by the first security round at about 11:30 p.m. If the 7:30 p.m. security round had not been cancelled, the padlock on the cargo door dockside inside shed 50 would have been checked and the door secured early in the evening, and it is a reasonable assumption that the burglars would not have been able to move the door as they did, gain entry and get away with the stolen goods.

By its contract with the carrier defendant ITO agreed to perform "such . . . terminal services as may be required" including "watching and guard services". In my opinion ITO was negligent in the performance of those services and its fault is actionable, by a damaged person such as the plaintiff, under article 1053.

The Trial Judge, however, did not limit the plaintiff "solely to delictual grounds" because, as he says at page 301:

. . . plaintiff can avail itself of this contract for services between the carrier and ITO, concluded in part for its own benefit as owner [of the goods] and with its express authorization.

By this I understand that the plaintiff as holder of the bill of lading must be taken to have agreed by clause 4 thereof that the carrier would engage a terminal operator in the performance of its contract to deliver the goods to the consignee at Montréal. By the second paragraph of clause 7 of its contract with the carrier, ITO agreed to perform those services with the benefit of the "rights, immunities and limitation of liability" provided by the bill of lading.

I conclude from these arrangements that ITO became a depositary or bailee of the goods and it is sued for failure in its duty with respect to their safekeeping. I agree with the Trial Judge that the claim of the cargo owner can be said to be *ex contractu*, in so far as it arises from a fault in the performance of a contract, though there be no

faisant un petit trou dans le mur du hangar près de la porte, les voleurs ont pu atteindre et tirer une chaîne, soulever la porte de quelques pieds, pénétrer dans le hangar et transporter les marchandises sur le quai pour les charger dans deux petites embarcations. Ils ont été interrompus par la première ronde, qui a eu lieu à 23 h 30 environ. Si la ronde de 19 h 30 n'avait pas été annulée, le cadenas sur la porte se trouvant du côté du quai et à l'intérieur du hangar 50 aurait été vérifié, et la porte verrouillée tôt dans la soirée, ce qui aurait vraisemblablement empêché les voleurs de déplacer la porte comme ils l'ont fait, de pénétrer dans le hangar, et de s'enfuir avec les marchandises.

En vertu du contrat passé avec le transporteur, la défenderesse ITO s'engageait à fournir [TRA-
DUCTION] «des . . . services de transit nécessaires» notamment les «services de surveillance et de garde». A mon avis, il y a eu négligence de la part de l'ITO dans l'exécution de ces services, et la faute commise par cette dernière autorise une personne lésée telle que la demanderesse, à agir contre elle sur la base de l'article 1053.

Toutefois, le juge de première instance a vu la possibilité pour la demanderesse de se placer sur un «terrain autre que purement délictuel» puisque, comme il l'a dit à la page 301:

. . . elle peut se prévaloir de ce contrat de services que le transporteur a conclu avec ITO, en partie à son bénéfice à elle propriétaire [des marchandises] et avec son autorisation expresse.

J'en déduis que la demanderesse, en tant que détentrice du connaissement, doit être considérée comme ayant accepté, par la clause 4 de ce connaissement, que le transporteur engage un transitaire pour l'exécution de son contrat de livraison des marchandises au consignataire à Montréal. En vertu du second paragraphe de la clause 7 du contrat conclu avec le transporteur, l'ITO s'engageait à exécuter ces services sous bénéfice des «droits, exonérations et limitations de responsabilité» que prévoyait le connaissement.

Je déduis de ces arrangements que l'ITO était dépositaire des marchandises et qu'elle est poursuivie pour inexécution de son obligation de garde de celles-ci. Je conviens avec le premier juge que l'action intentée par le propriétaire de la cargaison peut être considérée comme contractuelle, dans la mesure où elle résulte, quoiqu'il n'existe aucun lien

direct or immediate contractual relationship between plaintiff and defendant ITO.

The Trial Judge then considered whether ITO could have the benefit of clause 4 of the bill of lading, and be protected by that clause from liability for after-discharge negligence. He came to the conclusion, on a review of authorities, that ITO was entitled to oppose the action by relying on that clause and he dismissed it for that reason in so far as it was founded on grounds other than delict.

I am in respectful disagreement with the Trial Judge on the applicability of clause 4 of the bill of lading and of the second paragraph of clause 7 of the stevedoring contract to this case. I think these clauses are irrelevant because they have nothing to do with the after-discharge negligence that we have here.

Clause 4 of the bill of lading reads as follows:

It is expressly agreed between the parties hereto that the master, officers, crew members, contractors, stevedores, longshoremen, agents, representatives, employees or others used, engaged or employed by the carrier in the performance of this contract, shall each be the beneficiaries of and shall be entitled to the same, but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading, whether printed, written, stamped thereon or incorporated by reference. The master, officers, crew members and the other persons referred to heretofore shall to the extent provided be or be deemed to be parties to the contract in or evidenced by this bill of lading and the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all such persons.

The second paragraph of clause 7 of the printed clauses of the stevedoring contract between Mitsui and ITO reads as follows:⁶

It is further expressly understood and agreed that the Company will include the Contractor as an express beneficiary, to the extent of the services to be performed hereunder, of all rights, immunities and limitation of liability provisions of all contracts of affreightment as evidenced by its standard bills of lading and/or passenger tickets issued by the Company during the effective period of this agreement. Whenever the customary rights, immunities and/or liability limitations are waived or omitted by the Company, as in the case of *ad valorem* cargo,

⁶ I omit the first paragraph because it deals with negligence during the discharging operations and not with care of the cargo after discharge.

contractuel direct ou immédiat entre la demanderesse et la défenderesse ITO, d'une faute dans l'exécution d'un contrat.

Le juge de première instance a par la suite considéré la question de savoir si l'ITO pouvait bénéficier de la clause 4 du connaissement et être exonérée, en vertu de cette clause, de la responsabilité pour négligence après le déchargement. A la lumière de la jurisprudence, il en est arrivé à la conclusion que l'ITO était fondée à demander le rejet de l'action en invoquant cette clause, et, pour ce motif, il a rejeté l'action dans la mesure où elle reposait sur des bases autres que délictuelles.

Je ne saurais malheureusement me rallier à l'opinion du juge de première instance sur l'applicabilité à l'espèce de la clause 4 du connaissement et du second paragraphe de la clause 7 du contrat de manutention. J'estime que ces clauses ne sont pas pertinentes, parce qu'elles n'ont rien à voir avec la négligence survenue après le déchargement dont il s'agit en l'espèce.

La clause 4 du connaissement est ainsi conçue:

Il est expressément convenu entre les parties au présent connaissement que le capitaine, les officiers, les membres de l'équipage, entrepreneurs, manutentionnaires, débardeurs, mandataires, représentants, employés ou autres, utilisés, engagés ou employés par le transporteur pour l'exécution du présent contrat, bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement, que ce soit sous forme de clause imprimée, écrite à la main, apposée par cachet ou incorporée par renvoi. Le capitaine, les officiers, les membres d'équipage et autres personnes susmentionnées sont à cet égard réputés être parties au contrat dont fait foi le présent connaissement, le transporteur étant réputé être leur mandataire ou fiduciaire.

Le second paragraphe de la clause 7 figurant dans les clauses imprimées du contrat de manutention intervenu entre la Mitsui et l'ITO est ainsi rédigé⁶:

Il est en outre expressément convenu que la Compagnie désignera expressément l'entrepreneur comme bénéficiaire, dans la prestation des services prévus aux présentes, de toutes les dispositions prévoyant des droits, exonérations et limitations de responsabilité, contenues dans les contrats d'affrètement dont font foi les connaissements types et les billets de transport émis par la Compagnie durant la durée de validité de cet accord. Dans tous les cas où la Compagnie renonce aux droits, aux exonérations et limitations de responsabilité d'usage, ou

⁶ Je ne cite pas le premier paragraphe parce qu'il porte sur la négligence survenue au cours des opérations de déchargement et non sur la garde de la cargaison après le déchargement.

the Company agrees to include the Contractor as an assured party under its insurance protection and ensure that it is indemnified against any resultant increase in liability.

These clauses give the terminal operator the benefit of the rights and immunities, exemption from and limitation of liability afforded by the *Hague Rules* to which the bill of lading is subject by clause 1 (Clause Paramount). There is nothing in those Rules that exonerates the carrier from liability for loss of goods by theft because of negligence in the care and custody of the goods after their discharge.

We are not concerned in this case with limitation of liability under Article IV, paragraph 5 of the *Hague Rules* (the package limitation), nor with exemption or discharge from liability under paragraph 6 if suit is not brought within one year, nor with a loss resulting from any of the causes enumerated in Article IV, paragraph 2.

Having found defendant ITO negligent and not exonerated from liability for that negligence by any provision of its contract with the carrier or of the bill of lading, my conclusion is that the appeal as against International Terminal Operators Ltd. must be allowed with costs and that it be ordered to pay the plaintiff, as was agreed in that event, the sum of \$26,656.37 with interest at the rate of 8% from September 14, 1973, with costs in the Trial Division.

The appeal as against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. should be dismissed with costs.

With regard to this Court's jurisdiction, the subject was not raised at the trial,⁷ but it was canvassed before us, the matter having come to the fore since this Court's decision of October 29, 1980, in *The Queen v. Domestic Converters Corporation*, (*supra*).

In my opinion the Federal Court does have jurisdiction to entertain the plaintiff's claim against the terminal operator here because it is a

omet de s'en prévaloir, comme en cas de cargaison soumise au fret *ad valorem*, la Compagnie s'engage à faire de l'entrepreneur un coassuré dans ses contrats d'assurance et à veiller à ce que ce dernier soit protégé contre tout accroissement de responsabilité tenant à ce fait.

a

Ces clauses confèrent au transitaire le bénéfice des droits et exonérations et des exemptions et limitations de responsabilité prévus par les *Règles de La Haye*, auxquelles est assujéti le connaissement en vertu de la clause 1 (clause *Paramount*). Aucune disposition de ces Règles n'exonère le transporteur de la responsabilité pour la perte de marchandises par vol du fait de la négligence dans la garde des marchandises après leur déchargement.

b

En l'espèce, nous ne nous intéressons ni à la limitation de responsabilité sous le régime de l'article IV, paragraphe 5 des *Règles de La Haye* (limitation par colis), ni à l'exemption ou exonération de responsabilité prévue au paragraphe 6 si l'action n'est pas intentée dans le délai d'un an, ni à la perte résultant de l'une quelconque des causes énumérées à l'article IV, paragraphe 2.

c

Estimant que la défenderesse ITO a été négligente et qu'elle n'est exonérée de sa responsabilité pour cette négligence par aucune disposition du contrat qu'elle a passé avec le transporteur et du connaissement, j'en arrive à la conclusion que l'appel interjeté contre l'International Terminal Operators Ltd. devrait être accueilli avec dépens et cette dernière être condamnée à verser à la demanderesse, comme il a été convenu dans une telle éventualité, la somme de \$26,656.37 avec intérêts au taux de 8% à compter du 14 septembre 1973, les dépens en première instance étant à sa charge.

d

L'appel devrait être rejeté avec dépens en ce qui concerne la Mitsui O.S.K. Lines Ltd.

e

La question de la compétence de la présente Cour n'a pas été soulevée en première instance⁷, mais elle a été débattue devant nous du fait de la décision rendue par la présente Cour le 29 octobre 1980 dans l'affaire *La Reine c. Domestic Converters Corporation* (précitée).

f

A mon avis, la Cour fédérale est en l'espèce compétente pour connaître de l'action intentée par la demanderesse contre le transitaire, parce qu'il

g

⁷ See footnote 2, page 292 (*loc. cit.*).

⁷ Voir le renvoi n° 2 en bas de page 292 (*loc. cit.*).

matter "connected with" navigation and shipping in the words of section 4 of *The Admiralty Act*, 1891 of Canada, S.C. 1891, c. 29, and therefore was within the jurisdiction of the Exchequer Court of Canada under the provisions of that Act.⁸

Moreover I agree with the view expressed by Mr. Justice Thurlow (as he then was) in *The Robert Simpson Montreal Limited v. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher* [1973] F.C. 1356 where, referring to the definition of "Canadian maritime law" in section 2 of the *Federal Court Act*, he says at page 1369:

... if the Exchequer Court had had on its Admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime matters it would plainly have had jurisdiction to administer the law which governed the rights *inter se* of ocean carriers and terminal operators in respect of the performance by terminal operators on behalf of the ocean carriers of the obligations of the ocean carriers to discharge, care for and deliver cargo to the persons entitled thereto. That seems to me to be as maritime a matter as is the contract for the carriage of the cargo by sea. The arrangements between these parties are for the performance of a part of that contract and the activities which the terminal operators carry out under them are "part and parcel of the activities essential to the carriage of goods by sea". (*Re Industrial Relations and Disputes Investigation Act* [1955] S.C.R. 529 per Locke J. at page 578.)

In the *Robert Simpson* case the issue was between carrier and terminal operator, here it is between cargo owner and terminal operator, but the arrangements for the care after discharge and delivery of the cargo were the same. I can see no reason for a distinction to be made between the two cases.

If the foundation of plaintiff's claim were purely delictual I would be faced with the opinion I expressed on jurisdiction in *Domestic Converters*, an opinion that was not necessary to the judgment I came to in that case and needs to be reviewed.

⁸ Laskin C.J. for the Court in *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Company* [1979] 2 S.C.R. 157, at 162, 163.

s'agit d'une question «[se] rattachant» à la navigation et à la marine aux termes de la loi canadienne intitulée *Acte de l'Amirauté*, 1891 du Canada, S.C. 1891, c. 29, et relevant, par conséquent, de la compétence de la Cour de l'Échiquier du Canada en vertu de cet Acte⁸.

De plus, je me range à l'opinion exprimée par le juge Thurlow (tel était alors son titre) dans l'affaire *La Compagnie Robert Simpson Montréal Limitée c. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher* [1973] C.F. 1356. Il y renvoie à la définition que donne du «droit maritime canadien» l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et dit ceci à la page 1369:

... si la Cour de l'Échiquier avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière de droit maritime, elle aurait manifestement eu compétence pour mettre en application le droit régissant les rapports entre les transporteurs maritimes et les entreprises de manutention, notamment l'exécution par l'entreprise de manutention pour le compte des transporteurs maritimes des obligations de ces derniers de décharger la cargaison, d'en prendre soin et de la livrer aux personnes ayant qualité pour la recevoir. Cette situation me semble tout autant relever du domaine maritime qu'un contrat portant sur le transport de marchandises par mer. Les accords conclus entre ces parties portent sur l'exécution d'une partie de ce contrat et les activités de l'entreprise de manutention aux termes de ces accords forment [TRADUCTION] «partie intégrante des activités nécessaires au transport des marchandises par voie maritime». (*Re la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* [1955] R.C.S. 529, le juge Locke à la page 578.)

Dans l'affaire *Robert Simpson*, le litige était entre un transporteur et un transitaire, alors qu'en l'espèce, le litige oppose un propriétaire de cargaison à un transitaire, les accords sur la garde après le déchargement et la livraison de la cargaison étant toutefois les mêmes dans les deux cas. A mon avis, il n'y a pas lieu de faire la distinction entre les deux affaires.

Si le fondement de l'action de la demanderesse était purement délictuel, je me trouverais confronté à l'opinion que j'ai exprimée sur la compétence dans l'affaire *Domestic Converters*, opinion qui n'était qu'incidente et qu'il y aurait lieu de réexaminer.

⁸ Le juge en chef Laskin rendant le jugement de la Cour dans l'affaire *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Company* [1979] 2 R.C.S. 157, aux pages 162, 163.