

A-205-94

A-205-94

Murray MacKay (*Appellant*)**Murray MacKay** (*appellant*)

v.

c.

Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd. (*Respondent*)**Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.** (*intimée*)*INDEXED AS: MACKAY v. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO. (CANADA) LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MACKAY c. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO. (CANADA) LTD. (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Décary and Robertson J.J.A. — Toronto, December 12; Ottawa, December 22, 1995.

Cour d'appel, juges Marceau, Décary et Robertson, J.C.A. — Toronto, 12 décembre; Ottawa, 22 décembre 1995.

Contracts — Appeal from trial judgment holding respondent could rely on limitation of liability clause, even though negligent in performance of contractual obligations — Exemption, limitation portions of clause referring to damage “howsoever caused” — Appellant, experienced in such contracts, aware of limitation clause, signing contract to transport belongings to England — Goods arriving short, damaged — “Howsoever caused” encompassing negligence, other causes, but not fraud, bad faith — Nothing in circumstances at time contract entered into rendering enforcement of clause unconscionable — Not unfair, unreasonable to uphold clause as appellant not deprived of “substantially whole benefit of contract”.

Contrats — Appel du jugement de première instance statuant que l'intimée pouvait invoquer une clause de limitation de responsabilité, même si elle avait fait preuve de négligence dans l'exécution d'obligations contractuelles — Les dispositions d'exonération et de limitation de la clause mentionnent les dommages «causé[s] de quelque manière que ce soit» — L'appellant, qui connaissait bien ce type de contrats et était au courant de la clause de limitation, a passé un contrat pour le transport de ses biens en Angleterre — Certains articles ont été égarés et d'autres endommagés — Les mots «causé[s] de quelque manière que ce soit» visent la négligence et d'autres causes, mais non la fraude et la mauvaise foi — Il n'y avait, au moment de la passation du contrat, aucune circonstance qui rendrait inique l'exécution de la clause — Le maintien de la clause ne serait ni injuste ni déraisonnable car l'appellant n'a pas été privé de «la quasi-totalité du bénéfice du contrat».

Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment holding respondent entitled to rely on limitation of liability clause in contract for transportation of belongings to England, though negligent in performance of contractual obligations — Appellant experienced in such matters — Inclusion of damage “howsoever caused” in exemption, limitation portions of clause encompassing negligence — Not unconscionable, unreasonable, unfair to uphold clause.

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel du jugement de première instance statuant que l'intimée pouvait invoquer la clause de limitation de responsabilité d'un contrat de transport de biens en Angleterre, même si elle avait fait preuve de négligence dans l'exécution d'obligations contractuelles — L'appellant était versé en la matière — Les mots «causé[s] de quelque manière que ce soit» figurant dans les dispositions d'exonération et de limitation de la clause visent la négligence — Le maintien de la clause ne serait pas inique, injuste ou déraisonnable.

This was an appeal from the trial judgment holding that the respondent could rely on the limitation of liability clause in a contract to transport the appellant's belongings to England, even though it had been negligent in the performance of its contractual obligations. The appellant was experienced in the transportation of valuable antiques and was familiar with standard form contracts. He signed the contract, which was expressly subject to the conditions printed on the reverse side, without reading the conditions,

Il s'agit de l'appel de la décision de la Section de première instance statuant que l'intimée pouvait invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat visant le transport des biens de l'appellant en Angleterre, même si elle avait fait preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations contractuelles. L'appellant était versé en matière de transport d'antiquités précieuses et connaissait bien les contrats types en ce domaine. Il a signé le contrat, qui indiquait expressément qu'il était conclu sous réserve

although he had had the contract in his possession for a week. He secured his own insurance. Several items went missing and others were damaged in transit.

The clause in question purported to both exempt and limit liability for damage “howsoever caused”.

The issues were whether the contract limited liability for the kind of breach that occurred; and, if so, whether it would be unconscionable or unreasonable to allow the respondent to rely on the protection of the clause.

Held, the appeal should be dismissed.

The conduct that resulted in the appellant’s loss was within the scope of the clause which was very broadly worded. It provided that “the customer bears all the risks of loss or damage”. The phrase “howsoever caused” encompasses negligence, as well as other causes, but not fraud or bad faith. What was intended was a limitation of liability regardless of how that liability might attach in law.

Whether one assesses the unconscionability of the contract at the time it was signed, or the fairness and reasonableness of enforcing the exclusion clause at the time of the breach, the clause under consideration should be enforced. It would not be unconscionable to uphold the limitation clause. There was no power imbalance between the parties herein. There was nothing in the circumstances at the time the parties entered into the contract that would render enforcement of the clause unconscionable. Nor would it be unfair and unreasonable on the facts to hold the appellant to the limitation clause. The appellant was not deprived of “substantially the whole benefit of the contract”. The Court should not interfere with the bargain struck by the parties.

The issue of damages under the limitation of liability clause was referred back to the Trial Judge for assessment.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 480.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986),

des conditions énoncées au verso, sans lire ces conditions, bien qu’il ait eu le document entre les mains pendant une semaine. Il a souscrit lui-même son assurance. Beaucoup d’articles étaient manquants et d’autres avaient été endommagés.

La clause litigieuse visait à la fois à exonérer et à limiter la responsabilité découlant de dommages «causé[s] de quelque manière que ce soit».

Il s’agissait de déterminer si le contrat limitait la responsabilité à l’égard du type d’inexécution en cause et, le cas échéant, s’il serait inique ou déraisonnable de permettre à l’intimée de se prévaloir de la clause limitative.

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

Le comportement qui a causé la perte subie par l’appellant était visé par la clause, laquelle était rédigée en termes très larges prévoyant que [TRADUCTION] «le Client assume tous les risques de perte ou de dommage». Les mots [TRADUCTION] «causé de quelque manière que ce soit» comprennent la négligence ainsi que d’autres causes, exception faite de la fraude ou de la mauvaise foi. La clause visait à limiter la responsabilité quel que soit le fondement juridique de celle-ci.

Que l’on évalue l’iniquité du contrat au moment où il a été conclu ou bien le caractère juste et raisonnable de l’exécution de la clause d’exclusion au moment de l’inexécution, on conclut à l’applicabilité de la clause. Il ne serait pas inique de reconnaître la validité de la clause limitative. Les parties en cause n’étaient pas en position d’inégalité. Il n’y avait rien dans la situation des parties au moment de la passation du contrat qui donnerait à l’exécution de la clause un caractère inique. Il ne serait pas non plus injuste ou déraisonnable, compte tenu des faits, d’appliquer la clause limitative à l’appellant. Ce dernier n’a pas été privé de «la quasi-totalité du bénéfice du contrat». La Cour ne devrait pas modifier l’accord conclu par les parties.

La question des dommages-intérêts est renvoyée au juge de la Section de première instance pour évaluation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), ch. C-27.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 480.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986),

28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1.

REFERRED TO:

Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd, [1983] 1 All ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.).

AUTHORS CITED

Flannigan, Robert D. "Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 514.
 Ogilvie, M. H. "'Reasonable' Exemption Clauses in the Supreme Court of Canada and the House of Lords" (1991), 25 *B.C. Law Rev.* 199.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from trial judgment (*MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (F.C.T.D.)) holding that the respondent was entitled to rely on the limitation of liability clause in a contract to transport the appellant's belongings to England, even though the respondent was negligent in its performance of its contractual obligations. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Vincent M. Prager for appellant.
Hugh A. Christie and *Peter E. Manderville* for respondent.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Montréal, for appellant.
Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 ROBERTSON J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division involving the liability of a shipper for items lost or damaged in a trans-Atlantic move. While the Trial Judge found that the respon-

28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée.*, [1989] 1 R.C.S. 426; (1989) 57 D.L.R. (4th) 321; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd, [1983] 1 ALL ER 101 (H.L.); *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.).

DOCTRINE

Flannigan, Robert D. «Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses» (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 514.
 Ogilvie, M. H. «"Reasonable" Exemption Clauses in the Supreme Court of Canada and the House of Lords» (1991), 25 *B.C. Law Rev.* 199.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEL de la décision de la Section de première instance (*MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.)) statuant que l'intimée pouvait invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat visant le transport des biens de l'appellant en Angleterre, même si elle avait fait preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Appel rejeté.

AVOCATS:

Vincent M. Prager pour l'appellant.
Hugh A. Christie et *Peter E. Manderville* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Montréal, pour l'appellant.
Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, pour l'intimée.

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

1 LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel interjeté contre une décision de la Section de première instance portant sur la responsabilité d'un expéditeur à l'égard d'articles perdus ou en-

dent had been in effect negligent in the performance of its contractual obligations, he also found that the respondent could nonetheless rely on the limitation of liability clause that was held to form part of the underlying contract. No objection is taken to any of the Trial Judge's findings of fact. However, the appellant raises no less than eleven substantive issues stemming from the primary conclusion that the respondent shipper's liability to the appellant is circumscribed by the clause in question.

2 Aside from the three issues discussed below, I do not feel it necessary to deal with the appellant's arguments as all but one are fully and adequately addressed by the Trial Judge in his reasons, now reported at (1994), 75 F.T.R. 174. The remaining issue, namely the applicability of the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, was not dealt with by the Trial Judge as it was raised for the first time on appeal. The appellant virtually abandoned that submission in oral argument and, thus, there is no need to address it further.

3 The three issues which require consideration relate to the enforceability and application of the limitation of liability clause. The first issue is whether, on a "true construction", the contract before us limits liability for the kind of breach that occurred. Second, assuming a positive response to that question is warranted, it is necessary to determine whether in the present circumstances it would be unconscionable or unreasonable to allow the respondent to rely on the protection of the clause. The third issue relates to the Trial Judge's apparent failure to make certain findings of fact in relation to the calculation of damages under the limitation clause. In addressing the first two issues I need only draw attention to a few essential facts.

4 The appellant had been employed with Christie's of Canada, and is experienced with the valuation,

dommagés au cours d'un déménagement outre-Atlantique. Le juge de première instance, tout en concluant que l'intimée avait fait preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations contractuelles, a jugé qu'elle pouvait néanmoins invoquer la clause de limitation de responsabilité qui, selon lui, faisait partie du contrat applicable. L'appellant ne conteste aucune des conclusions de fait tirées par le juge, mais à l'égard de la conclusion principale selon laquelle la clause limitative restreint effectivement la responsabilité de l'expéditeur, l'appellant ne soulève pas moins de onze questions de fond.

Mis à part les trois questions examinées ci-dessous, j'estime inutile de considérer les arguments de l'appellant car, à une exception près, le juge de première instance les a entièrement et correctement analysés dans ses motifs, lesquels sont maintenant publiés à (1994), 75 F.T.R. 174. Quant à la question restante, savoir l'applicabilité de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, elle n'a été soulevée qu'en appel, ce qui fait que le juge de première instance ne l'a pas examinée, et l'appellant ayant à toutes fins utiles abandonné cet argument dans sa plaidoirie, il n'y a pas lieu d'en poursuivre l'analyse.

Les trois questions nécessitant examen ont trait à la force exécutoire et à l'application de la clause de limitation de responsabilité. Il faut déterminer, d'abord, si en donnant sa juste interprétation au contrat on peut conclure qu'il limite la responsabilité de l'intimée à l'égard du type d'inexécution en cause. En supposant, ensuite, qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative, il s'impose d'établir si, en l'espèce, il serait inique ou déraisonnable de permettre à l'intimée de se prévaloir de la clause limitative. La troisième question, enfin, a trait à l'omission apparente du juge de première instance de rendre des conclusions de fait relativement au calcul des dommages-intérêts en application de la clause limitative. Pour l'examen des deux premières questions, il suffit de signaler quelques faits essentiels.

L'appellant, qui avait travaillé pour Christie's au Canada, était versé dans l'évaluation, l'estimation, le

appraisal, transportation and insuring of valuable antiques and decorative artwork. He also is familiar with standard form contracts and that a limitation of liability clause is often included. On leaving his employment with Christie's, the appellant decided to return to England and retained the respondent shipper to effect his move. The appellant signed a contract which contained a limitation of liability clause on the reverse side. The contract was expressly made subject to the conditions printed on the reverse side, and the appellant was made aware of this by an employee of the respondent. However, the appellant did not read the conditions, although he had the final quotation and contract in his possession for at least a week before signing it. The appellant was alert to the need to insure his belongings. The matter was discussed and the appellant declined to accept insurance through the respondent as the percentage rate offered by the latter was, in the appellant's opinion, "excessive". Accordingly, the appellant secured his own insurance through a brokerage firm at a lower cost.

transport et l'assurance d'antiquités et d'œuvres d'art décoratif précieuses. Il connaissait bien, également, les contrats types en cette matière, et savait qu'ils comprennent souvent une clause de limitation de responsabilité. En quittant son emploi chez Christie's, l'appelant a décidé de retourner en Angleterre, et il a retenu les services de l'intimée pour effectuer le déménagement. Il a signé un contrat comportant, au verso, une clause de limitation de responsabilité et indiquant expressément qu'il était conclu sous réserve des conditions énoncées au verso. De plus, un employé de l'intimée a signalé cette disposition à l'appelant. Ce dernier, cependant, n'a pas lu ces conditions, bien qu'il ait eu la proposition de prix finale et le contrat entre les mains pendant au moins une semaine avant la signature. L'appelant était conscient de la nécessité d'assurer ses biens. Il en avait parlé avec l'intimée, mais avait refusé l'assurance que celle-ci lui proposait de souscrire par son intermédiaire parce qu'il jugeait le montant de la prime «excessif». Il a donc pris sa propre police, à un coût moindre, en recourant aux services d'une société de courtage.

5 As fate would have it, not all of the appellant's belongings arrived at his home in England; 37 of the approximately 220 items went missing. As well, some of his belongings were damaged in transit. As a result, the appellant claimed damages in excess of \$457,000. The respondent now relies on the limitation of liability clause which, as I understand it, covers only about one tenth of that amount. The respondent does not dispute the fact that its performance of its contractual obligations was, as found by the Trial Judge, "woefully inadequate" (at page 194).

5 Le sort a voulu que certains des biens de l'appelant n'arrivent pas à son domicile en Angleterre. Il manquait trente-sept des quelque deux cent vingt articles déménagés. En outre, certains effets avaient été endommagés pendant leur transport. L'appelant a donc réclamé des dommages-intérêts de plus de 457 000 \$. L'intimée invoque la clause limitative qui, si je comprends bien, couvre environ le dixième de cette somme. L'intimée ne conteste pas que l'exécution de ses obligations contractuelles ait été, pour reprendre les mots employés par le juge de première instance, «nettement déficiente» (à la page 194).

6 Given the nature of the first issue, it is useful to reproduce the relevant portions of the limitation of liability clause in question:

6 Étant donné la nature de la première question, il est utile de reproduire les dispositions pertinentes de la clause de limitation de responsabilité:

[TRANSDUCTION]

7. LIABILITY OF THE COMPANY LOSS OF OR DAMAGE TO GOODS—The customer bears all the risks of loss or damage both during transit and whilst goods are in store and the Company shall not be liable for any loss or failure to produce or damage (howso-

7. RESPONSABILITÉ DE LA COMPAGNIE BIENS PERDUS OU ENDOMMAGÉS—Le Client assume tous les risques de perte ou de dommage pendant le transport et pendant que les biens sont entreposés, et la Compagnie n'engage pas sa responsabilité en cas de

ever caused) to the goods and accordingly no claim shall be made upon the Company in respect of any loss, failure to produce or damage to any article or articles howsoever caused. In particular, but without prejudice to the foregoing generality, the Company shall not be liable for any loss, failure to produce or damage howsoever caused

- (i) By fire.
- (ii) By war, invasion, acts of foreign enemies, hostilities (whether war be declared or not), civil war, rebellion, insurrection or militarily usurped power, wear and tear or gradual deterioration, leakage or deficiency or articles or a perishable or a leaky nature or acts of God, or due to causes beyond the Company's immediate control or due to the acts of third parties whether criminal or otherwise.
- (iii) By moths or insects of any kind or vermin or other pests.
- (iv) Arising from any process of cleaning, repairing or restoring unless such cleaning, repairing or restoring of the goods was carried out by the Company themselves, and at the request (in writing) of the customer.
- (v) To any articles in wardrobes or drawers or in any package, bundle, case or other container not both packed and unpacked by the Company's employees.
- (vi) To jewellery, watches, trinkets, precious stones etc., money, deeds, securities, stamps, coins or collections of all kinds nor livestock.
- (vii) Where goods are removed from or delivered to unattended premises or where third parties are present.
- (viii) Where the loss or damage is proved to have been due to any inherent defect in the goods.
- (ix) Where the customer has failed to advise the Company prior to the commencement of the Contract the value of any article which is in excess of £1000.

Without prejudice to the foregoing, the Company's liability, if any, for loss, damage and/or failure to produce,

perte des biens, de défaut de les produire ou de dommage à ceux-ci (causé de quelque manière que ce soit); en conséquence, aucune réclamation ne pourra être faite à la Compagnie à l'égard de la perte d'un bien, du défaut de le produire ou d'un dommage qui lui est causé, de quelque manière que ce soit. En particulier, mais sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la Compagnie n'engagera pas sa responsabilité pour une perte, un défaut de produire ou un dommage causé, de quelque manière que ce soit:

- (i) par un incendie;
- (ii) par une guerre, une invasion, des actes d'ennemis étrangers, des hostilités (qu'il y ait ou non déclaration de guerre), une guerre civile, une rébellion, une insurrection ou un coup d'État, une usure normale ou une détérioration graduelle, des fuites, des déficiences, des biens périssables ou susceptibles de fuir, des cas de force majeure ou des causes indépendantes de la volonté directe de la Compagnie ou attribuables aux actes de tierces parties, qu'ils soient de nature criminelle ou autre;
- (iii) par la vermine, les animaux nuisibles ou les insectes, notamment les mites;
- (iv) découlant d'un processus de nettoyage, de réparation ou de restauration, à moins que le nettoyage, la réparation ou la restauration des biens n'ait été effectué par la Compagnie elle-même, à la demande (par écrit) du client;
- (v) aux articles qui se trouvent dans les armoires, les tiroirs, les paquets, les caisses ou autres contenants n'ayant pas été emballés et déballés par les employés de la Compagnie;
- (vi) aux bijoux, montres, bibelots, pierres précieuses, etc., à l'argent, aux titres, valeurs, timbres, pièces de monnaie ou collections de toute sorte ou aux animaux;
- (vii) lorsque des biens sont enlevés de lieux non surveillés, qu'ils y sont livrés ou lorsque des tiers sont présents;
- (viii) s'il est prouvé que la perte ou le dommage a été causé par un vice caché des biens;
- (ix) si le Client n'avise pas la Compagnie, avant le début du contrat, de la valeur d'articles dont le montant est supérieur à 1000 £.

Sous réserve de ce qui précède, la responsabilité de la Compagnie, le cas échéant, en cas de perte, de dommage

howsoever caused, in respect of all goods entrusted to the Company by the customer, whether in the Company's possession in respect of the contract or otherwise shall be subject to the following limitations—

- (a) A sum calculated at the rate of £10 Sterling per cubic foot of the cubic capacity of the item lost or damaged or at the Company's sole option the cost of repairing or replacing the damaged or missing article.
- (b) In respect of articles being part of a pair or set the Company's liability shall be calculated by reference to the cubic capacity of the particular part or parts lost or damaged irrespective of any special value which such article or articles may have as a part of such pair or set.

Declaring, however, that the Company shall, so far as they are able to do, transfer to the customer the benefit of any right they may have against any railway, steamship, dock or transport company or authority or other Company in respect of the goods but the Company does not undertake that any such right will exist.

The Company recommends the customer to insure the goods against all insurable risks during removal, packing and storage. Upon receipt of written instruction and subject to the payment in advance of the appropriate premium the Company will, if there is sufficient time and so far as may be practicable and without accepting any responsibility for any limitations or conditions imposed by the insurers endeavour to effect such insurances as the customer shall request. The Company shall not be liable to the customer for any failure, howsoever arising, to notify the customer or his insurers for any loss or damage to the goods or any part thereof. [Emphasis is mine.]

7 Curiously, the first part of the clause purports to exempt the respondent from liability. However, the second part purports merely to limit liability. This is no doubt the result of the uncertainty that has plagued this area of law. It is conceivable that the draftsman anticipated the possibility that an exclusion clause might be deemed invalid on the basis that it was simply too onerous and therefore unenforceable, while a limitation clause might be upheld as being reasonable: see *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 All ER 101 (H.L.), per Lord Wilberforce, at pages 102-103. In any event, the respondent conceded that it is willing to pay the amount stipulated under the limitation

ou de défaut de produire, causé de quelque manière que ce soit, à l'égard de tous les biens confiés à la Compagnie par le Client, qu'ils soient en la possession de la Compagnie dans l'exécution du contrat ou autrement, sera assujettie à la limitation suivante:

- a) une somme calculée au taux de 10£ Sterling du pied cube du volume de l'article perdu ou endommagé ou, au seul gré de la Compagnie, le coût de réparation ou de remplacement de l'article endommagé ou manquant;
- b) en ce qui a trait aux articles faisant partie d'une paire ou d'un ensemble, la responsabilité de la Compagnie est calculée d'après le volume de la pièce ou des pièces en particulier ainsi perdues ou endommagées, sans tenir compte de la valeur spéciale que ces articles peuvent avoir en tant qu'élément de la paire ou de l'ensemble.

Toutefois, dans la mesure du possible, la Compagnie transférera au Client tout droit qu'elle pourrait avoir à l'encontre d'une compagnie ou autorité ferroviaire, maritime, portuaire ou de transports, ou d'une autre compagnie, relativement aux biens; cependant, la Compagnie ne se porte pas garante de l'existence d'un tel droit.

La Compagnie recommande au Client de faire assurer les biens contre tous les risques assurables pendant l'enlèvement, l'emballage et l'entreposage. Sur réception de directives écrites, et pourvu que la prime exigible soit payée à l'avance, la Compagnie tentera de prendre les assurances que demandera le Client s'il y a suffisamment de temps pour le faire, dans la mesure du possible et sans assumer de responsabilité pour toute limitation ou condition imposée par les assureurs. La Compagnie ne sera pas responsable envers le Client en cas de défaut, pour quelque cause que ce soit, d'aviser le Client ou ses assureurs de toute perte des biens ou dommage causé à ceux-ci, en tout ou en partie. [Je souligne.]

7 Curieusement, la première partie de la clause vise à exonérer l'intimée de toute responsabilité, mais la seconde vise simplement à limiter sa responsabilité. Cela découle assurément de l'incertitude qui sévit dans ce domaine du droit. On peut en effet penser que le rédacteur du contrat a prévu la possibilité qu'une clause d'exonération soit jugée invalide et, par conséquent, inopérante parce que trop onéreuse, mais qu'une clause limitative puisse être considérée raisonnable, et maintenue (voir la décision *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd*, [1983] 1 ALL ER 101 (H.L.), lord Wilberforce, aux pages 102 et 103). En tout état de cause, l'intimée a indiqué qu'elle était disposée à payer le montant

clause, while taking the position that the loss in question is covered by the clause.

prévu par la clause limitative, tout en prenant la position que la perte en cause était visée par celle-ci.

8 It is my view that the loss suffered by the appellant is within the scope of the clause. In addressing this issue I am mindful that courts are no longer restricted by the principle of “freedom of contract” which required judges, in the pursuit of fairness, to adopt “secret weapons” such as the doctrine of collateral contracts, adverse construction, strict construction or construction *contra proferentum* (see *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.), *per* Lord Denning M.R., at page 297).

8 Je suis d’avis que la perte subie par l’appelant est visée par la clause. En me prononçant sur cette question, je prends en compte le fait que les tribunaux ne sont plus limités par le principe de la «liberté contractuelle» qui les obligeait, pour rendre des décisions équitables, à avoir recours à des «armes secrètes» comme les théories des contrats accessoires, de l’interprétation défavorable, de l’interprétation stricte ou de l’interprétation *contra proferentum* (voir l’arrêt *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, [1983] Q.B. 284 (C.A.), lord Denning (M.R.), à la page 297).

9 The appellant argued that the fact the words “negligence” and/or “fundamental breach” are not expressly referred to in the clause means that they are not within its ambit. However, the jurisprudence is clear that it is not always necessary to be so explicit. The Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 was faced with a limitation clause that did not expressly mention negligence. The question raised, as framed by McIntyre J., at page 799, was whether “the words [of the exemption clause] extend to include” negligence. He states that “[t]his is a question of construction and the answer must be found in the context of the whole contract” and concludes that if a limitation clause is worded widely enough to include negligence “as being within the reasonable contemplation of the parties in formulating their agreement” then the clause will limit liability for negligence. He goes on to note at page 800 that “it is important, in determining what was within reasonable contemplation, to recognize that this is a commercial contract between two parties who, in essence, are determining which of them is to bear the responsibility for insurance at the various stages of the contract.” McIntyre J. concluded that the wording of clause 8 of the bill of lading relied on [at page 798], “[t]he carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any . . . loss of . . . the goods”, is wide enough to encompass negligence.

9 L’appelant soutient que du fait que les mots «négligence» ou «inexécution fondamentale» ne sont pas expressément employés dans la clause, ils sont exclus de la portée de celle-ci. La jurisprudence, toutefois, établit clairement qu’un énoncé si explicite n’est pas toujours nécessaire. La Cour suprême du Canada, dans l’affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 devait se prononcer sur une clause limitative ne mentionnant pas expressément la négligence. La question soulevée, telle que l’a formulée le juge McIntyre, à la page 799, était la suivante: «Les termes employés [dans la clause] peuvent-ils l’inclure [la négligence]?» Le juge affirme: «C’est là une question d’interprétation dont la réponse doit se trouver dans le contexte de l’ensemble du contrat», et il conclut que si une clause limitative est conçue en termes assez larges pour «pouvoir dire que la négligence a été raisonnablement prévue par les parties en formulant leur accord», alors elle limitera la responsabilité découlant de la négligence. Il poursuit en signalant, à la page 800: «Je crois qu’il est important, en déterminant ce qui était raisonnablement prévu, de reconnaître qu’il s’agit d’un contrat commercial entre deux parties qui, essentiellement, décident laquelle assumera la responsabilité aux fins d’assurance aux diverses étapes du contrat». Le juge McIntyre conclut que le libellé de la clause 8 du connaissement qu’invoquait le transporteur [à la page 798]: «Le transporteur ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce

soit . . . de la perte . . . causée aux marchandises» est assez large pour inclure la négligence.

10 The clause in issue is also very broadly worded. The exemption portion states that “[t]he customer bears all the risks of loss or damage”, that “the Company shall not be liable for any loss or failure to produce or damage (howsoever caused)” and that “no claim shall be made upon the Company in respect of any loss, failure to produce or damage . . . howsoever caused.” (Emphasis is mine.) It could be argued that the scope of the exemption portion is restricted from protecting the shipper from liability caused by its own negligence, or that of its employees, by virtue of the specific types of non-negligent conduct enumerated therein. However, the inclusion of the phrase “without prejudice to the foregoing generality” as a preamble to the enumerated list seems to preclude such a result. In any case, it is clear that the limitation portion of the clause is not qualified in any way. The phrase “howsoever caused” as incorporated in both the exemption and limitation portions of the clause, in my view, is capable of encompassing not only negligence, but also other causes. Obviously, the clause would not apply in cases where fraud or bad faith is established. In the present case, what is intended is a limitation of liability regardless of how that liability might attach in law; ex. negligence, gross negligence, strict liability or vicarious liability. In my view, it is clear that the conduct that resulted in the appellant’s loss is within the scope of the above clause.

10 La clause visée en l’espèce est elle aussi rédigée en termes très larges. Elle énonce, dans la disposition portant exonération que «le Client assume tous les risques de perte ou de dommage», que «la Compagnie n’engage pas sa responsabilité en cas de perte des biens, de défaut de les produire ou de dommage à ceux-ci (causé de quelque manière que ce soit)» et qu’«aucune réclamation ne pourra être faite à la Compagnie à l’égard de la perte d’un bien, du défaut de le produire ou d’un dommage qui lui est causé, de quelque manière que ce soit» (je souligne). On pourrait faire valoir que les types précis de conduites ne constituant pas de la négligence, énumérés dans la clause, ont pour effet d’empêcher l’expéditeur de se prévaloir de la disposition d’exonération à l’égard de la responsabilité découlant de sa propre négligence ou de celle de ses employés, mais le texte du préambule ouvrant l’énumération: «sans restreindre la portée générale de ce qui précède», paraît interdire un tel résultat. Quoi qu’il en soit, il est évident que la disposition d’exonération ne comporte aucune réserve. Les mots «causé, de quelque manière que ce soit», tels qu’ils sont employés dans la disposition d’exonération et dans la disposition de limitation de la clause, peuvent, selon moi, comprendre non seulement la négligence mais encore d’autres causes. Il va sans dire qu’une telle clause ne pourrait s’appliquer s’il était établi qu’il y avait eu fraude ou mauvaise foi. En l’espèce, la clause vise à limiter la responsabilité quel que soit le fondement juridique de celle-ci (p. ex. la négligence, la négligence grossière, la responsabilité stricte ou la responsabilité du fait d’autrui). Il est clair, selon moi, que la conduite qui a causé la perte subie par l’appelant est visée par la clause citée plus haut.

11 That leads us to the second issue, whether the limitation of liability clause is enforceable in the circumstances of the present case. The proper approach begins with the decision of the Supreme Court in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426: (see generally S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993, at pages 322-

11 Cela nous amène à la deuxième question, celle de savoir si la clause de limitation de responsabilité est applicable dans les circonstances de la présente espèce. Il convient de l’aborder en citant la décision de la Cour suprême dans l’affaire *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426 (de façon générale, voir S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3^e éd., Toronto, Canada Law

323; R. Flannigan, “*Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses*” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 514, at page 524; M. H. Ogilvie, “‘Reasonable’ Exemption Clauses in the Supreme Court of Canada and the House of Lords” (1991), 25 *B.C. Law Rev.* 199).

12 In *Hunter Engineering*, the five-judge court was unanimous in holding that an exemption clause was enforceable in the circumstances of that case. Their reasoning was, however, somewhat divided. In the opinion of Dickson C.J. (La Forest J. concurring), the issue is whether it would be unconscionable in all the circumstances to allow the party in breach of its obligations to have the benefit of the clause. There are two aspects of this approach of particular note. First, unconscionability is to be assessed as of the time the parties entered into the contract, and not at the date of the breach. Second, it follows that the nature and degree of the breach are of no concern. At page 462, Dickson C.J. held:

If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. The courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains and, as Professor Waddams has argued, the doctrine of “fundamental breach” may best be understood as but one manifestation of a general underlying principle which explains judicial intervention in a variety of contractual settings.

13 In the opinion of Wilson J. (L’Heureux-Dubé J. concurring), the issue is whether, as a matter of policy, it would be unfair and unreasonable in all the circumstances to enforce an exclusion clause (at page 508). Here, too, there are two aspects of particular note. First, the fairness and reasonableness of enforcing the clause is to be assessed as of the time of the breach. Second, it follows that the nature and degree of the breach may well be of fundamental

Book, 1993, aux pages 322 et 323; R. Flannigan, “*Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses*” (1990), 69 *Rev. du Bar. can.* 514, à la page 524; M. H. Ogilvie, “‘Reasonable’ Exemption Clauses in the Supreme Court of Canada and the House of Lords” (1991), 25 *B.C. Law Rev.* 199).

La formation de cinq juges qui a rendu l’arrêt *Hunter Engineering* a statué à l’unanimité que la clause d’exemption était applicable dans les circonstances de cette affaire. Les juges, toutefois, étaient quelque peu divisés quant au raisonnement à appliquer. D’après le juge en chef Dickson (à l’opinion duquel a souscrit le juge La Forest), il s’agissait de déterminer s’il serait inique, compte tenu de l’ensemble des circonstances, de permettre à une partie ayant manqué à ses obligations de se prévaloir de la clause. Deux aspects de cette démarche méritent une attention particulière. Premièrement l’iniquité s’évalue au moment de la conclusion du contrat et non à celui de l’inexécution. Deuxièmement, il s’ensuit que la nature de l’inexécution et son degré ne sont pas pertinents. Le juge en chef Dickson a conclu, à la page 462:

Si d’après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d’inexécution qui s’est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n’est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. Les tribunaux n’appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques et, comme l’a fait valoir le professeur Waddams, la meilleure façon de saisir le principe de l’«inexécution fondamentale» consiste à le comparer à une manifestation d’un principe général sous-jacent qui justifie l’intervention des tribunaux dans divers contextes contractuels.

Pour Madame le juge Wilson (à l’opinion de laquelle souscrivait M^{me} le juge L’heureux-Dubé), il s’agissait de déterminer si, en principe, il serait inique et déraisonnable, compte tenu de l’ensemble des circonstances, d’appliquer une clause d’exclusion (à la page 508). Là encore, deux aspects de la question méritent d’être signalés. Premièrement, le caractère juste et raisonnable de l’exécution de la clause s’évalue au moment de l’inexécution. Il s’ensuit,

significance. Wilson J. framed her position at pages 510-511 as follows:

Exclusion clauses do not automatically lose their validity in the event of a fundamental breach by virtue of some hard and fast rule of law. They should be given their natural and true construction so that the meaning and effect of the exclusion clause the parties agreed to at the time the contract was entered into is fully understood and appreciated. But, in my view, the court must still decide, having ascertained the parties' intention at the time the contract was made, whether or not to give effect to it in the context of subsequent events such as a fundamental breach committed by the party seeking its enforcement through the courts. Whether the courts address this [issue] narrowly in terms of fairness as between the parties (and I believe this has been a source of confusion, the parties being, in the absence of inequality of bargaining power, the best judges of what is fair as between themselves) or on the broader policy basis of the need for the courts (apart from the interests of the parties) to balance conflicting values inherent in our contract law (the approach which I prefer), I believe the result will be the same since the question essentially is: in the circumstances that have happened should the court lend its aid to A to hold B to this clause?

- 14 On the facts of this appeal, the difference between these approaches is of no legal significance. Whether one assesses the unconscionability of the contract at the time it was signed, or the fairness and reasonableness of enforcing the exclusion clause at the time of the breach, the clause under consideration should be enforced. I agree fully with the Trial Judge that in the circumstances of this case, it would not be unconscionable to uphold the limitation clause. I can do no better than reproduce his analysis and conclusion which is found at pages 201-202:

Returning to the facts of this case recited above, the plaintiff was experienced in arranging and overseeing the movement of valuable belongings. He was sophisticated enough in such dealings that he was able to recognize that Mr. Roberts' original quotation for his move to London was too low, and that the insurance rate quoted was too high. He bargained the insurance rate with Mr. Roberts

deuxièmement, que la nature de l'inexécution et son degré peuvent fort bien revêtir une très grande importance. M^{me} le juge Wilson a exprimé sa position dans les termes suivants (aux pages 510 et 511):

Il n'y a aucune règle de droit absolue qui dit que les clauses d'exclusion sont automatiquement frappées d'invalidité en cas d'inexécution fondamentale. Il faut leur donner une interprétation naturelle et juste afin de pouvoir saisir et apprécier parfaitement le sens et l'effet de la clause d'exclusion sur laquelle les parties se sont accordées au moment de la passation du contrat. J'estime toutefois qu'après avoir déterminé l'intention qu'avaient les parties au moment où elles ont conclu le contrat, la cour doit encore décider si elle appliquera ce contrat dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une inexécution fondamentale de la part de la partie qui s'adresse aux tribunaux pour le faire respecter. Que les tribunaux abordent cette question d'un point de vue étroit, c'est-à-dire en fonction de l'équité entre les parties (et je crois que cela a porté à confusion étant donné que les parties, à supposer qu'elles négocient sur un pied d'égalité, sont les mieux placées pour savoir ce qui est équitable dans leur cas), ou qu'ils le fassent en fonction du principe plus général de la nécessité pour les tribunaux (indépendamment des intérêts des parties) de soupeser des valeurs opposées inhérentes à notre droit des contrats (et c'est là le point de vue que je préfère), je crois que le résultat sera le même puisque la question qui se pose est essentiellement celle de savoir si, suite aux faits survenus, la cour devrait prêter son concours à A pour obliger B à respecter cette clause.

14 Étant donné les faits de la présente espèce, la différence entre ces deux conceptions n'entraîne aucune conséquence en droit. Que l'on évalue l'iniquité du contrat au moment où il a été conclu ou bien le caractère juste et raisonnable de l'exécution de la clause d'exclusion au moment de l'inexécution, on conclut à l'applicabilité de la clause. Je partage entièrement l'opinion du juge de première instance selon laquelle il ne serait pas inique, dans les circonstances de la présente affaire, de reconnaître la validité de la clause limitative. Je ne pourrais mieux rendre compte de son analyse et de la conclusion qu'il a tirée qu'en reproduisant ses propos aux pages 201 et 202:

Si l'on revient aux faits en l'espèce, relatés plus haut, on note que le demandeur avait l'habitude d'organiser et de surveiller le transport de biens de valeur. Il était assez averti dans ce genre d'opération pour pouvoir reconnaître que la première proposition de M. Roberts pour son déménagement à Londres était trop basse et que la prime d'assurance demandée était trop élevée. Il a négocié la prime

and eventually decided to make his own insurance arrangements. The plaintiff was also familiar with the concept of standard form documents and had ample opportunity (at least one week) to review the formal quotation including the conditions on its reverse side. He was not put under any time constraint or pressure by the defendant. There was no reason offered why he failed to review in detail the conditions on the reverse of the formal quotation. The plaintiff was not dealing with the defendant from a position of weakness or unequal bargaining power. In all, the plaintiff had a somewhat cavalier approach to the settlement of the contract in question. I conclude that it is not at all unconscionable or unreasonable to allow the defendant to rely on the limitation of liability clause in this instance.

15 There was no power imbalance between the parties herein. The appellant was aware that he was to bear the principal risk of loss or damage to his belongings. There is nothing in the circumstances at the time the parties entered into the contract that would render enforcement of the clause unconscionable. Nor, in my opinion, would it be unfair and unreasonable on the facts of this case to hold the appellant to the limitation clause. The appellant was not deprived of "substantially the whole benefit" of the contract (at page 517 *Can. Bar Rev.*), and, in my view, this Court, in the circumstances of the case at bar, should not interfere with the bargain struck by the parties.

16 With respect to the third issue, in both the reasons and the judgment, the Trial Judge left open the determination of the quantum of damages and the rate of interest. That option, of course, was not open to him. As a result, the appeal before us appeared to be premature. At the respectful insistence of the parties, and in the interests of the administration of justice, the Court decided to hear the appeal as if an order in the nature of one made pursuant to Rule 480 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] had been made authorizing the Trial Judge to dispose of the question of liability leaving the question of damages for a reference. In the circumstances, the issue of damages under the limitation of liability clause must be referred back to the Trial Judge for assessment in the unlikely event that the parties are unable to reach an agreement on quantum. As is obvious, this is a pyrrhic victory for the appellant.

d'assurance avec M. Roberts et a fini par décider de prendre sa propre assurance. Le demandeur était également familier avec la notion de documents types et avait eu tout le temps voulu (au moins une semaine) pour examiner la proposition officielle, y compris les conditions qui se trouvaient au verso. Il n'a subi aucune contrainte de temps ou de pression de la part de la défenderesse. On n'a fourni aucune raison pour laquelle il n'avait pas examiné en détails les conditions qui se trouvaient au verso de la proposition officielle. Le demandeur ne traitait pas avec la défenderesse d'une position de faiblesse ou à armes inégales. Dans toute cette affaire, le demandeur a eu une attitude plutôt cavalière face au règlement du contrat en cause. Je conclus qu'il n'est pas du tout inique ou déraisonnable de permettre à la défenderesse d'invoquer la clause limitative de responsabilité en l'espèce.

Les parties en cause n'étaient pas en position 15 d'inégalité quant à leur pouvoir de négociation. L'appellant savait qu'il assumait le gros du risque de perte ou de dommages. Il n'y a rien dans la situation des parties au moment de la passation du contrat qui donnerait à l'exécution de la clause un caractère inique et, selon moi, il ne serait pas non plus injuste ou déraisonnable d'appliquer la clause limitative à l'appellant. Ce dernier n'a pas été privé de «la quasi-totalité du bénéfice du contrat» (à la page 517 *Rev. du Bar. can.*) et, vu les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que la Cour ne devrait pas modifier l'accord conclu par les parties.

Quant au troisième point, il appert que, tant dans 16 ses motifs que dans le dispositif de son jugement, le juge de première instance a laissé ouverte la question de la détermination du montant des dommages-intérêts et du taux d'intérêt. Il ne lui était pas loisible d'agir ainsi, bien sûr, et, par suite, le présent appel semble prématuré. Compte tenu de l'insistance respectueusement manifestée par les parties et dans l'intérêt de l'administration de la justice, la Cour a décidé d'entendre l'appel comme si une ordonnance fondée sur la Règle 480 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] avait autorisé le juge de première instance à statuer sur la question de la responsabilité en réservant la question des dommages-intérêts pour une référence. Dans les circonstances, il convient de renvoyer au juge de première instance la question de la détermination des dommages-intérêts en fonction de la clause de limi-

Subject to the reference to the Trial Judge, the appeal must be dismissed with costs.

tation de responsabilité pour qu'il procède à une évaluation, dans le cas, improbable, où les parties ne parviendraient pas à un accord. De toute évidence, il s'agit d'une victoire à la Pyrrhus pour l'appelant. Sous réserve du renvoi au juge de première instance, l'appel est rejeté avec dépens.

17 DÉCARY J.A.: I agree.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 17

18 MARCEAU J.A.: I agree.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 18