

A-246-82

A-246-82

St. Lawrence Construction Limited (Plaintiff)

v.

Federal Commerce and Navigation Company Limited and Tande Shipping Limited (Defendants)

and

Federal Commerce and Navigation Company Limited (Counter-Claimant)

v.

St. Lawrence Construction Limited (Counter-Defendant)Court of Appeal, Urie, Mahoney and Stone JJ.—
Montreal, November 5, 6, 7 and 8, 1984; Ottawa,
January 4, 1985.

Maritime law — Transport of goods by water — Stranding of barge — Damages due to delay in delivery of goods — Whether due diligence exercised to make vessels seaworthy — “Per package” limitation of liability under Hague Rules — Limitation of liability under Canada Shipping Act s. 647 not applicable — Whether action lay in tort as well as in contract — General average situation — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2) — Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15, Sch., Art. 1(b), III 1(a), 3, 8, IV 5 — Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

The facts, along with certain of the issues dealt with in this judgment, are set out below in the Editor's note.

Held, the appeal should be allowed in part and the cross-appeal dismissed.

The appellant, Federal Commerce and Navigation Company Limited, failed to exercise the “due diligence” required by Article III, rule 1(a) of the *Hague Rules*. The peculiarities of the wind in the area were well known and an adequate survey would have found that the barge with its cargo stowed as it was could not be controlled by the tug in the wind conditions that developed.

The Trial Judge erred in denying the appellant the benefit of the “per package” limitation under Article IV, rule 5 of the *Hague Rules*. Even though no bill of lading was issued, the important thing is that the issuance of one was contemplated, as in the decision of the Supreme Court of Canada in *Anticosti Shipping Co. v. St-Amand*. The overriding intention was that the appellant should be able to limit its liability in terms of Article IV, rule 5 if it became necessary to do so. That intention ought not to be frustrated because of the absence of a bill of lading when all that was left to do was to ask for it. The appellant is therefore entitled to limit its liability to \$500 per package or unit of cargo. And the language of Article IV, rule

St. Lawrence Construction Limited (demanderesse)

a c.

Federal Commerce and Navigation Company Limited et Tande Shipping Limited (défenderesse)

et

b

Federal Commerce and Navigation Company (demanderesse reconventionnelle)

c.

c

St. Lawrence Construction Limited (défenderesse reconventionnelle)

d

Cour d'appel, juges Urie, Mahoney et Stone—
Montréal, 5, 6, 7 et 8 novembre 1984; Ottawa, 4
janvier 1985.

e

Droit maritime — Transport de marchandises par eau — Chaland échoué — Dommages par suite du retard à livrer les marchandises — Y-a-t-il eu exercice de la diligence nécessaire pour rendre les bâtiments navigables? — Limitation de responsabilité «par colis» en vertu des Règles de La Haye — Inapplicabilité de la limitation de responsabilité en vertu de l'art. 647 de la Loi sur la marine marchande du Canada — Cumul ou non de l'action délictuelle et de l'action contractuelle — Cas d'avaries communes — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2) — Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, chap. C-15, Annexe, art. 1b), III 1a), 3, 8, IV 5 — Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

f

g

Les faits, ainsi que certains des points litigieux que traite le jugement sont exposés ci-dessous dans la note de l'arrêtiste.

g

Arrêt: l'appel est accueilli en partie et l'appel incident rejeté.

h

L'appelante, Federal Commerce and Navigation Company Limited, n'a pas exercé la «diligence nécessaire» exigée par l'article III, règle 1a) des *Règles de La Haye*. Les caprices du vent dans les parages étaient bien connus et un examen adéquat aurait montré que le chaland, chargé comme il l'était, ne pourrait être manœuvré par le remorqueur dans un vent comme celui qui s'est levé.

i

Le juge de première instance a refusé à tort d'octroyer à l'appelante le bénéfice de la limitation de responsabilité «par colis» prévu à l'article IV, règle 5 des *Règles de La Haye*. Il est vrai qu'aucun connaissance n'a été émis mais, ce qui importe, c'est qu'on en avait prévu l'émission, comme dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Anticosti Shipping Co. c. St-Amand*. L'intention prépondérante était que l'appelante puisse limiter sa responsabilité selon l'article IV, règle 5, si cela s'avérait nécessaire. Cette intention ne devrait pas être niée parce qu'il y a absence de connaissance, alors que tout ce qu'il y avait à faire c'était d'en demander un. L'appelante peut donc limiter sa responsabilité à 500 \$ par colis ou unité de cargaison. Et le

j

5 is sufficiently broad to cover loss or damage for delay in delivering the cargo.

The Trial Judge was correct in denying the limitation of liability under subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act*. The stranding and consequent loss were directly related to the decision of management to select for the survey a person without towing expertise. As a result, it decided to make use of a tug which was unfit. Therefore, the stranding and resulting loss did not occur without the "actual fault or privity" of the appellant.

The respondent, St. Lawrence Construction Limited, is entitled to recover damages for delictual fault or negligence notwithstanding the existence of the contract of carriage (see *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, at page 590). But on the other hand, the respondent ought not to be able to sidestep contractual provisions limiting liability merely by asserting delictual fault. As was said in the *Elder, Dempster* case, limitation of liability must apply "whatever the form of action".

It cannot be said that, because the barge was safe, a true general average situation did not exist. While the barge was not in a position of imminent danger of destruction, neither was it in a position of mercantile safety. It was completely immobilized. As was said in *The Glaucus* case, "it is no use saying that this [...] property [...] is safe, if it is safe in conditions where nobody can use it". However, the law is clear that a carrier is not entitled to recover from a shipper a contribution in general average where the general average situation was brought about by his own actionable fault.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. v. Verreault et al., [1971] S.C.R. 522; [1971] 1 Lloyd's Rep. 185; *Anticosti Shipping Co. v. St-Amand*, [1959] S.C.R. 372; *The "Raphael"*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.); *The Glaucus* (1948), 81 Ll. L. Rep. 262 (Adm.); *Goulandris Brothers Ltd. v. B. Goldman & Sons Ltd.*, [1958] 1 Q.B. 74; *Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. v. Eisennerz*, [1974] S.C.R. 1225; *Monarch Steamship Co. Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 (H.L.); *Smith, Hogg & Co., Ltd. v. Black Sea & Baltic General Insurance Company, Ltd.* (1939), 64 Ll. L. Rep. 87 (C.A.).

EXAMINED:

Harland & Wolff, Limited v. The Burns & Laird Lines, Limited, [1931] S.C. 722 (Scot. Sess.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578.

texte de l'article IV, règle 5 est suffisamment large pour viser un dommage découlant d'un retard dans la livraison de la cargaison.

C'est à bon droit que le juge de première instance a refusé de reconnaître une limitation de responsabilité en vertu du paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. L'échouement et le dommage qui s'ensuivit sont directement reliés à la décision par la direction de ne pas choisir pour l'inspection un expert en remorquage. En conséquence, elle a choisi un remorqueur inapte. Donc, l'échouement et le dommage qui s'ensuivit ne se sont pas produits sans «qu'il y ait faute ou complicité réelle» de l'appelante.

L'intimée, St. Lawrence Construction Limited, peut recouvrer des dommages-intérêts pour faute ou négligence délictuelle indépendamment de l'existence du contrat de transport (voir *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, à la page 590). Mais, d'autre part, l'intimée ne devrait pas pouvoir échapper aux stipulations conventionnelles limitant sa responsabilité simplement en faisant valoir une faute délictuelle. Comme il a été dit dans l'arrêt *Elder, Dempster*, la limitation de responsabilité doit s'appliquer [TRADUCTION] «quelle que soit la forme que prend l'action».

On ne peut dire, parce que le chaland n'était pas en danger, qu'il ne s'agissait pas d'un cas véritable d'avaries communes. Certes, le chaland n'était pas en danger imminent d'être détruit, mais il n'était pas en sécurité au point de vue commercial. Il était complètement immobilisé. Comme on l'a dit dans l'affaire *The Glaucus*: «il ne sert à rien de dire que ce bien[...] est en sécurité, s'il l'est dans des circonstances où il n'est pas utilisable». D'autre part, la loi dit aussi clairement que le transporteur ne saurait recouvrer du chargeur une contribution aux avaries communes lorsque ces avaries communes ont été suscitées par sa propre faute, pouvant faire l'objet d'une action en justice.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. c. Verreault et autres, [1971] R.C.S. 522; [1971] 1 Lloyd's Rep. 185; *Anticosti Shipping Co. c. St-Amand*, [1959] R.C.S. 372; *The "Raphael"*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.); *The Glaucus* (1948), 81 Ll. L. Rep. 262 (Adm.); *Goulandris Brothers Ltd. v. B. Goldman & Sons Ltd.*, [1958] 1 Q.B. 74; *Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. c. Eisennerz*, [1974] R.C.S. 1225; *Monarch Steamship Co. Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 (H.L.); *Smith, Hogg & Co., Ltd. v. Black Sea & Baltic General Insurance Company, Ltd.* (1939), 64 Ll. L. Rep. 87 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Harland & Wolff, Limited v. The Burns & Laird Lines, Limited, [1931] S.C. 722 (Scot. Sess.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578.

REFERRED TO:

Baxter's Leather Company v. Royal Mail Steam Packet Company, [1908] 2 K.B. 626 (C.A.); *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1927] 2 K.B. 432; *Pyrene Company, Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 321 (Q.B.D.); *Renton & Co., Ltd. v. Palmyra Trading Corporation*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 379 (H.L.); *Commercio Transito Internazionale vs. Lykes Bros. S.S. Co.*, [1957] 1 A.M.C. 1188 (2nd Cir.); *Lennard's Carrying Company Limited v. Asiatic Petroleum Company Limited* (1915), 13 Asp. M.L.C. 81 (H.L.); *Robin Hood Mills Ltd. v. Paterson Steamships Ltd.*, [1937] 3 D.L.R. 1 (P.C.); *Leval & Company Incorporated v. Colonial Steamship Limited*, [1961] S.C.R. 221; *British Columbia Telephone Company and Others v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321; *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); *Dominion Chain Co. Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 201 (C.A.); *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381 (Nfld. S.C.); *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd. et al.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218 (B.C.C.A.); *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Can. Western Natural Gas Co. Ltd. v. Pathfinders Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135 (C.A.); *Kienzle v. Stringer* (1981), 35 O.R. (2d) 85 (C.A.); *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909 (K.B.); *Nugent v. Smith* (1876), 1 C.P.D. 19, reversed 423 (C.A.); *Belfast Ropework Company v. Bushell*, [1918] 1 K.B. 210; *S.M.T. [Eastern] Ltd. v. Ruch*, [1940] 1 D.L.R. 190 (N.B.S.C.); *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & Bing. 54 (Ex. Ch.); *Liver Alkali Company v. Johnson* (1874), L.R. 9 Exch. 338; *Stag Line, Ltd. v. Foscolo, Mango & Co., Ltd.*, [1932] A.C. 328 (H.L.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.); *Maryon (John) International Ltd. et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193 (N.B.C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; 54 N.R. 1; *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. Ltd.*, [1969] 1 Q.B. 219; *Schiffahrt-Und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd. (The "Irene's Success")*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 635 (Q.B.); *Union of India v. N. V. Reederij Amsterdam*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 223 (H.L.).

COUNSEL:

Blake Knox for St. Lawrence Construction Ltd.
Jean Brisset and *David Colford* for Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.

DÉCISIONS CITÉES:

Baxter's Leather Company v. Royal Mail Steam Packet Company, [1908] 2 K.B. 626 (C.A.); *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1927] 2 K.B. 432; *Pyrene Company, Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 321 (Q.B.D.); *Renton & Co., Ltd. v. Palmyra Trading Corporation*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 379 (H.L.); *Commercio Transito Internazionale vs. Lykes Bros. S.S. Co.*, [1957] 1 A.M.C. 1188 (2nd Cir.); *Lennard's Carrying Company Limited v. Asiatic Petroleum Company Limited* (1915), 13 Asp. M.L.C. 81 (H.L.); *Robin Hood Mills Ltd. v. Paterson Steamships Ltd.*, [1937] 3 D.L.R. 1 (C.P.); *Leval & Company Incorporated v. Colonial Steamship Limited*, [1961] R.C.S. 221; *British Columbia Telephone Company et autres c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321; *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.); *Dominion Chain Co. Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 201 (C.A.); *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381 (C.S.T.-N.); *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd. et al.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218 (C.A.C.-B.); *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Can. Western Natural Gas Co. Ltd. v. Pathfinders Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135 (C.A.); *Kienzle v. Stringer* (1981), 35 O.R. (2d) 85 (C.A.); *Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909 (K.B.); *Nugent v. Smith* (1876), 1 C.P.D. 19, infirmé 423 (C.A.); *Belfast Ropework Company v. Bushell*, [1918] 1 K.B. 210; *S.M.T. [Eastern] Ltd. v. Ruch*, [1940] 1 D.L.R. 190 (C.S.N.-B.); *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & Bing. 54 (Ex. Ch.); *Liver Alkali Company v. Johnson* (1874), L.R. 9 Exch. 338; *Stag Line, Ltd. v. Foscolo, Mango & Co., Ltd.*, [1932] A.C. 328 (H.L.); *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.); *Maryon (John) International Ltd. et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193 (C.A.N.-B.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; 54 N.R. 1; *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. Ltd.*, [1969] 1 Q.B. 219; *Schiffahrt-Und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd. (The "Irene's Success")*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 635 (Q.B.); *Union of India v. N. V. Reederij Amsterdam*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 223 (H.L.).

AVOCATS:

Blake Knox pour St. Lawrence Construction Ltd.
Jean Brisset et *David Colford* pour Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.

SOLICITORS:

Simmard & Desjardins, Montreal, for St. Lawrence Construction Ltd.

Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montreal, for Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.:

EDITOR'S NOTE

This is an important judgment for its discussion of the issues of due diligence, the "per package" limitation provided for in the Hague Rules, limitation of liability under the Canada Shipping Act and general average. Even more important is the question as to whether there can be concurrent liability in contract and tort in a case of this kind. That issue had not been dealt with in any prior Canadian case. The full text of the judgment of the Court on the above-mentioned issues is here reported.

In view of the fact that the judgment ran to some 42 pages in the English version, the Editor has decided to prepare an abridgment covering the following matters: the facts; terms of the contract; grounds of appeal and cross-appeal; the Hague Rules; the issues of unseaworthiness, fuel expenses in respect of airlifted cargo, set-off for freight charges, rate of interest and costs.

This is an appeal and cross-appeal from a judgment allowing the respondent St. Lawrence Construction Limited's claim for damages and dismissing the appellant Federal Commerce and Navigation Company Limited's counterclaims for limitation of liability and a contribution in general average. The respondent is a road construction company and the appellant an owner and operator of ships. The parties entered into an agreement for the transportation, using a tug and barge, of construction equipment and supplies to a remote site near James Bay. The barge went aground on a shoal. While part of the cargo was removed by the tug and by helicopters, delivery of

PROCUREURS:

Simmard & Desjardins, Montréal, pour St. Lawrence Construction Ltd.

Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montréal, pour Federal Commerce and Navigation Co. Ltd.

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

LE JUGE STONE:

NOTE DE L'ARRÊTISTE

Cet arrêt est important à cause de l'étude qu'il fait de la diligence raisonnable, de la limitation de responsabilité, «par colis», prévue par les Règles de La Haye, de la limitation de responsabilité en vertu de la Loi sur la marine marchande du Canada et des avaries communes. Une question encore plus importante y est traitée, celle du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle dans une affaire de ce genre, question qu'aucune espèce canadienne antérieure n'avait examinée. Le texte intégral de l'arrêt de la Cour, portant sur ces points, est reproduit ici.

Étant donné que l'arrêt comporte quelque 42 pages dans sa version anglaise, l'arrêviste a décidé d'en préparer un résumé couvrant les points suivants: les faits en cause, les conditions du contrat, les moyens d'appel et d'appel incident, les Règles de La Haye, les questions d'in-navigabilité, de frais de carburant pour l'hélicoptage de la cargaison, de la compensation opposée au paiement du fret, du taux d'intérêt et des dépens.

L'espèce consiste en un appel et en un appel incident d'un jugement faisant droit à l'action en dommages-intérêts de l'intimée et rejetant les demandes reconventionnelles de l'appelante en limitation de sa responsabilité et en contribution aux avaries communes. L'intimée est une compagnie de construction de routes et l'appelante est armateur. Les parties ont conclu un contrat de transport, par chaland remorqué, de matériel de construction et d'équipement à destination d'une localité éloignée, près de la Baie James. Le chaland s'est échoué sur un haut-fond. Une partie de la cargaison a été enlevée à l'aide d'un remorqueur et d'hélicoptères, mais la livraison d'une

some of the goods was delayed by about four months. The respondent claimed damages of \$2,650,000 in respect of the delay. The appellant sought a general average contribution including the cost of building ice bridges from the barge to the construction site. The respondent relied upon the Hague Rules and the Canada Shipping Act as to limitation of liability.

The contract, in the form of a letter, contained a Paramount Clause by which the terms in the Bill of Lading were subject to the provisions of the Canadian Water Carriage of Goods Act, 1936. It further provided that the carrier would not be responsible for any loss due to delay of the goods. The agreement contained provisions as to general average and a new Jason clause.

Walsh J. found that the stranding resulted from unseaworthiness and that the appellant had not exercised due diligence to make the tug and barge seaworthy. Because the fault was that of top management, the appellant might not benefit from the "per package" limitation under the Hague Rules nor could it limit its liability under the Canada Shipping Act.

The following were among the eight grounds of appeal: (1) the stranding was caused by navigational errors for which the appellant was not liable; (2) due diligence to make the barge and tug seaworthy had been exercised; (3) the limitations in the Hague Rules and the Act did apply and (4) no action in tort lay.

In its cross-appeal, one of the respondent's arguments was that the Trial Judge erred in finding that a true general average situation existed.

As to the issue of unseaworthiness, the Trial Judge held that errors of navigation were not the actual cause of the stranding. Rather, the tug's power was inadequate to avert the mishap when the wind freshened. This should have been fore-

partie des marchandises a été retardée d'environ quatre mois. L'intimée a réclamé des dommages-intérêts s'élevant à 2 650 000 \$ en raison de ce retard. L'appelante a demandé qu'il y ait contribution aux avaries communes, y compris au coût de construction de ponts de glace pour relier le chaland au chantier de construction. L'intimée a invoqué la limitation de sa responsabilité en vertu des Règles de La Haye et de la Loi sur la marine marchande du Canada.

Le contrat, sous forme de lettre, comportait une clause Paramount assujettissant les conditions du connaissement aux dispositions de la Loi du transport des marchandises par eau, 1936 du Canada. Il stipulait aussi que le transporteur ne serait tenu responsable d'aucun dommage pour retard de livraison. Certaines dispositions de la convention traitaient de la contribution aux avaries communes et on y trouvait une nouvelle clause Jason.

Le juge Walsh a constaté que l'échouement était dû à l'innavigabilité et que l'appelante n'avait pas exercé une diligence raisonnable pour mettre le remorqueur et le chaland en état de navigabilité. Cette faute étant attribuable à la haute direction de l'appelante, celle-ci ne pouvait se prévaloir de la limitation de responsabilité «par colis» des Règles de La Haye, ni limiter sa responsabilité en vertu de la Loi sur la marine marchande du Canada.

Voici certains des huit moyens invoqués en appel: (1) l'échouement a été causé par des fautes nautiques pour lesquelles l'appelante n'était pas responsable; (2) il y a eu diligence raisonnable pour mettre le chaland et le remorqueur en état de navigabilité; (3) la limitation de responsabilité prévue par les Règles de La Haye et par la Loi s'appliquait; (4) aucune action délictuelle n'était recevable.

L'un des arguments de l'intimée pour former appel incident était que le juge de première instance avait, à tort, jugé qu'il s'agissait d'un cas véritable d'avaries communes.

Sur l'innavigabilité, le juge de première instance a dit que les fautes nautiques n'avaient pas été la cause réelle de l'échouement. C'était plutôt la puissance du remorqueur qui, étant insuffisante, n'avait pas permis de redresser la situation lors-

seen by the appellant when it selected a tug for this job. The tug was unfit for the purpose. That finding by Walsh J. was in accordance with the evidence. Reference might be made to the opinion of Lord Wright in *Monarch Steamship Co. Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 (H.L.) at page 226 pointing out that "the essence of unseaworthiness ... is that the unseaworthy ship is unfit to meet the peril". In the case at bar, the navigational "errors" were but by-products of unseaworthiness and not in themselves the cause of the stranding. There is authority for the proposition that, where there would have been no loss but for the ship's unseaworthy condition, shipowners are liable even although there be negligence on the part of the master: *Smith, Hogg & Co., Ltd. v. Black Sea & Baltic General Insurance Company, Ltd. (1939)*, 64 Ll. L. Rep. 87 (C.A.).

Due Diligence

The appellant next asserts that it exercised due diligence as it was required to do under Article III, rule 1(a) of the *Hague Rules* and, accordingly, that it is not liable for the loss. That is clear from Article IV, rule 1 which also places the burden of proving the exercise of "due diligence" upon the appellant. It is apparent that had the appellant conducted an adequate survey it would have found that the barge with its cargo stowed as it was could not be controlled by the *Nelson River* in the wind conditions that developed. The appellant appears to have paid insufficient attention to the effect of wind resistance from the fuel tanks on the ability of the tug to control the barge. Moreover, had it made an adequate investigation it would have found that the wind was susceptible of sudden change in direction and velocity. This aspect seems not to have been sufficiently probed. The information was readily available as is evident from the evidence of Captain Gjerde.

The *Hague Rules* represent a bargain made by carrier and cargo interests. In Canada, that bargain received legislative sanction in 1936. Prior to their adoption at a diplomatic conference in 1924, the doctrine of freedom of contract enabled a

que le vent avait fraîchi. L'appelante aurait dû le prévoir lorsqu'elle a arrêté son choix sur ce remorqueur qui n'était pas approprié à la fin auquel on le destinait. La constatation du juge Walsh était conforme aux preuves administrées. On peut citer l'opinion de lord Wright dans l'arrêt *Monarch Steamship Co. Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 (H.L.), à la page 226, lorsqu'il fait remarquer que [TRADUCTION] «l'essence de l'innavigabilité ... c'est que le navire innavigable n'est pas apte à faire face au danger». En l'espèce, les «fautes» nautiques n'ont été que l'effet secondaire de l'innavigabilité et non pas en elles-mêmes la cause de l'échouement. Il y a une jurisprudence qui dit que, lorsqu'il n'y aurait eu aucun dommage n'eut été l'innavigabilité du navire, les armateurs sont responsables même s'il y a eu négligence de la part du capitaine: *Smith, Hogg & Co., Ltd. v. Black Sea & Baltic General Insurance Company, Ltd. (1939)*, 64 Ll. L. Rep. 87 (C.A.).

La diligence raisonnable

L'appelante soutient ensuite qu'elle a exercé une diligence raisonnable comme l'exige l'article III, règle 1a) des *Règles de La Haye* et qu'en conséquence elle n'est pas responsable du dommage. C'est ce que dit clairement l'article IV, règle 1, lequel met aussi la preuve de l'exercice de cette «diligence raisonnable» à la charge de l'appelante. Il est manifeste que si l'appelante avait procédé à un examen adéquat, elle aurait constaté que le chaland, chargé comme il l'était, ne pouvait être manœuvré par le *Nelson River* dans un vent comme celui qui s'est levé. L'appelante semble n'avoir pas accordé suffisamment d'attention à l'effet de résistance du vent, créé par les citernes de carburant, sur la capacité du remorqueur de manœuvrer le chaland. De plus, si une enquête minutieuse avait été faite, elle aurait permis de constater que le vent pouvait changer brusquement de direction et de vitesse. Cet aspect de la question ne semble pas avoir été suffisamment examiné. Il était facile de s'informer, comme l'indique le témoignage du capitaine Gjerde.

Les *Règles de La Haye* constituent une entente intervenue entre les intérêts des transporteurs et ceux des chargeurs. Au Canada, cette entente a été entérinée par la loi de 1936. Avant l'adoption de ces Règles à la conférence diplomatique de 1924,

carrier to contract out of his common law liability virtually at will. In the absence of express agreement, liability of a common carrier for the safety of goods carried was absolute except for loss or damage caused by act of God or of the Queen's enemies or for inherent vice of the goods. (See e.g. *Baxter's Leather Company v. Royal Mail Steam Packet Company*, [1908] 2 K.B. 626 (C.A.); *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1927] 2 K.B. 432.) The situation at common law was thought to be unsatisfactory in the case of goods carried under a bill of lading constituting both a contract of carriage and a document of title. Third parties, particularly, acquiring an interest in a bill of lading had no opportunity of examining in advance its often complex and divergent terms. There thus developed a call for standardization of terms of bills of lading, particularly as used in international trade. The *Hague Rules* resulted. They placed upon the shipper and the carrier certain responsibilities and liabilities and conferred certain rights and immunities. The carrier's common law obligation to make his ship seaworthy was modified by Article III, rule 1(a) requiring, instead, that he exercise "due diligence" to do so before and at the beginning of the voyage. Fulfillment of that obligation immunizes the carrier from liability for loss or damage caused by unseaworthiness.

In my judgment, a carrier does not exercise due diligence where, as here, he plans and executes a mode of carriage by ships that he knows or should know are unfit to cope with weather conditions reasonably to be expected during the voyage. Had it exercised due diligence, the appellant would have discovered that the tug selected for the job was incapable of controlling the barge with its cargo stowed as it was. The peculiarities of the wind in the area were well known. Ignorance of them on the part of the appellant cannot be excused. It ought to have made it its business to get this information before deciding to commit the barge to the care of the *Nelson River*. Had the tug been fit to tow the barge with its cargo stowed as it was, the drift to port would have been controlled

la doctrine de la liberté contractuelle autorisait le transporteur à s'exonérer de sa responsabilité en *common law*, virtuellement à volonté. En l'absence d'accord exprès, la responsabilité du transporteur concernant la sécurité des marchandises transportées était absolue, sauf dans le cas de dommage causé par une force majeure ou par les ennemis de la Reine ou par le fait d'un vice inhérent aux marchandises. (Voir par ex. *Baxter's Leather Company v. Royal Mail Steam Packet Company*, [1908] 2 K.B. 626 (C.A.); *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1927] 2 K.B. 432.) L'état de la *common law* fut jugé insatisfaisant dans le cas de marchandises transportées en vertu d'un connaissance constituant à la fois un contrat de transport et un titre de propriété. Les tiers, notamment, qui acquéraient une participation dans un connaissance n'avaient pas la possibilité de connaître à l'avance ses conditions souvent complexes et divergentes. Il s'est donc constitué une demande de standardisation des conditions des connaissances particulièrement dans le cas du commerce international. Les *Règles de La Haye* en ont résulté. Elles imposent aux chargeurs et aux transporteurs certaines responsabilités et leur confèrent certains droits et immunités. L'obligation que la *common law* met à la charge du transporteur de rendre son navire navigable a été modifiée par l'article III, règle 1a) qui l'oblige plutôt à exercer une «diligence raisonnable» pour le mettre dans cet état avant et au début du voyage. L'exécution de cette obligation exonère le transporteur de toute responsabilité pour dommage dû à l'innavigabilité.

À mon sens, un transporteur n'exerce pas une diligence raisonnable lorsque, comme c'est le cas ici, il prévoit et exécute un transport par des navires qu'il sait ou devrait savoir incapables de faire face aux conditions météorologiques qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à rencontrer au cours du voyage. L'appelante aurait-elle exercé cette diligence nécessaire qu'elle aurait découvert que le remorqueur choisi était incapable de manœuvrer le chaland dont la cargaison avait été arrimée comme elle l'a été. Les caprices du vent dans les parages étaient bien connus. Leur ignorance de la part de l'appelante ne saurait être excusée. Elle aurait dû prendre l'initiative et obtenir cette information avant de décider de confier le chaland au *Nelson River*. Le remorqueur aurait-il

and (adopting the above quoted words of Lord Wright) the tug and barge "would have passed through the peril unscathed".

The nature of the duty resting upon a carrier under Article III, rule 1(a) was discussed by the Supreme Court of Canada in *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. v. Verreault et al.*, [1971] S.C.R. 522; [1971] 1 Lloyd's Rep. 185 where Ritchie J. stated (at page 540 S.C.R.; page 193 Lloyd's Rep.):

When the *Maxine Footwear* case, *supra*, was heard in this Court ([1957] S.C.R. 801), a dissenting judgment was delivered by Mr. Justice Cartwright (as he then was). The dissenting reasons for judgment were affirmed in the Privy Council and in the course of them Mr. Justice Cartwright adopted the following definition of the due diligence required by art. III, Rule 1:

'Due diligence' seems to be equivalent to reasonable diligence, having regard to the circumstances known, or fairly to be expected, and to the nature of the voyage, and the cargo to be carried. It will suffice to satisfy the condition if such diligence has been exercised down to the sailing from the loading port. But the fitness of the ship at that time must be considered with reference to the cargo, and to the intended course of the voyage; and the burden is upon the shipowner to establish that there has been diligence to make her fit.

In my judgment, the appellant has not shown, as it was bound to do, that it fulfilled the duty cast upon it by Article III, rule 1(a) of the *Hague Rules* requiring it to exercise due diligence before and at the beginning of the voyage to make the vessels seaworthy.

"Per Package" Limitation

The appellant contends that the Trial Judge erred in denying it the benefit of "per package" limitation under Article IV, rule 5 of the *Hague Rules*. The respondent answers by saying that the appellant is not entitled to so limit its liability because a bill of lading was neither issued nor contemplated. The contract, it argues, was a special one because the shipper and the receiver of the goods were one and the same. Article IV, rule 5, it claims, presupposes the existence of a bill of lading as well as an opportunity for a shipper to protect himself against limitation by declaring a higher value for insertion in a bill of lading covering the contract of carriage.

été à même de remorquer le chaland, avec sa cargaison arrimée comme elle l'était, que la dérive sur la gauche aurait pu être contrôlée et (pour paraphraser lord Wright) remorqueur et chaland
a [TRADUCTION] «auraient traversé le péril sans subir de dommages».

La nature de l'obligation mise à la charge du transporteur aux termes de l'article III, règle 1a) fut examinée par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. v. Verreault et autres*, [1971] R.C.S. 522; [1971] 1 Lloyd's Rep. 185, où le juge Ritchie a déclaré (à la page 540 R.C.S.; page 193 Lloyd's Rep.):

Quand cette Cour a entendu l'affaire *Maxime Footwear* (précitée), ([1957] R.C.S. 801), M. le Juge Cartwright (alors juge puîné) a prononcé un jugement dissident. Dans ses motifs, que le Conseil privé a confirmés, M. le Juge Cartwright a adopté la définition suivante de la diligence raisonnable requise par la règle 1 de l'art. III:

[TRADUCTION] La "diligence raisonnable" semble être l'équivalent d'une diligence normale, compte tenu des circonstances connues ou raisonnablement prévisibles, de la nature du voyage et de la cargaison. Il suffit que cette diligence ait été exercée jusqu'au départ du port de chargement. Toutefois, l'état du navire à ce moment-là doit être considéré en fonction de la cargaison et de l'itinéraire du voyage projeté et il incombe au propriétaire du navire de montrer qu'il a exercé une diligence raisonnable pour mettre son bâtiment en bon état.

À mon sens, l'appelante n'a pas démontré, comme elle devait le faire, qu'elle s'est déchargée de l'obligation que lui imposait l'article III, règle 1a) des *Règles de La Haye*, qui l'oblige à exercer une diligence raisonnable avant et au début du voyage pour mettre ses bâtiments en état de navigabilité.

La limitation de responsabilité «par colis»

L'appelante soutient que le juge de première instance a refusé à tort de lui octroyer le bénéfice de la limitation de responsabilité «par colis» prévue à l'article IV, règle 5 des *Règles de La Haye*. L'intimée répond en disant que l'appelante ne peut limiter sa responsabilité parce qu'aucun connaissance n'a été émis ni même envisagé. Le contrat, soutient-elle, était un contrat spécial car le chargeur et le destinataire des marchandises étaient les mêmes. L'article IV, règle 5, fait-elle valoir, présume l'existence d'un connaissance, de même que la possibilité pour le chargeur de se garder d'une limitation de responsabilité en déclarant une valeur plus élevée pour les marchandises, par une

The appellant argues that the Trial Judge denied limitation because he was of the view that the stranding and consequent loss were caused or contributed to by the "actual fault or privity" of the appellant. That, of course, is the familiar test to be met by those seeking limitation of liability under section 647 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9]. In introducing his consideration of the subject the learned Judge stated [at page 73 of his reasons]:

The second legal issue raised on the question of liability is the privity of defendant company for errors which were made and its claim to exemption from liability for acts of masters of vessels or its servants in the navigation or management of the ship. This limitation is based on . . . the Hague Rules adopted in Canada by *The Water Carriage of Goods Act, 1936* [S.C. 1936, c. 49]. . . .

After quoting in part the provisions of Article IV, rule 5 and discussing at some length the question whether the appellant's liability could be limited pursuant to section 647 of the *Canada Shipping Act*, the Trial Judge concluded that the provisions of that section could not be invoked because the stranding had not occurred "without the actual fault or privity" of the appellant. He seemed to imply, for the same reason, that the provisions of Article IV, rule 5 could not be invoked but I confess that his reason for so concluding is not entirely clear to me. Nevertheless, as he denied the claim to "per package" limitation under the *Hague Rules*, it becomes necessary to deal with the point on this appeal.

The right to limit liability pursuant to Article IV, rule 5 of the *Hague Rules*, unlike the right of limiting liability pursuant to section 647 of the *Canada Shipping Act*, does not depend upon the liability arising "without the actual fault or privity" of the carrier. On the contrary, Article IV, rule 5 provides that neither the carrier nor the ship shall "in any event be or become liable". A carrier may limit his liability for loss or damage caused by unseaworthiness even where he has failed to exercise due diligence as required by Article III, rule

insertion en ce sens dans le connaissance constatant le contrat de transport.

L'appelante soutient que le juge de première instance lui a refusé la limitation de responsabilité parce qu'il était d'avis que l'échouement et le dommage qui en résultait ont été causés, ou du moins y ont-ils contribué, par «la faute ou la complicité réelle» de l'appelante. C'est là, bien entendu, le critère familial auquel doivent se conformer ceux qui concluent à la limitation de leur responsabilité en vertu de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, chap. S-9]. En abordant ce sujet, le juge déclare [à la page 65 de ses motifs]:

Le deuxième problème juridique soulevé sur la question de responsabilité tient au concours de la société défenderesse aux erreurs commises et à sa demande d'exonération de responsabilité pour les actes des capitaines de navires ou de ses préposés dans la navigation ou la direction du navire. Cette limitation est fondée sur . . . [les] Règles de La Haye adoptées au Canada dans la *Loi du transport des marchandises par eau, 1936* [S.C. 1936, chap. 49] . . .

Après avoir cité des extraits de l'article IV, règle 5 et discuté assez longuement de la question de savoir si la responsabilité de l'appelante pourrait être limitée en vertu de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, le juge de première instance a conclu que cet article ne pouvait être invoqué parce que l'échouement ne s'était pas produit «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle» de l'appelante. Il semble avoir sous-entendu que, pour le même motif, l'article IV, règle 5 ne pouvait être invoqué, mais je dois admettre ne pas comprendre parfaitement ses raisons pour conclure en ce sens. Néanmoins, comme il a refusé de faire droit à la demande de limitation de responsabilité «par colis» prévue aux *Règles de La Haye*, il devient nécessaire de traiter de la question en appel.

Le droit de limiter sa responsabilité conformément à l'article IV, règle 5 des *Règles de La Haye*, contrairement au droit de limiter sa responsabilité en vertu de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, ne dépend pas du fait que la responsabilité soit établie «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle» du transporteur. Au contraire, l'article IV, règle 5, prévoit que ni le transporteur ni le navire «ne seront tenus en aucun cas» du dommage. Un transporteur peut limiter sa responsabilité pour le dommage causé par l'innaviga-

1(a). The “actual fault or privity” of the carrier, as such, plays no part in the matter.

The respondent relies upon the decision of the Scottish Court of Session in *Harland & Wolff, Limited v. The Burns & Laird Lines, Limited*, [1931] S.C. 722. There, the plaintiff entered into a contract for the carriage by sea of its machinery from Glasgow to Belfast. The contract was made by correspondence and provided that the conveyance was to be “at owners’ risks and subject to conditions of carriage shown in our sailing bills”. The sailing bills provided that where there was no bill of lading, cargo was only received subject to certain expressed conditions including that the defendant would not be liable for “unseaworthiness or unfitness in ship . . .”. The cargo was lost overboard due to unseaworthiness and the plaintiff sued. He argued that the contract was subject to the *Carriage of Goods by Sea Act, 1924*, 14 & 15 Geo. 5., c. 22 (U.K.), that the contractual immunity from liability could not prevail and that the defendant had failed in its duty to exercise due diligence. These arguments were rejected, Lord President Clyde observing (at page 728):

As appears from the correspondence above referred to, the contract of affreightment in the present case was a highly special one. It was not only not actually “covered” by a bill of lading; but a bill of lading (as that document is known and used in the custom of merchants) was alien to its purpose. That purpose was not mercantile (for the goods were neither sold nor for sale) but was limited to the transport of the machinery—which the pursuers had specially made in their Glasgow shops at Finnieston for a particular ship they were building in their Belfast yard—from Finnieston to that yard. I do not see what contractual part a bill of lading capable of being used as a document of title could have played in such a contract of affreightment, or how the contract of carriage in this case could have been “covered” by a bill of lading.

The parties themselves had agreed, in effect, that no bill of lading would be issued and, accordingly, that the carriage was to be governed by the remaining provisions of the sailing bills. A bill of lading was never contemplated by the parties to the governing contract.

bilité même s’il n’a pas exercé une diligence raisonnable, comme le requiert l’article III, règle 1a). La «faute ou complicité réelle» du transporteur en tant que telles ne jouent alors aucun rôle.

^a L’intimée invoque la décision de la Cour de session écossaise *Harland & Wolff, Limited v. The Burns & Laird Lines, Limited*, [1931] S.C. 722. Dans cette espèce, la demanderesse avait conclu un ^b contrat de transport par mer pour le transport de sa machinerie de Glasgow à Belfast. Le contrat avait été conclu par correspondance et stipulait que le transport serait [TRADUCTION] «aux risques des propriétaires et sous réserve des conditions de transport figurant dans nos feuilles de route». Les ^c feuilles de route stipulaient qu’il n’y avait pas de connaissance, que la cargaison n’était acceptée que sous réserve de certaines conditions expresses, y compris que la défenderesse ne serait pas responsable de [TRADUCTION] «l’innavigabilité ou l’incapacité du navire à la mer. . .». La cargaison passa par dessus bord pour cause d’innavigabilité et la ^d demanderesse alla en justice. Elle soutint que le contrat était assujéti au *Carriage of Goods by Sea Act, 1924*, 14 & 15 Geo. 5., chap. 22 (R.-U.), que l’irresponsabilité contractuelle ne pouvait prévaloir sur la loi et que la défenderesse n’avait pas exercé une diligence raisonnable comme elle le devait. Ces arguments furent rejetés, le président, lord ^e Clyde faisant observer (à la page 728):

[TRADUCTION] Comme l’indique la correspondance mentionnée ci-dessus, le contrat d’affrètement en l’espèce revêtait un caractère tout à fait spécial. Non seulement il n’était pas ^g «constaté» par un connaissance, mais encore un connaissance (tel que ce document est connu et utilisé coutumièrement par les marchands) était-il étranger à son objet. Son objet n’était pas mercantile (car les marchandises n’avaient pas été vendues et n’étaient pas à vendre) mais il était limité au transport de la machinerie—que la demanderesse avait spécialement fabriqué ^h dans ses ateliers de Glasgow, à Finnieston, pour un certain navire qu’elle construisait dans sa cale-sèche de Belfast—de Finnieston à cette cale. Je ne vois pas quel rôle contractuel un connaissance, susceptible de servir de titre de propriété, aurait pu jouer dans un tel contrat d’affrètement, ni comment le contrat de transport dans ce cas aurait pu être «constaté» par un ⁱ connaissance.

Les parties avaient en fait convenu d’elles-mêmes qu’aucun connaissance ne serait émis, et en conséquence, que le transport serait régi par les autres dispositions des feuilles de route. Les parties ^j n’avaient jamais envisagé qu’un connaissance puisse régir le contrat.

The appellant relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Anticosti Shipping Co. v. St-Amand*, [1959] S.C.R. 372 which applied the decision of the English High Court of Justice in *Pyrene Company, Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 321 (Q.B.D.). The plaintiff, wishing to have his truck transported from the Ile d'Anticosti to Rimouski on the mainland, arranged to have it done by the defendant shipping company. A bill of lading was filled out by a clerk in the shipping company's office but it was mislaid and not issued. While conceding liability for damage done to the truck during the voyage, the defendant sought to limit its liability to \$500 on the basis of Article IV, rule 5. The plaintiff contended that Article IV, rule 5 was inapplicable as a bill of lading had not been issued and, accordingly, that that "contract of carriage" as defined in Article I(b) of the Rules was not "covered" by a bill of lading. The Court rejected this argument, Rand J. stating (at page 375):

It was an ordinary transaction, and if, as the respondent's agent, he did not see fit to demand a bill of lading—as by art. III rule (3) he had the right to do—it cannot affect what on both sides was contemplated.

I am satisfied that here, too, by incorporating the *Hague Rules* into the contract of carriage, the parties intended to treat the transaction as an ordinary one and that the Rules would apply to it. It is true that a bill of lading was not issued but that is immaterial provided the issuance of one was contemplated by the parties. I think one was contemplated. As I see it, the overriding intention was that the appellant should be able to limit its liability in terms of Article IV, rule 5 if it became necessary to do so. A standard form bill of lading was annexed and the appellant's dock receipts incorporated "the terms, conditions, exceptions and liberties set out in the bill of lading in current use . . .". That intention ought not now to be frustrated because of the absence of a bill of lading when the respondent as shipper of the cargo had it within its power to demand and secure one pursuant to Article III, rule 3 any time after the appellant received the goods into its charge. I therefore hold that the appellant is entitled by the contract of carriage to limit its liability for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount not exceeding \$500 per package or unit of

L'appelante invoque l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Anticosti Shipping Co. c. St-Amand*, [1959] R.C.S. 372, lequel a appliqué l'arrêt de la Haute cour de justice anglaise *Pyrene Company, Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 321 (Q.B.D.). Le demandeur, qui voulait faire transporter son camion de l'Île d'Anticosti à Rimouski sur le continent avait convenu certains arrangements en ce sens avec la société maritime défenderesse. Un connaissement fut rempli par un préposé aux écritures du bureau de la société maritime, mais il fut égaré et ne fut pas émis. Quoiqu'elle ait reconnu sa responsabilité pour les dommages causés au camion au cours du voyage, la défenderesse a voulu limiter sa responsabilité à 500 \$ sur le fondement de l'article IV, règle 5. Le demandeur a soutenu que l'article IV, règle 5, était inapplicable parce qu'aucun connaissement n'avait été émis et qu'en conséquence ce «contrat de transport», tel que le définissait l'article I(b) des Règles, n'était «constaté» par aucun connaissement. La Cour a rejeté cet argument, le juge Rand disant (à la page 375):

[TRADUCTION] C'était une opération ordinaire et si, en tant que mandataire de l'intimée, il n'a pas jugé nécessaire d'exiger un connaissement—comme l'article III, règle 3, lui en donnait le droit—cela ne peut influencer sur l'intention des deux parties.

Je suis convaincu qu'en l'espèce aussi, en incorporant les *Règles de La Haye* dans le contrat de transport, les parties ont voulu traiter leur opération comme une opération ordinaire et que les *Règles de La Haye* devraient s'appliquer. Il est vrai qu'aucun connaissement n'a été émis, mais la chose importe peu dans la mesure où les parties en avaient prévu l'émission. Je crois que telle était leur intention. Comme je vois la chose, l'intention prépondérante, c'était que l'appelante puisse limiter sa responsabilité selon l'article IV, règle 5, si cela s'avérait nécessaire. Un connaissement type fut annexé au contrat et les reçus provisoires de l'appelante incorporaient [TRADUCTION] «des termes, conditions, exceptions et libertés énoncés dans le connaissement d'usage courant . . .» Cette intention ne devrait pas être niée parce qu'il y a absence de connaissement alors que l'intimée, en tant que chargeur, pouvait en demander et en obtenir un en vertu de l'article III, règle 3, à tout moment après réception des marchandises par l'appelante. Je conclus donc que l'appelante peut en vertu du contrat de transport limiter sa responsabilité, pour tout dommage causé aux marchandi-

cargo. I am also of the view that the language of Article IV, rule 5 is sufficiently broad as to embrace loss or damage for delay in delivering the cargo (*Renton & Co., Ltd. v. Palmyra Trading Corporation*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 379 (H.L.), per Lord Morton of Henryton at page 390; *Commercio Transito Internazionale vs. Lykes Bros. S.S. Co.*, [1957] 1 A.M.C. 1188 (2nd Cir.)). In the course of the hearing counsel for the appellant informed the Court that he was not seeking to rely upon the provisions of clause 12 of standard form bill of lading purporting to exclude all liability for delay, but only to limit liability in accordance with Article IV, rule 5. That being so it becomes unnecessary to consider whether, as claimed by the respondent, that clause was rendered null and void by virtue of Article III, rule 8 of the *Hague Rules*. It will be necessary to return to this subject in discussing the appellant's contention that the recoverable damages subject to limitation are for breach of the contract and not for a tort as the Trial Judge held.

Limitation of Liability—Canada Shipping Act

The appellant contends that, should it become necessary to do so, it is entitled to limit its liability in accordance with subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act*. It reads in part:

647. ...

(2) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(d) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph (b), or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

liable for damages beyond the following amounts, namely,

ses, à un montant ne dépassant pas 500 \$ par colis ou unité de cargaison. Je suis aussi d'avis que le texte de l'article IV, règle 5, est suffisamment large pour viser un dommage découlant d'un retard dans la livraison de la cargaison (*Renton & Co., Ltd. v. Palmyra Trading Corporation*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 379 (H.L.), lord Morton of Henryton, à la page 390; *Commercio Transito Internazionale vs. Lykes Bros. S.S. Co.*, [1957] 1 A.M.C. 1188 (2nd Cir.)). Au cours de l'instruction, l'avocat de l'appelante a fait savoir à la Cour qu'il ne s'appuyait pas sur les dispositions de la clause 12 de la formule type de connaissement, stipulant exonération de toute responsabilité pour retard, mais qu'il se contentait de limiter sa responsabilité conformément à l'article IV, règle 5. Cela étant, il n'est plus nécessaire d'examiner si, comme le prétend l'intimée, cette clause était nulle et non avenue en vertu de l'article III, règle 8, des *Règles de La Haye*. Il sera nécessaire d'y revenir lorsque sera examiné l'argument de l'appelante voulant que les dommages assujettis à la limitation de responsabilité peuvent être recouvrés en raison de l'inexécution du contrat et non de la responsabilité délictuelle, comme l'a décidé le juge de première instance.

La limitation de responsabilité fondée sur la Loi sur la marine marchande du Canada

L'appelante soutient que, le cas échéant, elle est en droit de limiter sa responsabilité conformément au paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* dont voici un extrait:

647. ...

(2) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa b), ou violation de tout droit

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers, ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

In my judgment, the Trial Judge was correct in denying this limitation of liability and his conclusion should stand. The decision to enter into the contract of carriage was made by Mr. Bell, a vice-president of the appellant, after receiving a report and recommendation from the survey team dispatched by him to James Bay. It is unnecessary to repeat what has already been said concerning the inadequacies of the survey and consequent shortcomings in the report. Mr. Bell was not a seafaring man. Yet he did not select for this important survey a person with towing expertise. Had he done so it is probable that appropriate enquiries concerning the weather reasonably to be anticipated during the towing operation would have been made and he might then have been persuaded not to use the *Nelson River* alone to tow the barge up-river. He occupied a high managerial position with the appellant, making his acts "the very actions of the company itself" (*Lennard's Carrying Company Limited v. Asiatic Petroleum Company Limited* (1915), 13 Asp. M.L.C. 81 (H.L.); *Robin Hood Mills Ltd. v. Paterson Steamships Ltd.*, [1937] 3 D.L.R. 1 (P.C.); *Leval & Company Incorporated v. Colonial Steamship Limited*, [1961] S.C.R. 221; *British Columbia Telephone Company and Others v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321).

In my view, Mr. Bell's decision was directly related to the stranding which occurred when the barge with her cargo stowed as it was could not be controlled by the tug powered as it was in the wind conditions that were encountered. The right to limit liability in accordance with the provisions of the *Canada Shipping Act* is an important one which ought not to be denied except as required by the statute. In this case, the stranding and consequent loss was caused by unseaworthiness rather than by an error committed in the navigation of the tug or the barge. It lay in management's own decision to make use of a tug which was unfit. That being so, in my judgment, the stranding and resulting loss did not occur without "the actual fault or privity" of the appellant and the Trial Judge was correct in denying limitation of liability pursuant to section 647 of the *Canada Shipping Act*.

À mon sens, c'est à bon droit que le juge de première instance a refusé de reconnaître cette limitation de responsabilité et son jugement à cet égard ne devrait pas être modifié. La décision de conclure le contrat de transport fut prise par M. Bell, un vice-président de l'appelante, après qu'il eut reçu le rapport et la recommandation de l'équipe d'inspection qu'il avait envoyée à la Baie James. Il n'est pas nécessaire de répéter ici ce qui a déjà été dit concernant les carences de cette inspection et les insuffisances du rapport qui en a découlé. M. Bell n'était pas un homme de mer. Et pourtant, il n'a pas choisi pour cette inspection importante un expert en remorquage. L'aurait-il fait, qu'il est probable que les investigations appropriées, au sujet du temps qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de l'opération de touage, auraient été faites et il se peut qu'alors il ait été convaincu de ne pas employer le *Nelson River* seul pour faire remonter la rivière au chaland. Il occupait un poste au sein de la haute direction de l'appelante, ses actes étant de ce fait [TRADUCTION] «les actes de la compagnie elle-même» (*Lennard's Carrying Company Limited v. Asiatic Petroleum Company Limited* (1915), 13 Asp. M.L.C. 81 (H.L.); *Robin Hood Mills Ltd. v. Paterson Steamships Ltd.*, [1937] 3 D.L.R. 1 (C.P.); *Leval & Company Incorporated v. Colonial Steamship Limited*, [1961] R.C.S. 221; *British Columbia Telephone Company et autres c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321).

À mes yeux, la décision de M. Bell est directement reliée à l'échouement qui s'est produit lorsque le chaland, dont la cargaison avait été arrimée comme on sait, n'a pu être manœuvré par le remorqueur de la puissance que l'on sait, vu l'état du vent. Le droit de limiter sa responsabilité, conformément aux dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, est un droit important qu'il faut respecter à moins que la législation n'oblige au contraire. En l'espèce, l'échouement et le dommage qui s'ensuivit ont été causés par l'innavigabilité plutôt que par une faute nautique attribuable au remorqueur ou au chaland. C'est la propre décision de la direction de choisir un remorqueur inapte qui en est la cause. Cela étant, à mon sens, l'échouement et le dommage qui s'ensuivit ne se sont pas produits sans «qu'il y ait faute ou complicité réelle» de l'appelante et c'est à bon droit que le juge de première instance a refusé la limita-

Tort Damages

The appellant attacks the judgment below on a further ground, asserting that the Trial Judge erred in allowing what he referred to as "tort damages which are a direct and foreseeable consequence of the delay". The Trial Judge's conclusion in this regard was that the damages were caused by the fault of the appellant by "imprudence, neglect or want of skill" within the meaning of Article 1053 of the Quebec Civil Code. In its pleading the appellant relied upon clause 12 of the form bill of lading as excluding all liability for "delay". The respondent expressly pleaded that the stranding was "due solely to negligence and/or gross negligence and breach of contract of the Defendant". The learned Judge concluded that clause 12 could not avail the appellant because, as he put it [at page 101], "this action is not based solely on contract but is also based on tort". In his view, therefore, clause 12 was ineffectual. As the argument based upon that clause was abandoned before us, it is unnecessary to consider whether that clause constituted an attempt, contrary to Article III, rule 8 of the *Hague Rules*, to relieve against or lessen liability. The Trial Judge did not discuss that possibility.

The appellant contends that the respondent's damages must be for a breach of contract and only for a breach of contract because the negligence complained of occurred in the actual performance of the contract and not otherwise. The point is of some importance to parties to a contract of carriage based upon the *Hague Rules* made in the above circumstances as it raises the issue whether a party to such a contract may, on the basis of the same facts, sue for damages for delictual fault as well as for contractual fault. Counsel for the appellant asserts that if we were to allow the judgment below on this point to stand a shipper of goods by water would reap a virtual bonanza through the simple expedient of framing his action in tort or delict in order to sidestep contractual protections in favour of the carrier either excluding or limiting liability.

tion de responsabilité conformément à l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

La responsabilité délictuelle

^a L'appelante conteste le jugement de première instance en faisant valoir un autre moyen; elle soutient que le juge de première instance a accordé à tort ce qu'il a appelé des «dommages-intérêts délictuels pour ce qui est une conséquence directe et prévisible du retard». Le juge de première instance a conclu à cet égard que les dommages avaient été causés par la faute de l'appelante «par imprudence, négligence ou inhabileté» au sens de l'article 1053 du Code civil du Québec. Dans ses actes de procédure, l'appelante invoque la clause ^b 12 de la formule du connaissement excluant toute responsabilité pour «retard». L'intimée fait valoir expressément que l'échouement était dû [TRADUCTION] «uniquement à la négligence ou à la faute ^c lourde de la défenderesse et à son inexécution du contrat». Le juge a conclu que la clause 12 ne pouvait profiter à l'appelante parce que, comme il le dit [à la page 90], «la présente action n'est pas ^d seulement à titre contractuel, mais elle est aussi à titre délictuel». À ses yeux donc, la clause 12 ^e n'avait aucun effet. Comme tout moyen fondé sur cette clause a été abandonné devant nous, il n'est pas nécessaire de se demander si cette clause constituait une tentative d'exonération de responsabilité totale ou partielle contraire à l'article III, règle 8, des *Règles de La Haye*. Le juge de première instance n'a pas examiné cette possibilité. ^f

^g L'appelante prétend que les dommages de l'intimée sont d'ordre contractuel, et uniquement d'ordre contractuel, puisque la faute dont on se plaint s'est produite lors de l'exécution du contrat et non autrement. La question est d'importance pour les parties à un contrat de transport fondé sur les ^h *Règles de La Haye*, conclu dans les circonstances précitées, puisqu'elle soulève la question de savoir si une partie à un tel contrat peut, à partir des mêmes faits, réclamer des dommages-intérêts tant ⁱ pour la faute délictuelle que pour la faute contractuelle. L'avocat de l'appelante soutient que, si nous devons confirmer le jugement de première instance à cet égard, le chargeur d'un transport fluvial ou maritime de marchandises pourrait toujours, par le simple expédient d'une action en ^j responsabilité délictuelle, contourner les protections conventionnelles favorisant le transporteur

Traditionally, the remedy at common law of a plaintiff suffering loss due to non-performance of a contractual obligation was, with few exceptions, damages for breach of contract (see e.g. *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.)). The exceptions are in actions for professional negligence (see e.g. *Dominion Chain Co. Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 201 (C.A.); *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381 (Nfld. S.C.); *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd. et al.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218 (B.C.C.A.); *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Can. Western Natural Gas Co. Ltd. v. Pathfinders Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135 (C.A.); *Kienzle v. Stringer* (1981), 35 O.R. (2d) 85 (C.A.)) and against a person exercising a "common calling" such as a common carrier who is duty bound to carry goods safely subject to the few exceptions already mentioned (*Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909 (K.B.); *Nugent v. Smith* (1876), 1 C.P.D. 19, reversed 423 (C.A.); *Belfast Ropework Company v. Bushell*, [1918] 1 K.B. 210; *S.M.T. [Eastern] Ltd. v. Ruch*, [1940] 1 D.L.R. 190 (N.B.S.C.); and see also *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), at page 544). The liability of a common carrier is actionable on the case "which action wants not the aid of a contract to support it" (*Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & Bing. 54 (Ex. Ch.), page 62). Although not strictly a common carrier, a carrier of goods by sea incurs the liability of a common carrier (*Liver Alkali Company v. Johnson* (1874), L.R. 9 Exch. 338). The *Hague Rules* modified these common law principles in the case of carriage of goods by sea under a contract covered by a bill of lading (*Stag Line, Ltd. v. Foscolo, Mango & Co., Ltd.*, [1932] A.C. 328 (H.L.) per Lord Atkin at page 340). Thus, for example, the carrier's obligation to make his ship seaworthy became by the *Hague Rules* an obligation to exercise "due diligence" to make it so. The trend in recent years toward granting relief in tort for negligent performance of a contractual obligation notwithstanding the existence of a contractual relationship has not been limited to cases of professional negligence or negligence of those exercising common

par l'exclusion ou la limitation de sa responsabilité.

Traditionnellement, le recours en *common law* d'un demandeur victime d'un dommage par suite de l'inexécution d'une obligation conventionnelle était, sauf quelques exceptions, le recours en dommages-intérêts pour rupture de contrat (voir par exemple *Czarnikow (C.) Ltd. v. Koufos*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.)). Les exceptions à cette règle sont du domaine de la responsabilité professionnelle (voir par exemple *Dominion Chain Co. Ltd. v. Eastern Construction Co. Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 201 (C.A.); *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381 (C.S.T.-N.); *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd. et al.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218 (C.A.C.-B.); *Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Can. Western Natural Gas Co. Ltd. v. Pathfinders Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135 (C.A.); *Kienzle v. Stringer* (1981), 35 O.R. (2d) 85 (C.A.)) et aussi de la responsabilité des personnes pratiquant une «profession publique» (*common calling*), comme le voiturier obligé de transporter en toute sécurité les marchandises qui lui ont été confiées, sous réserve des quelques exceptions déjà mentionnées (*Coggs v. Bernard* (1703), 2 Ld. Raym. 909 (K.B.); *Nugent v. Smith* (1876), 1 C.P.D. 19, infirmé 423 (C.A.); *Belfast Ropework Company v. Bushell*, [1918] 1 K.B. 210; *S.M.T. [Eastern] Ltd. v. Ruch*, [1940] 1 D.L.R. 190 (C.S.N.-B.); et voir aussi *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), à la page 544). La responsabilité du voiturier joue dans le cas [TRADUCTION] «où l'action ne peut être fondée sur un contrat» (*Bretherton v. Wood* (1821), 3 Brod. & Bing. 54 (Ex. Ch.), à la page 62). Quoiqu'il ne soit pas un voiturier au sens strict, le transporteur maritime encourt la même responsabilité (*Liver Alkali Company v. Johnson* (1874), L.R. 9 Exch. 338). Les *Règles de La Haye* ont modifié ces principes de *common law* dans le cas des transports maritimes de marchandises en vertu d'un contrat constaté par un connaissement (*Stag Line, Ltd. v. Foscolo, Mango & Co., Ltd.*, [1932] A.C. 328 (H.L.), lord Atkin à la page 340). Ainsi, l'obligation du transporteur de mettre son navire en bon état de navigabilité devient par le jeu des *Règles de La Haye* l'obligation d'exercer une «diligence raisonnable» à cette fin. La tendance ces

callings (*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.)), and liability in tort for professional negligence has been rested upon broad grounds rather than upon the mere existence of contractual relationship (*Maryon (John) International Ltd. et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193 (N.B.C.A.)).

The past few years has seen a virtual revolution in the development of the common law of negligence, triggered by the decision of the House of Lords in the case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 and expanded by its decisions in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004. More recently, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, the House of Lords summed up the current position as to when a *prima facie* duty of care arises and the limitations upon its scope in these words of Lord Wilberforce (at pages 751-752):

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a *prima facie* duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027.

dernières années à reconnaître aussi la responsabilité délictuelle pour l'exécution négligente d'une obligation contractuelle, malgré l'existence des rapports contractuels, n'a pas été limitée aux cas de fautes professionnelles ni aux fautes des personnes exerçant une profession publique (*common callings*) (*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.); *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554 (C.A.)), et la responsabilité délictuelle pour faute professionnelle a été fondée sur des motifs fort larges plutôt que sur la simple existence de rapports conventionnels (*Maryon (John) International Ltd. et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193 (C.A.N.-B.)).

Ces dernières années, on a assisté à une véritable révolution dans le développement de la *common law* concernant la faute, développement suscité par l'arrêt de la Chambre des lords *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 et élargi par les décisions *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004. Plus récemment, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, la Chambre des lords a résumé l'état du droit lorsqu'il s'agit de savoir quand il doit de prime abord y avoir obligation de prudence, et quelles sont les limites de cette obligation; voici ce qu'a dit lord Wilberforce (aux pages 751 et 752):

[TRADUCTION] Cette trilogie d'arrêts de la Chambre—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, nous a maintenant conduit en un point où, pour établir qu'une obligation de prudence existe dans un cas particulier, il n'est pas nécessaire que les faits particuliers à cette situation soient identiques à ceux des cas antérieurs où il a été jugé qu'il y avait obligation de prudence. La question doit plutôt être examinée en deux étapes. D'abord, on doit se demander si, entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi des dommages, il y a un rapport de proximité ou de voisinage suffisant pour que, selon ce que l'auteur de la faute pouvait raisonnablement prévoir, une imprudence de sa part puisse vraisemblablement causer un dommage à la victime—auquel cas, une obligation de prudence existe de prime abord. Ensuite, si la première question reçoit une réponse affirmative, il est nécessaire de se demander s'il existe des facteurs qui pourraient supprimer, réduire ou limiter la portée de cette obligation, ou la catégorie de gens qui en sont créanciers, ou les dommages-intérêts auxquels son inexécution pourrait donner lieu: Voir l'affaire *Dorset Yacht* [1970] A.C. 1004, lord Reid, à la p. 1027.

This important decision was applied in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.) dealing with liability for pure economic loss and by a majority of the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; 54 N.R. 1.

In support of his argument that the respondent's cause of action lies in contract alone, counsel for the appellant places heavy reliance upon the decision of the House of Lords in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522. Although the contract of carriage in that case was not subject to the *Hague Rules*, it is the principle of that decision and its subsequent treatment in this country that is emphasized by the appellant. The case involved the carriage by sea of casks and butts of palm oil covered by a bill of lading issued by the charterer and excluding liability for damages arising from other goods by stowage. The barrels were overstowed with other cargo the weight of which crushed them and in consequence the palm oil was lost. The cargo owner brought an action for breach of contract or alternatively for negligence and joined both the charterer and the shipowner. It was asserted that there had been negligent stowage and that the negligence had arisen independently of the contract so as to render the bill of lading exclusion inapplicable, especially in the case of the shipowner. These arguments were rejected. It was held that the charterer and the shipowner alike were protected by the bill of lading. Viscount Finlay thought that there was liability for unseaworthiness but he, too, rejected the alternative argument based upon tort giving the following as his reasons for so doing (at page 548):

If the act complained of had been an independent tort unconnected with the performance of the contract evidenced by the bill of lading, the case would have been different. But when the act is done in the course of rendering the very services provided for in the bill of lading, the limitation on liability therein contained must attach, whatever the form of the action and whether owner or charterer be sued. It would be absurd that the owner of the goods could get rid of the protective clauses of the bill of lading, in respect of all stowage, by suing the owner of the ship in tort.

The other Law Lords agreed but for different reasons. It seems to me that the words of Viscount

Cette décision importante fut appliquée dans l'affaire *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), qui portait sur la responsabilité en cas de perte purement économique, ainsi que dans un arrêt, prononcé à la majorité, de la Cour suprême du Canada: *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; 54 N.R. 1.

À l'appui de son argument selon lequel le droit d'action de l'intimée ne peut être fondé que sur un contrat, l'avocat de l'appelante accorde une grande importance à l'arrêt de la Chambre des lords *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522. Le contrat de transport dans cette affaire n'était pas assujéti aux *Règles de La Haye*, mais c'est le fondement de cette décision et le traitement subséquent qu'il a reçu dans notre pays qu'invoque l'appelante. Il s'agissait dans cette affaire d'un transport maritime de tonneaux et de barils d'huile de palme constaté par un connaissance émis par l'affréteur et excluant sa responsabilité pour dommages causés par suite de l'arrimage d'autres marchandises. Les barils furent écrasés sous le poids d'autres marchandises, causant la perte de l'huile de palme. Le propriétaire de la cargaison engagea une action en inexécution de contrat ou, subsidiairement, pour négligence, à la fois contre l'affréteur et contre l'armateur. On prétendit qu'il y avait eu négligence dans l'arrimage et que cette négligence était indépendante du contrat, de sorte qu'elle rendait inapplicable l'exclusion stipulée au connaissance, surtout dans le cas de l'armateur. Ces arguments furent rejetés. On jugea que l'affréteur de même que l'armateur étaient protégés par le connaissance. Vicomte Finlay estima qu'il y avait responsabilité pour cause d'innavigabilité, mais lui aussi rejeta l'argument subsidiaire, fondé sur la responsabilité délictuelle, pour les motifs suivants (à la page 548):

[TRADUCTION] Si la faute dont on se plaint avait constitué un délit indépendant, sans lien avec l'exécution du contrat constaté par le connaissance, l'affaire aurait été différente. Mais, lorsque la faute intervient dans le cours des services mêmes qui sont rendus dans l'exécution du connaissance, la limitation de responsabilité qu'il contient doit jouer, quelle que soit la forme que prend l'action et que la poursuite soit engagée contre le propriétaire ou l'affréteur. Il serait absurde que le propriétaire des marchandises puisse contourner les clauses protectrices du connaissance relatives à tous les arrimages en poursuivant le propriétaire du navire en responsabilité délictuelle.

Les autres lords juges souscrivirent à l'arrêt, mais pour des motifs différents. Il me semble que les

Finlay quoted above stand clearly for the proposition that a party to a contract of carriage will not succeed in getting rid of an expressed exclusion contained in the contract by casting his action in tort unless the tort was unconnected with the performance of the contract evidenced by a bill of lading.

In 1972 the *Elder, Dempster* case was applied by the Supreme Court of Canada in *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. There, the respondent contracted to supply and install an alarm system in a safe belonging to the appellant, a Toronto diamond merchant. The contract expressly excluded "conditions, warranties and representations" made by the respondent, its officers, servants or agents other than those contained in the document. It also contained a clause limiting liability to \$50 for any case of failure to perform the service. Diamonds were stolen from the safe when it was broken into. The Supreme Court of Canada agreed with the courts below that there had been no breach of contract in that the system had functioned properly but had been clearly by-passed by the burglars. The appellant relied as well upon certain extra-contractual statements as founding a cause of action apart from contract for negligent misstatement on the principle of the *Hedley Byrne* case. The majority of the Court concluded that the statements were not actionable but in rejecting the point Pigeon J., speaking for the majority, had this to say (at pages 777-778):

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract, as expressed in *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co., Ltd.* ([1924] A.C. 522), at p. 548. This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

That case, of course, was not concerned with a contract for the carriage of goods by water. But even so, the Supreme Court of Canada, like the House of Lords in the *Elder, Dempster* case, would not permit a party to a contract to escape

propos du vicomte Finlay précités confirment clairement le principe voulant qu'une partie à un contrat de transport ne puisse contourner une exclusion expresse prévue au contrat en agissant en responsabilité délictuelle, à moins que la faute n'ait aucun rapport avec l'exécution du contrat constatée par le connaissance.

En 1972, la Cour suprême du Canada a appliqué l'arrêt *Elder, Dempster* dans son arrêt *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. Dans cette espèce, l'intimée avait convenu de fournir et d'installer un système d'alarme dans un coffre-fort appartenant à l'appelante, un marchand de diamants torontois. Le contrat excluait expressément toutes [TRADUCTION] «conditions, garanties ou déclarations» de l'intimée, ses dirigeants, préposés ou agents, autres que celles stipulées dans le contrat. Il contenait aussi une clause limitant la responsabilité à 50 \$ en cas d'inexécution de service. Le coffre-fort fut forcé et des diamants furent volés. La Cour suprême du Canada a reconnu, comme les tribunaux inférieurs, qu'il n'y avait pas eu inexécution de contrat en ce sens que le système avait fonctionné normalement mais qu'il avait manifestement été déjoué par les voleurs. L'appelante avait aussi fait valoir certaines déclarations extra-contractuelles comme fondement de son action, indépendamment du contrat, en arguant qu'il y avait déclaration trompeuse et en invoquant le principe de l'arrêt *Hedley Byrne*. La Cour, à la majorité des juges, a conclu que les déclarations ne donnaient lieu à aucun droit d'action mais, en rejetant l'argument, le juge Pigeon, au nom de la majorité, a dit (aux pages 777 et 778):

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat, comme on l'a dit dans la cause *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.* ([1924] A.C. 522), p. 548. En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

Cette affaire, bien entendu, ne concernait pas un contrat de transport maritime ou fluvial de marchandises. Mais même alors, la Cour suprême du Canada, tout comme la Chambre des lords dans son arrêt *Elder, Dempster*, ne permettra pas à une

the effect of an express provision excluding a liability arising within the contractual relationship that existed between the parties.

As will be seen from the professional liability and other cases referred to above, even more water has passed under the keel since 1972. Moreover, in 1981 the Supreme Court of Canada discussed the co-existence of contractual and delictual fault in the case of *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578. There, the appellant sought in an action instituted in the Superior Court at Trois-Rivières to fix the respondent, a United States firm, with liability based upon Article 1053 of the Quebec Civil Code. A few years after the respondent had installed certain equipment in the appellant's premises at Trois-Rivières the premises were destroyed by fire which, allegedly, was caused by the fault of the respondent. The respondent attacked the jurisdiction of the Superior Court on the ground, *inter alia*, that the action was for a breach of contract made in the United States. The appellant claimed that the Superior Court had jurisdiction because "the action is based on facts and acts which occurred at Trois-Rivières, and the wrongful acts . . . occurred at Trois-Rivières". It was argued that because of the existence of the contract there could be no delictual fault, but the Supreme Court of Canada disagreed. The principle of the case, it seems to me, is very broadly stated and is found in these few words of Chouinard J., speaking for the Court, (at page 590):

I conclude that the same fact can constitute both contractual fault and delictual fault, and that the existence of contractual relations between the parties does not deprive the victim of the right to base his remedy on delictual fault.

So far as I am aware, the question whether there can be concurrent liability in contract and in delict in a case of this kind has not been the subject of a prior decision of a court in this country. In my view, it needs to be answered in the light of the foregoing discussion. Before doing so, I would note in passing that a cause of action in tort against a carrier has been held to lie at common law in favour of a third party provided he owned the goods at the time of the loss (*Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), at pages 289-290; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince*

partie à un contrat d'échapper à une exclusion expresse de responsabilité découlant du rapport conventionnel existant entre les parties.

Comme le montreront les affaires de responsabilité professionnelle et les autres causes précitées, beaucoup d'eau a encore coulé sous les ponts depuis 1972. D'ailleurs, en 1981, la Cour suprême du Canada a eu à étudier la question du cumul de la faute contractuelle et de la faute délictuelle dans l'affaire *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578. Dans cette espèce, l'appelante concluait, dans une action engagée en Cour supérieure de Trois-Rivières, à la responsabilité de l'intimée, une firme américaine, en vertu de l'article 1053 du Code civil du Québec. Quelques années après l'installation par l'intimée d'un certain équipement dans les locaux de l'appelante à Trois-Rivières, ces locaux avaient été détruits par le feu qui, prétendait-on, était dû à la faute de l'intimée. L'intimée déclina la compétence de la Cour supérieure parce que, notamment, il s'agissait d'une action en rupture d'un contrat conclu aux États-Unis. L'appelante prétendit que la Cour supérieure était compétente parce que «l'action est basée sur des faits et actes qui sont survenus à Trois-Rivières et les actes fautifs allégués ont été commis . . . à Trois-Rivières». On argua que l'existence du contrat interdisait de faire valoir toute faute délictuelle, mais la Cour suprême du Canada fut d'un avis différent. Le principe de cet arrêt, me semble-t-il, fort large dans son exposition, est énoncé en peu de mots par le juge Chouinard, au nom de la Cour, à la page 590:

Je conclus qu'un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et que l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute délictuelle.

Autant que je sache, la question du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle dans une affaire du genre de la présente espèce n'a encore fait l'objet d'aucune décision par un tribunal de notre pays. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse dans l'optique de ce qui précède. Avant de ce faire, je noterais en passant qu'il a déjà été jugé qu'en *common law* un tiers peut agir en responsabilité délictuelle contre un transporteur s'il était propriétaire des marchandises au moment du dommage (*Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.) aux pages 289 et 290;

Steamship Co. Ltd., [1969] 1 Q.B. 219, at pages 236-237). Moreover, a buyer of goods has been held to have a good cause of action in tort against a carrier notwithstanding that he did not own the goods at the time of the loss (*Schiffahrt-Und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd. (The "Irene's Success")*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 635 (Q.B.)).

I have concluded that the learned Trial Judge correctly decided that the respondent is entitled to recover damages for delictual fault or negligence notwithstanding the existence of the contract of carriage. That, it seems to me, results from the broad principle laid down in the *Wabasso* case. Failure to exercise due diligence constituted a contractual fault as well as a delictual fault. I would regard that failure, as Lord Devlin did in *Union of India v. N. V. Reederij Amsterdam*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 223 (H.L.), at page 235, as "negligence". I do not see how its character as such is altered merely by the existence of a contractual relationship creating a corresponding contractual duty. As I see it, it was this negligence that caused the stranding and for it the appellant is answerable in delict as well as in contract.

On the other hand, I fully agree with the appellant's contention that the respondent ought not to be able to sidestep contractual provisions limiting its liability merely by asserting delictual fault. To borrow Viscount Finlay's phrase in the *Elder, Dempster* case (at page 548) limitation of liability must apply "whatever the form of the action". Clearly, the respondent cannot recover its damages twice over and those damages, when ascertained, are to be limited "per package or unit" as I have already decided. In this regard the following words of Sir John Donaldson M.R. in *The "Raphael"*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.) commend themselves to me as expressing the principle which I think should be applied here. He said (at page 46):

But I know of no case in which words of exclusion have been held to operate in relation to a liability for breach of an

Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. Ltd., [1969] 1 Q.B. 219, aux pages 236 et 237). De plus, il a été jugé que l'acheteur de marchandises pouvait agir en responsabilité délictuelle contre le transporteur bien qu'il n'ait pas été propriétaire des marchandises au moment du dommage (*Schiffahrt-Und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd. (The "Irene's Success")*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 635 (Q.B.)).

J'en suis venu à la conclusion que le juge de première instance a décidé à bon droit que l'intimée pouvait recouvrer des dommages-intérêts pour faute ou négligence délictuelle indépendamment de l'existence du contrat de transport. Cela, me semble-t-il, résulte du principe fort large énoncé dans l'arrêt *Wabasso*. N'avoir pas exercé une diligence raisonnable constituait une faute contractuelle aussi bien que délictuelle. Je considère cette faute, de même que lord Devlin dans l'arrêt *Union of India v. N. V. Reederij Amsterdam*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 223 (H.L.), à la page 235, comme de la «négligence». Je ne vois pas comment son caractère en serait modifié simplement parce qu'il existe un rapport contractuel créant une obligation conventionnelle correspondante. Comme je comprends la chose, c'est cette négligence qui a causé l'échouement et l'appelante doit en répondre tant en responsabilité délictuelle qu'en responsabilité contractuelle.

D'autre part, je souscris entièrement à l'argument de l'appelante selon lequel l'intimée ne devrait pas pouvoir échapper aux stipulations conventionnelles limitant sa responsabilité, simplement en faisant valoir une faute délictuelle. Pour reprendre l'expression du vicomte Finlay dans l'arrêt *Elder, Dempster* (à la page 548), la limitation de responsabilité doit s'appliquer [TRADUCTION] «quelle que soit la forme que prend l'action». Manifestement, l'intimée ne saurait recouvrer doubles dommages-intérêts et ceux-ci, lorsqu'ils seront établis, devront être limités «par colis ou unité» comme je l'ai déjà décidé. À cet égard, le commentaire suivant de Sir John Donaldson, Maître des rôles, dans l'affaire *The "Raphael"*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.), me paraît être une expression particulièrement heureuse du principe qui, je pense, devrait être appliqué en l'espèce. Il dit (à la page 46):

[TRADUCTION] Mais je ne connais aucune affaire où l'on a jugé qu'une stipulation d'exclusion de responsabilité jouait dans

obligation in contract, but not to affect liability for breach of the self-same obligation in tort. Indeed, the whole concept of a hypothetical discussion between two parties, other than law students, which led to such an agreement is patently absurd.

The parties did not lay down at trial a sufficient evidentiary basis upon which we can determine the measure of the respondent's damages. They were content, it appears, to have the Trial Judge decide the case on its merits and to have the damages referred. In my view, which heads of damages claimed are recoverable must be determined in the Trial Division. That cannot be done by the referee whose function it is to calculate the amount of damages following that determination. The matter ought therefore to be remitted to the Trial Division to make its determination upon evidence adduced by both sides. After that, the reference may proceed for a calculation by the referee of recoverable damages.

General Average

The appellant asserts that the Trial Judge erred in concluding that the proportionate share of general average attributable to the respondent's interest in the adventure and totalling \$604,763.64, is not recoverable. The respondent supports that conclusion but adds a further argument against recovery. It says that general average ought not to have been declared in the first place because a true general average situation did not exist. The barge remained firmly stranded on the shoal without prospect of being refloated until after break-up of the ice in the summer of 1973. Refloating of the barge in the summer of 1973 became possible only after the removal of certain items of cargo.

I have some difficulty in acceding to the respondent's argument. The barge was virtually high and dry at low tide. The general average surveyor who was present at the refloating operation reported that "it was touch and go" whether the operation would succeed. It was done with an anchor and tackle. A tug was present but, for lack of water, it had to stand off. The barge had to be moved from the shoal over a sandy bottom and across two other sand banks which she touched

le cas de la responsabilité contractuelle, mais non dans celui de la responsabilité délictuelle, pour inexécution de la même obligation. D'ailleurs, qu'on puisse concevoir une discussion hypothétique entre deux parties, à moins qu'il ne s'agisse d'étudiants en droit, menant à une telle convention serait manifestement absurde.

Les parties n'ont pas rapporté à l'instruction suffisamment de preuves pour nous permettre de déterminer la mesure des dommages de l'intimée. Ils se sont contentés, semble-t-il, de demander au juge de première instance de statuer sur le fond de l'affaire, les dommages devant être établis en référence. À mon avis, c'est à la Division de première instance qu'il appartient de déterminer quels dommages réclamés peuvent être recouvrés. Cela ne peut être fait par l'arbitre, dont la fonction se borne à calculer le montant des dommages une fois ceux-ci déterminés. L'affaire devrait donc être renvoyée en première instance pour qu'ils soient déterminés, après administration des preuves des deux parties. Ultérieurement, en référence, l'arbitre pourra procéder au calcul des dommages pouvant être recouvrés.

Les avaries communes

L'appelante soutient que le juge de première instance a conclu à tort que la contribution aux avaries communes proportionnelle à l'intérêt de l'intimée dans l'aventure, totalisant 604 763,64 \$, ne peut être recouvrée. L'intimée souscrit à cette conclusion, mais elle ajoute en outre, ce qui plaiderait contre tout recouvrement, qu'il n'y aurait pas dû y avoir déclaration d'avaries communes en tout premier lieu, parce qu'il ne s'agissait pas d'un cas véritable d'avaries communes. Le chaland demeura fermement échoué sur le haut-fond, sans possibilité de remise à flot avant la rupture des glaces, à l'été 1973. La remise à flot du chaland au cours de l'été 1973 n'a été possible qu'après l'enlèvement d'une partie de la cargaison.

J'éprouve quelques difficultés à accepter l'argument de l'intimée. Le chaland était à toutes fins utile au sec à marée basse. L'expert en avaries communes présent au moment de la remise à flot a rapporté que [TRADUCTION] «c'était risqué» en parlant du succès de l'opération. On y parvint à l'aide d'une ancre et d'un palan. On disposait d'un remorqueur, mais son tirant d'eau l'a forcé à se tenir à l'écart. Il fallait déplacer le chaland du haut-fond sur un fond de sable et lui faire franchir

during the operation. In the words of the surveyor: "The barge slowly came off the bank, stopped, started, grounded, but eventually it was afloat." The barge appeared not to have been in a position of imminent danger of destruction; nor, while it remained on the shoal, was it in a position of mercantile safety. It was completely immobilized. I think the following words of Willmer J. in *The Glaucus* (1948), 81 Ll. L. Rep. 262 (Adm.) (at page 266) cover the situation here:

It is no use saying that this valuable property, worth something approaching a million pounds, is safe, if it is safe in circumstances where nobody can use it. For practical purposes, it might just as well be at the bottom of the sea.

I therefore agree that a true general average situation did exist in this case.

On the other hand, the law is also clear that a carrier is not entitled to recover from a shipper a contribution in general average where the general average situation was brought about by his own actionable fault. The position is made clear in *Goulandris Brothers Ltd. v. B. Goldman & Sons Ltd.*, [1958] 1 Q.B. 74. In that case the Court was called upon to interpret Rule D of the York-Antwerp Rules, 1950:

Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure; but this shall not prejudice any remedies which may be open against that party for such fault.

Pearson J. concluded that "rights" to a general average contribution could be overridden by "remedies" for faults. He said (at pages 92-93):

In my view that is clearly the intended mode of operation of the two parts of rule D, and it affords the clue to the interpretation of the rule. The first part refers to the rights to contribution in general average as they will be set out in the average adjustment, and these are properly and naturally called "rights," because normally the holder of such rights is entitled to receive payment. But the second part of the rule provides that the first part is not to prejudice remedies for faults. That implies that in some cases the remedies referred to in the second part of the rule will override the rights referred to in the first part; in other words, the second part operates as a proviso, qualifying, overriding, cutting down or derogating from the first part. The rights may be nullified or defeated or diminished or otherwise affected by the remedies. In that sense the rights referred to in

deux autres battures de sable, qu'il a touchées au cours de l'opération. Pour reprendre les termes de l'expert: [TRADUCTION] «le chaland quitta lentement la batture, s'arrêta, repartit, s'échoua et finalement flotta.» Le chaland ne semble pas avoir été en danger imminent d'être détruit, mais il n'était pas non plus, sur le haut-fond, en sécurité du point de vue commercial. Il était complètement immobilisé. Je crois que les commentaires suivants du juge Willmer dans l'affaire *The Glaucus* (1948), 81 Ll. L. Rep. 262 (Adm.) (à la page 266) s'appliquent au cas d'espèce:

[TRADUCTION] Il ne sert à rien de dire que ce bien de valeur, d'environ un million de livres, est en sécurité, s'il l'est dans des circonstances où il n'est pas utilisable. Il pourrait tout aussi bien se trouver au fond de l'océan, à toutes fins utiles.

Je conviens donc qu'il s'agissait bien en l'espèce d'un véritable cas d'avaries communes.

D'autre part, la loi dit aussi clairement que le transporteur ne saurait recouvrer du chargeur une contribution aux avaries communes lorsque ces avaries communes ont été suscitées par sa propre faute pouvant faire l'objet d'une action en justice. C'est ce que montre clairement l'arrêt *Goulandris Brothers Ltd. v. B. Goldman & Sons Ltd.*, [1958] 1 Q.B. 74. Dans cette affaire, la Cour devait interpréter la Règle D des Règles de York et d'Anvers de 1950:

[TRADUCTION] Lorsque l'événement qui a donné lieu au sacrifice ou à la dépense aura été la conséquence d'une faute commise par l'une des parties engagées dans l'aventure, il n'y en aura pas moins lieu à contribution, mais sans préjudice des recours pouvant être ouverts contre cette partie à raison d'une telle faute.

Le juge Pearson en a conclu que le «droit» à une contribution aux avaries communes pouvait céder le pas au «recours» pour fautes. Il dit (aux pages 92 et 93):

[TRADUCTION] À mon avis, il s'agit bien de la façon dont les deux parties de la Règle D devaient s'appliquer, et cela nous guide dans l'interprétation de cette règle. La première partie fait référence aux droits à la contribution à l'avarie commune qui seront stipulés dans le règlement de l'avarie, et il s'agit bien de droits, parce que leur détenteur a droit à un paiement. Mais la deuxième partie de la règle dispose que la première partie ne saurait porter préjudice aux recours pour faute, ce qui implique que, dans certains cas, les recours auxquels il est fait référence dans la deuxième partie de la règle excluront les droits visés dans la première partie; autrement dit, la deuxième partie constitue une réserve qui nuance, exclut et ampute la première partie ou y apporte dérogation. Les droits peuvent être annulés, supprimés, réduits ou touchés d'une autre manière par les

the first part of the rule are prima facie rights because they are subject to the remedies.

The position, therefore, is that the claimants have their prima facie right to recover from the respondents contribution in general average, but the respondents may be able to defeat that right by using their "remedies" for the claimants' "fault."

The Supreme Court of Canada gave Rule D a similar interpretation in *Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. v. Eisenerz*, [1974] S.C.R. 1225. See also "Lowndes & Rudolph, General Average and the York Antwerp Rules", 10th ed., *British Shipping Laws*, Vol. 7, para. 67 at pages 36-37.

Moreover, the contract of carriage incorporated the "New Jason Clause" which, on a fair interpretation does not entitle the appellant to recover a contribution in general average from cargo if it was responsible for the situation "by statute, contract; or otherwise". In my judgment, the Trial Judge correctly concluded that the appellant cannot recover a general average contribution. The appellant was obliged to exercise due diligence to make the tug and barge seaworthy. Its failure to do so was due entirely to its own negligence and it was that negligence that caused the stranding and the resulting loss. Had due diligence been exercised, as it ought to have been, the stranding would not have occurred and declaration of general average would have been unnecessary. As the appellant was itself at fault it cannot expect the respondent to contribute anything in general average.

The Trial Judge deferred a decision on the appellant's counterclaim for 50% of the cost of helicopter fuel until after a reference. That was unnecessary since the amount was liquidated and no further proof was required. It was unfair that the appellant should continue out-of-pocket for the cost of this fuel.

The cross-appeal against the refusal to allow the respondent to set-off its damages against the

recours. À cet égard, les droits visés dans la première partie de la règle sont des droits prima facie parce qu'ils sont assujettis à des recours.

Par conséquent, la position adoptée veut que les requérants aient le droit, prima facie, de réclamer une contribution des intimés à l'avarie commune, mais les intimés peuvent faire échec à ce droit en utilisant leurs «recours» pour la faute des requérants.

La Cour suprême du Canada a interprété la Règle D de façon similaire dans l'arrêt *Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. c. Eisenerz*, [1974] R.C.S. 1225. Voir aussi «Lowndes & Rudolph, General Average and the York Antwerp Rules», 10^e éd., *British Shipping Laws*, vol. 7, par. 67, aux pages 36 et 37.

En outre, le contrat de transport incorporait la «nouvelle clause Jason» qui, si on l'interprète correctement, ne donne pas droit à l'appelante de recouvrer une contribution aux avaries communes de la cargaison si elle est responsable de la situation [TRADUCTION] «de par la loi, le contrat ou autrement». À mon sens, le juge de première instance, était fondé à conclure que l'appelante ne pouvait obtenir une contribution aux avaries communes. L'appelante avait l'obligation d'exercer une diligence raisonnable pour mettre le remorqueur et le chaland en état de navigabilité. Qu'elle ne l'ait pas fait résultait entièrement de sa propre négligence et c'est cette négligence qui a causé l'échouement et le dommage qui en a résulté. Si une diligence raisonnable avait été exercée, comme elle aurait dû l'être, l'échouement ne se serait pas produit et la déclaration d'avaries communes n'aurait pas été nécessaire. Comme l'appelante est elle-même en faute, elle ne saurait attendre de l'intimée une contribution quelconque aux avaries communes.

Le juge de première instance a reporté toute décision sur la demande reconventionnelle de l'appelante, en paiement de 50 % des frais de carburant de l'hélicoptère, ultérieurement à une référence. Cela n'était pas nécessaire puisque la créance était liquide et qu'aucune preuve additionnelle n'était requise. Il n'est pas juste que l'appelante ne puisse être remboursée de ses frais de carburant.

L'appel incident pour refus d'autoriser l'intimée à opposer ses dommages-intérêts en compensa-

balance of freight charges had become academic, the freight having been paid pursuant to a judgment. There was much authority supporting the Trial Judge in holding that there could not be a set-off in a case of this kind.

In its amended statement of claim, the respondent had claimed "interest at the legal rate" on its damages. The Trial Judge allowed interest at 5%. Although this Court had dismissed an application to amend the amended statement of claim to claim interest in excess of the "legal rate", that was not a bar to raising the interest rate issue on this cross-appeal. Since the application was concerned only with the propriety of allowing an amendment to the pleading subsequent to trial, the principle of *res judicata* did not apply. But no attempt to claim an increased interest rate was made prior to judgment and no evidence supporting a higher rate was led at trial. This aspect of the cross-appeal should accordingly be rejected.

The appellant's argument, that a decision as to costs should have awaited completion of the reference, could not be accepted. The Trial Judge correctly decided that the respondent should have judgment. Variation of that judgment upon appeal did not justify interference with that exercise of discretion.

The appeal should succeed in part and the cross-appeal fail. The defendant may limit its liability pursuant to the Carriage of Goods by Water Act but not under the Canada Shipping Act.

URIE J.: I agree.

MAHONEY J.: I agree.

tion du reliquat du fret est devenu hypothèse d'école, le fret ayant été payé en exécution d'un jugement. La décision du juge de première instance selon laquelle il ne peut y avoir compensation dans une affaire de ce genre s'appuie sur une jurisprudence abondante.

Dans sa déclaration modifiée, l'intimée avait demandé «l'intérêt au taux légal» sur ses dommages. Le juge de première instance a accordé un intérêt de 5 %. Bien que la Cour d'appel ait rejeté une requête en modification de la déclaration modifiée qui concluait à un intérêt supérieur au «taux légal», cela n'interdisait pas de soulever la question du taux d'intérêt dans l'appel incident. Étant donné que la requête ne portait que sur le bien-fondé d'une modification de la procédure écrite subséquente au procès, le principe de la chose jugée ne s'appliquait pas. Mais aucune réclamation d'un taux d'intérêt supérieur n'a été faite avant jugement et aucune preuve justifiant un taux supérieur n'a été présentée à l'instruction. Ce volet de l'appel incident doit en conséquence être rejeté.

L'argument de l'appelante voulant que l'adjudication des dépens devait attendre que la référence soit terminée ne peut être accepté. À bon droit, le juge de première instance a décidé que l'intimée avait droit à jugement. La modification de ce jugement en appel ne justifiait pas d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

L'appel est accueilli en partie et l'appel incident rejeté. La défenderesse peut limiter sa responsabilité conformément à la Loi sur le transport des marchandises par eau, mais non en vertu de la Loi sur la marine marchande du Canada.

LE JUGE URIE: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.