

A-406-96

**Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd., Northsouth Shipmanagement Pte. Ltd., Canadian Transport Company Limited, The Owners and Charterers of the Vessel *Beltimber*, and The Vessel *Beltimber* (Appellants)**

v.

**Canadian Pacific Forest Products Limited-Tahsis Pacific Region, Stevens & Co. S.A., Denderwood NV, All those persons having an interest in the Cargo Laden on Board the Vessel *Beltimber* (Bs/L Nos. 351 and 352) (Respondents)**

**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC FOREST PRODUCTS LTD.-TAHSIS PACIFIC REGION v. BELTIMBER (THE) (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Linden and Létourneau JJ.A.—Ottawa, May 26 and June 10, 1999.

*Maritime law — Carriage of goods — Appeal from trial judgment allowing action for damages for loss of part of cargo of lumber stowed on deck — Trial Judge holding loss caused by master's negligence — Bills of lading, Clause 8 exempting carrier from liability for loss, damage to deck cargo howsoever caused — Trial Judge holding Clause 8 not excluding liability for negligence — Applying third test for construction of such exclusion clause in Canada Steamship Lines Ltd. v. The King — Canada Steamship tests not displaced by Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. — Latter distinguishable, based on 1980 H.L. decision; subsequent English cases not indicating ratio thereof should be preferred to Canada Steamship — English, Canadian courts continuing to apply Canada Steamship — Apart from statute, and subject to terms of contract, at common law carrier of goods by sea undertaking to carry goods at own absolute risk, except for loss, damages caused by acts of God or of Queen's enemies or inherent defect in goods themselves or default of shipper — Also impliedly undertaking ship seaworthy unless relieved of that obligation by contract — Applying Canada Steamship tests, Clause 8 broad enough to exclude "negligence", but not intended to exclude liability for negligence — Intended to exclude liabilities other than negligence imposed at common law i.e. damage naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind — Implied warranty of seaworthiness exposing appellants to another potential head of liability apart from negligence to which Clause 8 would also apply.*

A-406-96

**Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd., Northsouth Shipmanagement Pte. Ltd., Canadian Transport Company Limited, les propriétaires et affrèteurs du navire *Beltimber*, et le navire *Beltimber* (appelants)**

c.

**Produits forestiers Canadien Pacifique Limitée-Région du Pacifique Tahsis, Stevens & Co. S.A., Denderwood NV, toutes les personnes ayant un droit sur la cargaison chargée à bord du navire *Beltimber* (Connaissements n<sup>os</sup> 351 et 352) (intimées)**

**RÉPERTORIÉ: PRODUITS FORESTIERS CANADIEN PACIFIQUE LTÉE-RÉGION DU PACIFIQUE TAHSIS c. BELTIMBER (LE) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 26 mai et 10 juin 1999.

*Droit maritime — Transport de marchandises — Appel contre le jugement de première instance qui a accordé des dommages-intérêts pour perte partielle d'une cargaison de bois transportée en pontée — Jugé en première instance que la perte était due à la négligence du capitaine — La clause 8 des connaissements exonérait le transporteur de toute responsabilité en cas de perte ou avarie touchant la cargaison en pontée, quelle qu'en soit la cause — Jugé que cette clause n'excluait pas la responsabilité pour négligence — Application du troisième critère défini par l'arrêt Canada Steamship Lines Ltd. v. The King pour l'interprétation de cette clause — Les critères définis par la jurisprudence Canada Steamship ne sont pas dépassés à la suite de l'arrêt Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd. — Différenciation de ce dernier qui était fondé sur une décision de 1980 de la Chambre des lords; la jurisprudence subséquente d'Angleterre n'indique pas qu'il faut préférer le raisonnement qui y était tenu au raisonnement tenu dans l'arrêt Canada Steamship — Les juridictions anglaises et canadiennes continuent à appliquer ce dernier — La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage en common law à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents des marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur — En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire, à moins que le contrat ne le libère de cet engagement — Par application des critères définis par Canada Steamship, la formulation de la clause 8 était suffisamment large pour exclure la «négligence», mais ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence — Elle visait à exclure les*

This was an appeal from the trial judgment allowing a claim for damages for loss of part of a cargo of lumber, and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. The cargo was carried on deck as expressly stated in the bills of lading, which included an exclusion clause (Clause 8) exempting the carrier from liability for loss of or damage to deck cargo, howsoever caused. The Trial Judge concluded that the loss had been caused by the master's negligence, and that Clause 8 did not exclude liability for negligence. He applied the third test for construction of such an exclusion clause set out in *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, which provides that if the words are wide enough in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants, the Court must consider whether the head of damage may be based on some ground other than that of negligence. The Trial Judge found that such a "ground" existed in the case law governing common carriers who are "strictly liable at common law for any loss or damage". Apart from negligence, therefore, the appellants would be liable for damage "naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind", all of which he regarded as predictable heads of liability against which the relevant exemptions contained in the bills of lading could operate and which the contracting parties necessarily had in mind in agreeing to the terms of the contract. In addition, the presence of "negligence" in other clauses and its absence from Clause 8 was found to be significant. The issues were whether the *Canada Steamship* tests for the construction of an exclusion clause applied in light of *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, wherein the Supreme Court of Canada held that the doctrine of fundamental breach of contract did not displace an exclusion of liability clause, but rather, that the language of such a clause must be given its natural and true construction; and, if the *Canada Steamship* tests were applicable, whether the Trial Judge erred in applying them to the construction of Clause 8.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The tests in *Canada Steamship* have not been displaced by *Hunter Engineering* and therefore Clause 8 of the present contracts for the carriage of goods by sea had to be construed in the light of those tests.

*chefs de responsabilité autres que la négligence et présumés en common law, savoir les dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent — La garantie implicite du bon état de navigabilité du navire expose les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel au-delà de la négligence, auquel s'appliquerait aussi la clause 8.*

Appel formé contre le jugement de première instance qui accorde des dommages-intérêts pour la perte partielle d'une cargaison de bois et conclut que cette perte n'était pas exonérée par le contrat d'affrètement. La cargaison était transportée en pontée conformément aux stipulations expresses des connaissements, lesquels comportaient une clause (clause 8) exonérant le transporteur de toute responsabilité en cas de perte ou d'avarie de la cargaison en pontée, quelle qu'en soit la cause. Le juge de première instance a conclu que la perte tenait à la négligence du capitaine, et que la clause 8 n'exonérait pas de la responsabilité pour négligence. Il a appliqué le troisième critère d'interprétation défini par l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, savoir que si les termes employés sont suffisamment généraux dans leur acception ordinaire pour couvrir la négligence des employés, la juridiction saisie doit examiner si la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence. Le juge de première instance a conclu que pareille «cause» a été dégagée par la jurisprudence concernant les transporteurs publics, lesquels sont «en common law, présumés responsables de toute perte ou avarie». À part la négligence, les appelants seraient donc «responsables des dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent», autant de catégories de dommages prévisibles auxquels les exonérations pertinentes du connaissance pourraient s'appliquer et que les parties contractantes avaient nécessairement à l'esprit lorsqu'elles ont accepté les conditions du contrat. En outre, la présence du terme «négligence» dans d'autres clauses, alors qu'il est absent de la clause 8, a été jugée significative. Il échet d'examiner si les critères définis par la jurisprudence *Canada Steamship* pour l'interprétation de la clause d'exonération sont encore applicables depuis l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, par lequel la Cour suprême du Canada a jugé que la doctrine de l'inexécution fondamentale ne se substitue pas à la clause d'exonération de responsabilité, mais qu'il faut donner des termes d'une telle clause une interprétation naturelle et juste; et, au cas où ces critères seraient applicables, si le juge de première instance a commis une erreur en les appliquant à l'interprétation de la clause 8.

*Arrêt*: il faut rejeter l'appel.

Les critères définis dans *Canada Steamship* n'ont pas été déplacés par *Hunter Engineering*; par conséquent, la clause 8 des contrats de transport maritime de marchandises en question doit être interprétée à la lumière de ces critères.

The tests in *Canada Steamship* were not mentioned in *Hunter Engineering*, which addressed the use of fundamental breach in the context of enforcing an exclusion clause. Such was not the issue herein. Moreover, the rejection of the fundamental breach doctrine in that case was expressly based on the 1980 decision of the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* There is no indication in subsequently decided English cases that the *ratio* of that decision is now to be applied in preference to the tests in *Canada Steamship*. Indeed English and Canadian courts have continued to apply those tests to the construction of a broadly worded exclusion clause in a contract that did not expressly exclude liability for negligence.

In *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, which applied *Hunter Engineering*, the Federal Court of Appeal determined that an exclusion clause which excluded liability for "any damage (howsoever caused) to the goods" had effectively excluded liability for negligence, although "negligence" was not expressly mentioned. But the contract therein was not a contract for the carriage of goods by sea *per se*, but a form of forwarding contract. The defendant was not burdened with the obligations imposed at common law upon a carrier by sea for safe carriage and delivery and seaworthiness.

The Hague Rules did not apply herein because the definition of "goods" in Article 1(c) exempts any cargo which the contract of carriage states is carried on deck. Therefore the appellants were subject to the obligations of a carrier by sea at common law unless those obligations were modified by the contracts in issue.

The unlikelihood that one party to a contract would intend to absolve the other from negligent performance of the contract appears to lie at the root of the *Canada Steamship* tests. Therefore, the question was whether there were heads of liability at common law other than negligence imposed upon a carrier of goods by sea. In general terms, such a carrier incurs "the same liability as a common carrier in respect of loss or damage to the goods". Apart from statute and subject to the terms of the contract, the carrier undertakes to carry the goods at his own absolute risk, with the exception of loss or damage caused by acts of God or of the Queen's enemies or inherent defect in the goods themselves or default of the shipper. In addition, the carrier impliedly undertakes that the ship is seaworthy unless relieved of that obligation by a term of the contract. By this undertaking the carrier ensures that the ship is fit both to encounter the perils of the voyage and to receive and carry the cargo safely. The tests in *Canada Steamship* and *ITO* are particu-

Les critères dégagés dans *Canada Steamship* ne sont mentionnés nulle part dans *Hunter Engineering*, où se posait la question du recours à la doctrine de l'inexécution fondamentale pour appliquer une clause d'exonération. Tel n'est pas le cas en l'espèce. De plus, le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale dans l'affaire citée était expressément fondé sur la décision rendue en 1980 par la Chambre des lords dans *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* Il n'y a dans la jurisprudence d'Angleterre subséquente aucune indication que le raisonnement adopté dans cette décision doit maintenant être appliqué de préférence aux critères dégagés dans *Canada Steamship*. En effet, les juridictions anglaises et canadiennes ont continué à appliquer ces derniers dans l'interprétation de la clause d'exonération couchée en termes généraux dans les contrats qui n'excluaient pas expressément de la responsabilité pour négligence.

Dans *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, la Cour d'appel fédérale, appliquant la jurisprudence *Hunter Engineering*, a conclu qu'une clause qui excluait la responsabilité en cas de «dommage (causé de quelque manière que ce soit) [aux biens]» exonérait effectivement de la responsabilité pour négligence bien que le terme «négligence» n'y figurât pas. Cependant, le contrat en cause dans cette affaire n'était pas un contrat de transport maritime de marchandises proprement dit, mais une forme de contrat de réexpédition. La défenderesse n'était pas soumise à l'obligation imposée en common law au transporteur maritime, savoir l'obligation de transport et livraison en bon état et de garantie de navigabilité.

Les Règles de la Haye ne sont pas applicables puisque la définition de «marchandises» à l'article 1c) exclut toute cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée. Les appelants étaient donc tenus aux obligations de common law du transporteur maritime, sauf dérogation expresse dans les contrats en question.

À l'origine des critères dégagés dans *Canada Steamship*, il y a le fait qu'il est hautement improbable qu'une partie entende absoudre l'autre partie de toute négligence dans l'exécution du contrat. En conséquence, se pose la question de savoir s'il y a en common law un ou des chefs de responsabilité autres que la négligence, dont doit répondre le transporteur maritime de marchandises. En termes généraux, ce transporteur répond «de la même responsabilité qu'un transporteur public en cas de perte ou d'avarie». La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents des marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur. En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire, à moins d'être libéré de cet engagement par une stipulation du contrat. Par cet engagement, il garantit que le navire peut à la fois affronter les périls du voyage et recevoir et transpor-

larly applicable to the construction of an exclusion clause in a contract for the carriage of goods by sea, wherein carriers are exposed to liability for loss of goods that is in addition to that of negligence.

Although the word “negligence” does not appear in Clause 8 of the bills of lading, the language of Clause 8 is broad enough to exclude negligence. Given the context of the contracts, Clause 8 was not intended to exclude liability for negligence but for other heads of liability imposed on the appellants at common law i.e. “damage that is naturally concomitant with deck stowage including damage by seawater, rain or wind”. Liability for this type of damage is “other than that of negligence” and is not “so fanciful or remote that the proferens [the person in whose favour the clause is made] cannot be supposed to have desired protection against”. The parties must have contemplated the possibility of such situations. In addition, the implied warranty of seaworthiness exposed the appellants to another potential head of liability that was quite apart from negligence. This, too, constituted a head of liability to which Clause 8 would apply.

ter la cargaison en toute sécurité durant le voyage. Les critères dégagés par les jurisprudences *Canada Steamship* et *ITO* sont éminemment applicables à l’interprétation d’une clause d’exonération dans un contrat de transport de marchandises par mer, contrat qui tient le transporteur responsable des pertes et avaries sans qu’il y ait négligence de sa part.

Bien que le terme «négligence» ne figure pas à la clause 8 des connaissements en question, la formulation de cette clause est suffisamment large pour exclure la négligence. Étant donné le contexte de ces contrats, cette clause ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence, mais d’autres chefs de responsabilité que la common law impose aux appelants, c’est-à-dire les «dommages naturellement liés à l’arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l’eau de mer, la pluie ou le vent». La responsabilité pour ce type d’avaries est la responsabilité tenant à «une autre cause que la négligence» et cette autre cause ne doit pas être «si ténue ou lointaine qu’on ne puisse supposer que le [bénéficiaire] ait voulu s’en garantir». Ces éventualités doivent être considérées comme ayant été prévues par les parties. En outre, la garantie implicite du bon état de navigabilité du navire expose les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel au-delà de la négligence. Il s’agit là aussi d’un chef de responsabilité auquel s’appliquerait la clause 8.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, s. 2, Sch.

*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August, 1924 (“Hague Rules”), Art. 1(c), 3(1).

*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*, Brussels, 25 August 1924 (Brussels, 23 February, 1968) (“Visby Rules”).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192 (P.C.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.); *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»), art. 1c), 3(1).

*Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, art. 2, ann.

*Protocole portant modification de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance*, Bruxelles, 25 août 1924 (Bruxelles, 23 février 1968) («Règles de Visby»).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192 (C.P.); *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; *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.); *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE D’AVEC:

*Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; (1989), 57 D.L.R. (4th) 321;

[1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 F.C. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 10 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)); *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.); *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697; *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); aff'd [1905] Com. Cas. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Co. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 239 (C.A.); *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512; [1991] 4 W.W.R. 266; 54 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (Ont. C.A.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (B.C.C.A.), [1995] 3 W.W.R. 324; (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 55; 20 B.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68; 135 D.L.R. (4th) 443; [1996] 7 W.W.R. 163; 38 Alta. L.R. (3d) 408 (C.A.); *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.); *MacKay v. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Canadian Code of Safe Practice for Ships Carrying Timber Deck Cargoes*. Ottawa: Canadian Marine Transportation Administration, 1974.  
*Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. by R. Colinvaux. Vol. 1. London: Stevens & Sons, 1982.  
*Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*. Paris: Larousse, 1995, "métacentre".  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 43. London: Butterworths, 1983.

[1989] 3 W.W.R. 385; 35 B.C.L.R. (2d) 145; 92 N.R. 1; *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*, [1996] 2 C.F. 36; (1995), 192 N.R. 118 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 10 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)); *Alderslade v. Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.); *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.); *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697; *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.); *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); conf. par [1905] Com. Cas. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.); *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.); *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.); *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Co. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 239 (C.A.); *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512; [1991] 4 W.W.R. 266; 54 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (C.A. Ont.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (C.A.C.-B.), [1995] 3 W.W.R. 324; (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 55; 20 B.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68; 135 D.L.R. (4th) 443; [1996] 7 W.W.R. 163; 38 Alta. L.R. (3d) 408 (C.A.); *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.); *MacKay c. Scott Packing and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. by R. Colinvaux. Vol. 1. London: Stevens & Sons, 1982.  
*Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*. Paris: Larousse, 1995, «métacentre».  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 43. London: Butterworths, 1983.  
*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, Vol. 5(1). London: Butterworths, 1993.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, Vol. 5(1).  
London: Butterworths, 1993.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Oxford University Press, 1973, "metacentre".

*Recueil canadien de règles de pratiques pour la sécurité des navires transportant des cargaisons de bois en pontée*. Ottawa: Administration canadienne du transport maritime, 1974.

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Oxford University Press, 1973, «metacentre».

APPEAL from trial judgment (*Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 11 (F.C.T.D.)) allowing a claim for damages for part of a cargo of lumber that was lost from the deck of the *Beltimber*, and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. Appeal dismissed.

APPEL contre le jugement de première instance (*Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée c. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 11 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) qui a accordé des dommages-intérêts pour la perte partielle d'une cargaison de bois transportée sur le pont du *Beltimber*, et conclu que cette perte n'était pas exclue par le contrat d'affrètement. Appel rejeté.

APPEARANCES:

*Nick J. Spillane* for appellants.  
*J. Kenrick Sproule* for respondents.

ONT COMPARU:

*Nick J. Spillane* pour les appelants.  
*J. Kenrick Sproule* pour les intimées.

SOLICITORS OF RECORD:

*McMaster Gervais*, Montréal, for appellants.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McMaster Gervais*, Montréal, pour les appelants.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour les intimées.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

[1] STONE J.A.: This appeal is from a judgment of Noël J. dated April 23, 1996 in an action in admiralty,<sup>1</sup> allowing a claim for damages for part of a cargo of lumber that was lost overboard from the deck of the ship *Beltimber* in December 1991 and holding that the loss was not excluded by the contract of affreightment. The cargo was shipped from Nanaimo, British Columbia, to Antwerp, Belgium, under two identical bills of lading which contained an exclusion clause. At the time of the carriage the ship was owned by the first appellant and was time chartered to the third appellant. The parties agreed at trial that those respondents were "both bill of lading carriers" and in the event the carriers were found to be responsible for the damages claimed "that they are jointly and severally liable to pay the damages".<sup>2</sup>

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il y a en l'espèce appel formé contre le jugement rendu le 23 avril 1996 par le juge Noël dans une affaire de droit maritime<sup>1</sup> pour allouer des dommages-intérêts à la suite de la perte partielle en mer en décembre 1991 d'une pontée de bois à bord du navire *Beltimber* et conclure que la perte n'était pas exclue par le contrat d'affrètement. Cette cargaison était transportée de Nanaimo (Colombie-Britannique) à Anvers, (Belgique), sous deux connaissements identiques comportant l'un et l'autre une clause d'exonération de responsabilité. Au moment du transport en question, la première appelante était la propriétaire du navire, et la troisième appelante, l'affréteur en time-charter. Les parties sont convenues en première instance que ces deux étaient «l'une et l'autre transporteurs sous connaissement» et qu'au cas où les transporteurs seraient trouvés responsables des avaries alléguées, «ils seraient solidairement tenus des dommages-intérêts»<sup>2</sup>.

### The decision at trial

[2] The facts surrounding the loading, stowing and carrying of the cargo on the ship's deck are not disputed. The cargo was shipped in pre-slung modules, two packages high and two packages wide. It was stowed by the agent of the third appellant (C.T. Co.), whose basic method of stowing on hatch No. 4 was described by Noël J. as follows:<sup>3</sup>

The stow on hatch no. 4 was 10 layers of packages high, corresponding to a total height above the hatch cover of approximately 6.7 m. Thus, the total height of the stow above the weather deck was just under 9.5 m. The first two layers of lumber packages atop hatch no. 4 (first layer of modules) were stowed in a fore and aft direction, in line with the vessel. The next two layers were stowed athwartships, and ran the full width of the hatch cover. The packages in the top six layers (the top 3 module layers) were stowed in a fore and aft direction and were bricklaid in this direction to avoid stacking them in columns. Small angular restraints (approximately 2.5 ft high) called "lumber chocks" were placed along the edge of the hatch coaming to restrain the movement of the bottom tier of cargo. Two by six inch dunnage was used between package layers 2 and 3 (module layers 1 and 2) and between package layers 6 and 7 (module layers 3 and 4) to bind the stow and ensure the transfer of weight from the upper packages to the lower packages. There were several plastic-wrapped packages stowed athwartships in the second module layer, and there were some plastic-wrapped packages stowed fore and aft on the bottom module layer (resting on the hatch cover). There were plastic-wrapped packages on the wings or outer portions of the stow. The fact that some packages were plastic-wrapped was not taken into account by C.T. Co. in the stowage, nor was it taken into account by the Captain of the Beltimber in his evaluation of the stow. [Footnotes omitted.]

The cargo was secured with lashing material that consisted of chains, links, turnbuckles and eyepads, all of which was supplied by C.T. Co. As Noël J. found:<sup>4</sup>

The stow on hatch no. 4 had 10 pairs of chains (lashings). Because the deck lashing terminals were spaced 1.5 m. apart, there was a lashing every 1.5 m. around the stow. As a result, some of the bundles that were stowed athwartships would not have direct contact with any chains. There were

### Le jugement de première instance

[2] Les faits relatifs au chargement, à l'arrimage et au transport de la cargaison en pontée ne sont pas contestés. Cette cargaison était transportée sous forme de modules pré-élingués, consistant en deux paquets en hauteur et deux paquets sur le plan horizontal. Elle a été arrimée par le mandataire de la troisième appelante (C.T. Co.), dont la méthode d'arrimage sur le panneau d'écoutille n° 4 a été décrite par le juge Noël en ces termes<sup>3</sup>:

La cargaison sur le panneau d'écoutille n° 4 consistait en un paquet de 10 étages de haut qui s'élevait d'environ 6,7 m au-dessus du panneau. La hauteur totale de la cargaison s'élevait donc à environ 9,5 m au-dessus du pont exposé. Les deux premiers étages des paquets de bois sur le panneau d'écoutille n° 4 (premier étage du module) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire. Les deux étages suivants étaient arrimés transversalement au navire et couvraient toute la largeur du panneau. Les paquets composant les six étages supérieurs (3 étages supérieurs du module) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire et posés comme des briques dans cette direction pour ne pas qu'ils soient empilés en colonne. De petits dispositifs de retenue en angle (d'environ 2,5 pi de haut) appelés chaumards ont été placés le long des hiloires d'écoutille afin d'empêcher que le plan inférieur de la cargaison ne bouge. Un fardage de 2 po. sur 6 po. a été utilisé entre le deuxième et le troisième étages du paquet (premier et deuxième étages du module) et entre le sixième et septième étages du paquet (troisième et quatrième étages du module) afin d'assujettir la cargaison et d'assurer le transfert de poids des paquets supérieurs aux paquets inférieurs. Plusieurs paquets du deuxième étage étaient emballés dans du plastique et arrimés transversalement au navire, alors que d'autres paquets emballés dans du plastique à l'étage inférieur du module (sur le panneau d'écoutille) étaient arrimés dans le sens longitudinal du navire. Il y avait des paquets emballés dans du plastique sur les ailes ou la partie extérieure de la cargaison. La C.T. Co. n'a pas tenu compte pour l'arrimage du fait que certains paquets avaient été emballés dans du plastique, pas plus que le capitaine du Beltimber dans son évaluation de la cargaison. [Notes de bas de page occultées.]

La cargaison était arrimée au moyen de saisines composées de chaînes, de maillons, de ridoirs et de pitons à œil, le tout fourni par C.T. Co. Voici ce qu'a constaté le juge Noël à ce sujet<sup>4</sup>:

La cargaison sur l'écoutille n° 4 comportait dix paires de chaînes (saisines). Comme les points d'ancrage sur le pont étaient espacés de 1,5 m., il y avait une saisine à tous les 1,5 m. autour de la cargaison. Il en résulte que certains paquets arrimés transversalement n'auraient pas été en

no chains in a fore and aft direction. Packages stowed on the outer edges (fore and aft) of the stow would also not have been in contact with any chains. [Footnote omitted.]

[3] The *Canadian Code of Safe Practice for Ships Carrying Timber Deck Cargoes* of July 1, 1974 (the Code)<sup>5</sup> and the C.T. Co.'s own Standard Operating Procedures were in evidence. These latter procedures provided in section 16(c) that: "Whenever practical or possible the stow should . . . [have] packages alternated fore and aft and athwartships above the hatch in order to interlock, however, the top two packages should always be fore and aft" and that the "deck stow should also be 'brick-laid' in the fore and aft direction to avoid stacking of packages in a column". The same paragraph contained the advice that there be "one or more non-adjacent tiers stowed athwartships when above the hatches to produce a binding effect within the cargo". Noël J. commented on these requirements as follows in the light of the evidence of Captain Day, a witness called by the appellants:<sup>6</sup>

The logic behind the codification, insofar as it relates to the notion that athwartship packages should not be stowed adjacent to one another, is obvious. Athwartship packages stowed in adjacent layers have a greater propensity to be propelled out of a stow in the event of a severe roll because they rest on each other end to end in the direction of the movement thereby increasing their susceptibility to skid out. Although Captain Day did not say so explicitly, I take it from his testimony that this concern would somehow have been alleviated by the advent of specialized ships and bonded packages of uniform size.

. . .

The packages of timber were loaded in modules, two packages in width and two packages in height which, once deposited on board the ship, formed a single "tier" according to the interpretation given to the Code on the West Coast. While this practise gives rise to obvious efficiencies, it also has significant repercussions on the composition of the stow. The first is that dunnage can only be placed between every second layer of packages, that is on the top of each module. In the case at hand, the evidence reveals that dunnage was only placed between the second and third layer of packages and between the sixth and seventh layer

contact direct avec les chaînes. Aucune chaîne n'avait été placée dans le sens longitudinal du navire. Les paquets arrimés sur les côtés extérieurs (dans le sens longitudinal) de la cargaison n'auraient pas été non plus en contact direct avec les chaînes. [Note de bas de page occultée.]

[3] *Le Recueil canadien de règles de pratiques pour la sécurité des navires transportant des cargaisons de bois en pontée* du 1<sup>er</sup> juillet 1974 (le Recueil)<sup>5</sup> et le propre règlement de manutention de C.T. Co. ont été produits en preuve. Celui-ci prévoit en son alinéa 16(c) que: «dans la mesure du possible, l'arrimage doit être à niveau avec des paquets alternant de façon longitudinale et transversale sur l'écouille pour un effet de verrouillage; toutefois, les deux paquets supérieurs doivent toujours être placés dans le sens longitudinal» et que «la cargaison en pontée doit aussi être placée "en forme de briques" de l'avant à l'arrière afin d'éviter l'empilage de paquets dans une colonne». Le même alinéa comporte aussi cette recommandation: «il est conseillé d'arrimer transversalement un ou plusieurs plans non adjacents au-dessus des écoutilles pour consolider la pontée». Le juge Noël a fait l'observation suivante au sujet de ces prescriptions, à la lumière du témoignage du capitaine Day, témoin cité par les appelants<sup>6</sup>:

La logique qui sous-tend la codification est évidente, dans la mesure où elle porte sur l'idée que les paquets transversaux ne devraient pas être arrimés de façon adjacente l'un à l'autre. Les paquets transversaux arrimés en étages adjacents ont fortement tendance à être propulsés à l'extérieur d'un arrimage dans le cas d'un mouvement de roulis important parce qu'ils reposent l'un sur l'autre, d'un côté à l'autre dans le sens du mouvement, ce qui augmente le risque de ripage. Bien que le capitaine Day ne l'ait pas dit de façon aussi explicite, je déduis de son témoignage que cette préoccupation a été quelque peu allégée par l'arrivée de navires spécialisés et de paquets frettés de taille uniforme.

[. . .]

Les paquets de bois ont été chargés en modules, deux paquets en largeur et deux paquets en hauteur, et une fois placés sur le navire, ils formaient un seul «plan» selon l'interprétation du Recueil sur la côte ouest. Bien que cette pratique présente des avantages d'efficacité indéniables, elle a également d'importantes répercussions sur la composition de l'arrimage. La première étant que le fardage ne peut être placé qu'entre chaque deuxième étage de paquets, c'est-à-dire sur chaque module. En l'espèce, la preuve révèle que le fardage n'a été placé qu'entre le deuxième et troisième étages des paquets et entre le sixième et le septième étages

of packages. The second is that the ability to bind the stow by bricklaying layers of fore and aft packages with athwartships layers is severely compromised. Indeed, as the stow in issue demonstrates, only one module out of five can be placed athwartships. This is because, as pointed out by Captain Day, the top two modules must always remain in the fore and aft position. As otherwise the Code requires that no two modules be placed athwartships in an adjacent position, and as the bottom module must also remain in a fore and aft direction, it follows that only the second and third modules from the bottom can be placed in an athwartship direction. . . . The third and more significant repercussion stemming from the change in practice is that it allows for the loading of athwartship packages adjacent to one another across the width of the stow in circumstances where no dunnage can be inserted between these packages, as again occurred in the case at hand. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[4] After discharging other cargoes at Portsbury, England, and then at Brake, Germany, the *Beltimber* departed Brake for Antwerp with only the respondents' cargo remaining on deck. Noël J. found that at the time of departure the *Beltimber* had a GM of 4.69 metres<sup>7</sup> which rendered her "stiff" in that her rotation was "short" and "fast" and the rolling period of eight seconds duration. He characterized the effects of this condition on the cargo in the light of the evidence of Captain Knott and Captain Paines, expert witnesses called by the respondents and the appellants, respectively, as follows:<sup>8</sup>

A stiff ship suffers from excessive stability and according to Captain Knott, a GM of 4.69 m. is adversely large by any standard and a rolling period of 8 seconds can be described as vicious. Indeed, it is said to create a whiplash effect when the roll of the ship reverts from starboard to port. As pointed out by Captain Paines, a stiff ship will, by virtue of its rapid roll, impart a dynamic force onto its cargo and lashings. The higher the cargo stands from the ship's centre of gravity, the faster the movement imparted by the roll, and the greater the dynamic forces acting on the lashings. It will be recalled that when the *Beltimber* sailed from Brake, the cargo on the No. 4 hatch was an 850 metric tonne block of cargo which was made of some 553 individual packages. It was no longer surrounded by other cargo either fore or aft and stood approximately at mid ship, some 9.5 m. in height above the weather deck. [Emphasis added; footnote omitted.]

des paquets. La deuxième est que la capacité de lier l'arrimage est gravement compromise si l'on place, comme des briques, des étages de paquets longitudinaux et transversaux. En effet, comme l'arrimage en cause le montre, seul un module sur cinq peut être placé transversalement. Cela est dû, comme l'affirme le capitaine Day, au fait que les deux modules supérieurs doivent toujours demeurer dans une position longitudinale. Comme le *Recueil* stipule par ailleurs qu'il est interdit de placer deux modules dans le sens transversal en position adjacente, et que le module inférieur doit toujours demeurer dans le sens longitudinal, il s'ensuit que seul le deuxième ou le troisième module à partir du bas peut être placé en travers. En fait, la cargaison sur l'écouille n° 4 a été arrimée en fonction de cette contrainte, autrement dit seul le deuxième module du bas a été placé dans le sens transversal. La troisième et plus importante répercussion qui découle du changement de pratique est qu'elle permet le chargement de paquets transversaux de façon adjacente l'un à l'autre tout au long de l'arrimage dans des cas où aucun fardage ne peut être placé entre ces paquets, comme en l'espèce. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page occultées.]

[4] Après avoir déchargé les autres cargaisons à Portsbury, en Angleterre, puis à Brake, en Allemagne, le *Beltimber* a mis le cap sur Anvers, avec juste la cargaison des intimées à bord. Le juge Noël a conclu qu'à son départ de Brake, le navire avait un GM de 4,69 mètres<sup>7</sup>, ce qui en faisait un navire «fort de côté» en ce que le roulis était «court» et «rapide», la période de roulis étant de 8 secondes. Il a relevé en ces termes l'effet de cet état de choses sur la cargaison, à la lumière du témoignage du capitaine Knott et du capitaine Paines, experts respectivement cités par les intimées et les appelants<sup>8</sup>:

Un navire fort de côté souffre d'une stabilité excessive et, selon le capitaine Knott, un GM de 4,69 m est trop élevé, quelle que soit la norme utilisée, et une période de roulis de 8 secondes peut être décrite comme étant dangereuse. En effet, l'on dit qu'elle crée un mouvement de coup de fouet lorsque le roulis du navire passe de tribord à bâbord. Comme l'a expliqué le capitaine Paines, un navire fort de côté impose, du fait de son roulis rapide, des forces vives sur sa cargaison et ses saisines. Plus la cargaison s'éloigne du centre de gravité du navire, plus le mouvement provoqué par le roulis est rapide, et plus les forces dynamiques agissant sur les saisines sont grandes. Il convient de rappeler que, lorsque le *Beltimber* a quitté Brake, la cargaison sur l'écouille n° 4 était un bloc de cargaison de 850 tonnes métriques composé de près de 553 paquets individuels. Elle n'était plus entourée par un chargement à l'avant ou à l'arrière et se trouvait à peu près au milieu du navire, à une hauteur de 9,5 m au-dessus du pont exposé. [Non souligné dans l'original; note de bas de page occultée.]

Noël J. also found that the ship's master had not bothered to obtain weather forecasts before departing Brake because in the words of the master with a ship of this size, "we sail no matter what".<sup>9</sup> On December 26, 1991 during this leg of the voyage, in high wind and heavy seas, the cargo was lost overboard. After carefully examining the evidence, Noël J. concluded that the loss was caused by the negligence of the master.<sup>10</sup>

Having regard to the forecast conditions, the historical weather data, the state of the cargo, the vessel's GM, its bow profile, and the constricted waters that were ahead of him, Captain Pettersen made a navigational error when he left Brake in the circumstances that he did. In my view, a competent master properly informed as to the weather would either have stayed in port or reconfigured the cargo as Captain Knott suggested be done. Captain Pettersen further disregarded the preservation of the on-deck cargo when, after he became aware of the continued weather deterioration, he persisted on his course into the constricted waters of the T.S.S. [German Bight Traffic Separation Scheme] rather than heading into the North Sea where he could have brought his vessel head to wind.

It is apparent from the evidence that the only reservation which Captain Pettersen had about sailing in bad weather was dictated by the capability of his ship to navigate. In his words, the *Beltimber* could sail no matter what. This type of thinking is consistent with my finding that Captain Pettersen gave no consideration to the preservation of the cargo for which he was responsible. In my opinion, Captain Pettersen acted negligently when he decided to leave Brake in the circumstances that he did and thereafter in maintaining his course after he became aware that the weather was in fact deteriorating severely. Captain Pettersen knew or ought to have known that he was thereby putting the on-deck cargo in peril. His decision to sail from Brake and thereafter to maintain his course is the direct cause of the loss of the cargo. [Footnote omitted.]

[5] In view of the condition of the lashings as found upon survey after the *Beltimber* arrived at Antwerp, Noël J. concluded that there had been a gradual deterioration of the stow just prior to the loss. He specifically found:<sup>11</sup>

The evidence however shows that not a single lashing component fractured or broke. Only one pear link was found to have elongated. This very localized damage is not consistent with dynamic forces uniformly exerted on every

Le juge Noël a également pris acte de ce que le capitaine ne s'était pas donné la peine d'obtenir les prévisions météorologiques avant d'appareiller de Brake car, de la bouche même de celui-ci, «un navire de cette taille part [. . .] quelles que soient les conditions»<sup>9</sup>. Le 26 décembre 1991, durant cette étape du voyage, la cargaison a été perdue par-dessus bord par vents forts et grosse mer. Après avoir examiné attentivement les témoignages à ce sujet, le juge Noël a conclu que la perte tenait à la négligence du capitaine<sup>10</sup>:

Compte tenu des conditions météorologiques annoncées, des données météorologiques antérieures, de l'état de la cargaison, du GM du navire, du profil de la proue et des eaux achalandées qui l'attendaient, le capitaine Pettersen a fait une erreur de navigation lorsqu'il a quitté Brake dans les conditions où il l'a fait. À mon avis, un capitaine compétent bien informé sur le temps serait resté dans le port ou aurait reconfiguré la cargaison comme l'a suggéré le capitaine Knott. Le capitaine Pettersen n'a pas non plus protégé la cargaison en pontée lorsque, une fois conscient de la détérioration continue des conditions météorologiques, il a maintenu son cap vers les eaux achalandées du dispositif de séparation du trafic plutôt que de se diriger vers la mer du Nord où il aurait pu amener son navire cap au vent.

Il ressort de la preuve que la seule réserve du capitaine Pettersen pour naviguer dans des conditions d'intempéries était dictée par la capacité du navire à naviguer. Selon lui, le *Beltimber* pouvait naviguer, quelles que soient les conditions. Ce type de raisonnement rejoint ma conclusion selon laquelle le capitaine Pettersen ne s'est pas préoccupé de la protection de la cargaison dont il était responsable. Il me semble que le capitaine Pettersen a fait preuve de négligence lorsqu'il a décidé de quitter Brake dans les conditions où il l'a fait et par la suite, et lorsqu'il a maintenu le cap après avoir compris que les conditions météorologiques se détérioraient en fait très gravement. Le capitaine Pettersen savait, ou aurait dû savoir, qu'il mettait ainsi en danger la cargaison en pontée. Sa décision de quitter Brake et ensuite de maintenir son cap est la cause directe de la perte de la cargaison. [Note de bas de page occultée.]

[5] Vu l'état des saisines tel qu'il a été constaté à l'inspection du *Beltimber* à son arrivée à Anvers, le juge Noël a conclu qu'il y avait détérioration graduelle de l'arrimage juste avant la perte. Il a fait en particulier la constatation suivante<sup>11</sup>:

La preuve montre toutefois qu'aucun élément constituant des saisines ne s'est rompu ou brisé. Une seule maille en poire accusait un allongement. Ce dommage très localisé ne va pas de pair avec les forces vives qui auraient été exercées

lashing, as they would be in a unitized stow. It indicates that a localized force was exerted on one lashing, which could only have occurred as the stow began to break up. In this respect, I accept Captain Knott's opinion to the effect that the generally intact and unbroken state of the lashing suit suggests that there was a gradual deterioration of the stow. This deterioration probably began with the slippage of one or two packages out of the stow due to the very heavy rolling and pitching motion of the Beltimber, followed by a rapid domino-like disintegration of the stow as the rapid roll of the ship propelled the packages into the sea. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[6] Each of the bills of lading was stamped on its face with the words "on deck at shipper's risk" and included the following as Clause 8 on its reverse side:<sup>12</sup>

8. The Carrier shall be at liberty to cause goods to be stowed, either in whole or in part, on deck. Goods may be stowed in poop, forecabin, deck house, shelter deck, passenger space or any other covered-in space commonly used in the trade for the carriage of goods, and when so stowed shall be deemed for all purposes to be stowed under deck. Goods stowed on deck shall be at all times and in every respect at the risk of the Shipper/Consignee. The Carrier shall in no circumstances whatsoever be under any liability for loss of or damage to deck cargo, howsoever the same be caused except that, in the event of jettison of deck cargo, there shall in that respect be a right of contribution in general average in favour of any party interested in the adventure.

The principal issue at trial was whether Clause 8 of the bills of lading immunized the appellants from liability for the loss. The appellants' argument that it did was rejected by Noël J., who concluded after a review of the authorities that this broad clause did not exclude liability for negligence. The issue in this appeal is whether he erred in so concluding.

[7] Noël J.'s conclusion that the language employed in Clause 8 did not exclude negligence was based upon a line of English and Canadian authorities, beginning with *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*<sup>13</sup> and ending with *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*<sup>14</sup> In

de façon uniforme sur chaque saisine si l'arrimage avait été unitisé. Il est ainsi montré qu'une force localisée a été exercée sur une saisine, ce qui aurait pu se produire quand l'arrimage s'est défait. À cet égard, j'accepte l'avis du capitaine Knott selon lequel l'état, en général, intact et inébranlé de l'ensemble des saisines suggère qu'il y a eu une détérioration progressive de l'arrimage. Cette détérioration a probablement commencé avec le glissement d'un ou deux paquets en dehors de l'arrimage du fait du violent mouvement de roulis et de tangage du Beltimber, suivi d'une désintégration rapide de l'arrimage, par une réaction en chaîne, comme le roulis rapide du navire propulsait les paquets dans la mer. [Non souligné dans l'original; notes de bas de page occultées.]

[6] Les connaissements portaient au recto cette mention apposée au tampon: «en pontée au risque du chargeur», et au verso la clause 8 suivante<sup>12</sup>:

8. Le chargeur est libre d'organiser l'arrimage des marchandises, en tout ou en partie, en pontée. Les marchandises peuvent être arrimées dans la dunette, le gaillard, le rouf, le pont-abri, l'espace passagers ou tout autre espace couvert, habituellement utilisé dans la négociation du transport de marchandises, et si elles sont ainsi chargées, elles sont réputées, à toutes fins utiles, chargées en cale. Les marchandises chargées en pontée sont, en tout temps et à tous égards, la responsabilité du chargeur/consignataire. Le chargeur n'assume aucune responsabilité en ce qui concerne la perte ou les dommages de la cargaison en pontée, quelle que soit la façon dont ils sont causés, sauf que, en cas de jet à la mer de la cargaison en pontée, il y aura un droit de contribution en avarie commune en faveur de toute partie concernée par l'opération.

En première instance, le litige portait au premier chef sur la question de savoir si la clause 8 des connaissements exonérait les appelants de toute responsabilité pour la perte. L'argument de ces derniers en ce sens a été rejeté par le juge Noël qui a conclu, à la lumière de la jurisprudence en la matière, que cette clause générale n'exonérait pas de la responsabilité pour négligence. Dans cet appel, il échet d'examiner si cette conclusion était erronée.

[7] La conclusion tirée par le juge Noël que les termes de la clause 8 n'excluaient pas la négligence suit une lignée de jurisprudence anglaise et canadienne allant de l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*<sup>13</sup> à la décision *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*<sup>14</sup>.

*Canada Steamship, supra*, [at page 203] a clause in a warehousing contract excluded liability of the lessor of a shed for “detriment, damage or injury of any nature to . . . goods . . . placed . . . in the . . . shed”. The shed and its contents were destroyed by fire, which was caused by the gross negligence of the lessor’s servants. Lord Morton of Henryton enunciated the following approach for a consideration of such an exclusion clause:<sup>15</sup>

Their Lordships think that the duty of a Court in approaching the consideration of such clauses may be summarized as follows:—

(1) If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (hereafter called “the proferens”) from the consequences of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision. Any doubts which existed whether this was the law in the Province of Quebec were removed by the decision of the Supreme Court of Canada in *The Glengoil Steamship Company v. Pilkington*.

(2) If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the proferens. If a doubt arises at this point, it must be resolved against the proferens in accordance with article 1019 of the Civil Code of Lower Canada: “In cases of doubt, the contract is interpreted against him who has stipulated and in favour of him who has contracted the obligation.”

(3) If the words used are wide enough for the above purpose, the court must then consider whether “the head of damage may be based on some ground other than that of negligence,” to quote again Lord Greene in the *Alderslade* case . . . The “other ground” must not be so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against it; but, subject to this qualification, which is no doubt to be implied from Lord Greene’s words, the existence of a possible head of damage other than that of negligence is fatal to the proferens even if the words used are prima facie wide enough to cover negligence on the part of his servants. [Footnotes omitted.]

He went on to conclude on these tests that the clause in question did not exclude the liability of the lessor for negligence. The same tests<sup>16</sup> were applied by the majority in *ITO—International Terminal Operators, supra*, to exclude liability for negligence of a bailee

Dans *Canada Steamship*, précité [à la page 203] une clause du contrat d’entreposage exonérait le bailleur d’un hangar de la responsabilité pour [TRADUCTION] «le préjudice, le dommage ou les blessures, de quelque nature qu’ils soient, aux [. . .] effets [. . .] placés [. . .] dans le [. . .] hangar». Ce hangar et ce qu’il y avait à l’intérieur furent détruits dans un incendie causé par la faute lourde des employés du bailleur. Lord Morton of Henryton a formulé en ces termes la méthodologie à appliquer pour l’interprétation d’une clause d’exonération de ce genre<sup>15</sup>:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont d’avis que le devoir d’un tribunal qui aborde l’examen de pareilles clauses, peut se résumer comme suit:—

1) Si la clause est libellée de façon à décharger expressément la personne au bénéfice de qui elle est faite (ci-après appelée «le proferens») des conséquences de la négligence de ses propres préposés, il faut appliquer la disposition. La décision de la Cour suprême du Canada dans *The Glengoil Steamship Company c. Pilkington* a fait disparaître tout doute qui pouvait subsister sur l’application de cette règle dans la province de Québec.

2) Si la négligence n’est pas mentionnée expressément, le tribunal doit examiner si les termes employés sont assez généraux, dans leur acceptation ordinaire, pour englober la négligence de la part des préposés du proferens. S’il y a doute à cet égard, il faut le résoudre à l’encontre du proferens conformément à l’article 1019 du Code civil du Bas Canada: «Dans le doute le contrat s’interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l’obligation».

3) Si les termes employés sont assez généraux aux fins mentionnées ci-dessus, il faut que le tribunal examine alors si «la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence,» pour citer de nouveau lord Greene dans l’arrêt *Alderslade*. Cette «autre cause» ne doit pas être si ténue ou lointaine qu’on ne puisse supposer que le proferens ait voulu s’en garantir; mais sauf cette réserve, que l’on peut certainement déduire du texte de lord Greene, l’existence d’une catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence, est fatale au proferens, même si, à première vue, les termes employés sont assez généraux pour englober la négligence de la part de ses préposés. [Notes de bas de page occultées.]

Il a ensuite conclu, à la lumière des critères ci-dessus, que la clause en question n’exonérait pas le bailleur de la responsabilité pour négligence. Les mêmes critères<sup>16</sup> ont été appliqués par la majorité de la Cour suprême dans *ITO—International Terminal Operators*, susmen-

for reward under a warehousing agreement that contained a broadly worded exclusion clause but omitted the word “negligence”.

[8] Similarly, Noël J. was of the view that the language of Clause 8 was not such as to exclude the appellants’ liability for negligence. He regarded the third test of Lord Morton as requiring that he consider whether a head of damage may be based on some ground other than that of negligence because, in the words of the learned Law Lord, “the existence of a possible head of damage other than that of negligence” would be “fatal” to the appellants. Noël J. found that such a “ground” existed in the case law governing common carriers who, in his words, are “strictly liable at common law for any loss or damage”.<sup>17</sup> Apart from negligence, therefore, the appellants would be liable for damage “naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind”,<sup>18</sup> all of which he regarded as “predictable heads of liability against which the relevant exemptions contained in the Bills of Lading could operate and which the contracting parties necessarily had in mind in agreeing to the terms of the contract”.<sup>19</sup> In addition, the presence of the word “negligence” in clauses 9 and 11 of the bills of lading and its absence from Clause 8 was of significance to Noël J. As he put it:<sup>20</sup>

In my view, the use of the word “negligence” in clauses 9 and 11 of the Bills of Lading cuts down the otherwise broad language of clause 8, with the result that it cannot reasonably be construed as exempting the carrier from its negligence or that of its servants.

#### The parties’ submissions

[9] The appellants raise two major arguments against the judgment below. They contend that the *Canada Steamship* tests for the construction of an exclusion clause have been overtaken by the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*<sup>21</sup> In that case the doctrine of fundamental breach of contract was held not to displace an exclusion of liability clause in a contract

tionné, pour exonérer le dépositaire de la responsabilité pour négligence réparable par dommages-intérêts dans le cadre d’un contrat d’entreposage qui comportait une clause d’exonération formulée en termes généraux mais sans qu’il y fût question de «négligence».

[8] De même, le juge Noël pensait que les termes de la clause 8 ne libéraient pas les appelants de la responsabilité pour négligence. À son avis, le troisième critère défini par lord Morton lui imposait d’examiner si un chef d’avarie pouvait avoir une autre cause que la négligence parce que, selon le lord juge, «l’existence d’une catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence» serait «fatale» pour les appelants. Il conclut que pareille «cause» a été dégagée par la jurisprudence concernant les transporteurs publics, lesquels, dit-il, sont «en common law, présumés responsables de toute perte ou dommage»<sup>17</sup>. À part la négligence, les appelants seraient donc «responsables des dommages naturellement liés à l’arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l’eau de mer, la pluie ou le vent»<sup>18</sup>, c’est-à-dire autant de «catégories de responsabilité prévisibles auxquels les exonérations pertinentes du connaissance pourraient s’appliquer et que les parties contractantes avaient nécessairement à l’esprit lorsqu’elles ont accepté les conditions du contrat»<sup>19</sup>. En outre, la présence du terme «négligence» dans les clauses 9 et 11 des connaissements en question, alors qu’il est absent de la clause 8, est significative car, comme le fait observer le juge Noël<sup>20</sup>:

À mon avis, l’utilisation du terme «négligence» dans les clauses 9 et 11 des connaissements restreint le libellé autrement général de la clause 8, et il ne peut donc être raisonnablement interprété comme exonérant le transporteur de sa propre négligence ou de celle de ses préposés.

#### L’argumentation des parties

[9] Les appelants proposent deux principaux arguments contre le jugement de première instance. Ils soutiennent que les critères définis par la jurisprudence *Canada Steamship* pour l’interprétation de la clause d’exonération sont dépassés depuis l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*<sup>21</sup>. Dans cette dernière décision, la Cour suprême du Canada a jugé que la doctrine de l’inexécution fondamentale ne

but, rather, that the scope of such a clause is primarily a matter of construction. Secondly, the appellants submit that, assuming the *Canada Steamship* tests are applicable, Noël J. erred in applying them to the construction of Clause 8. They contend, indeed, that apart from the negligence that was found at trial no other head of damage exists in this case even assuming, as the Trial Judge held, that the appellants' liability to the respondents under the contracts is that of a common carrier. They also argue that given the special roles of clauses 9 and 11, the presence of the word "negligence" therein is not a reliable indication that the parties did not intend to exclude negligence under Clause 8.

[10] The respondents, for their part, submit that the tests in *Canada Steamship*, *supra*, remain good law in Canada as is shown by the decision in *ITO—International Terminal Operators*.<sup>22</sup> They contend, therefore, that Noël J. did not err in approaching the construction of Clause 8 with those tests in view. They argue, in any event, that Noël J. did not err in relying on the wording of clauses 9 and 11 for assistance in construing Clause 8.

#### Analysis

[11] As was noted by Noël J., the application of the Hague Rules<sup>23</sup> to the contracts of carriage in issue was excluded by virtue of Article 1(c) of those Rules, in that the definition of "goods" exempts any "cargo which by the contract of carriage is stated as being carried on deck and is so carried". As we have seen, the face of the bills of lading explicitly stated that the cargo was being "carried on deck" and the cargo was, in fact, so carried. I agree, therefore, that the contracts were not subject to the Hague Rules but that the appellants were subject to the obligations of a carrier by sea at common law unless those obligations were modified by the contracts in issue.

[12] Lord Morton's third test may be of particular application with regard to a contract for the carriage

se substitue pas à la clause d'exonération de responsabilité dans un contrat, mais que la portée d'une telle clause est au premier chef affaire d'interprétation. Les appelants soutiennent en second lieu, qu'à même supposer que les critères définis par *Canada Steamship* soient applicables, le juge Noël a eu tort de les appliquer à l'interprétation de la clause 8. Que, à part la négligence constatée en première instance, il n'y a en l'espèce aucun autre chef d'avarie à même supposer, comme l'a conclu le juge de première instance, que la responsabilité assumée par les appelants vis-à-vis des intimées dans le cadre du contrat soit celle du transporteur public. Et aussi que vu le rôle spécial des clauses 9 et 11, le fait que le terme «négligence» y figure n'est pas une indication fiable que les parties n'entendaient pas exclure la négligence par la clause 8.

[10] De leur côté, les intimées soutiennent que les critères définis dans *Canada Steamship* demeurent applicables au Canada, à preuve la décision *ITO—International Terminal Operators*.<sup>22</sup> Qu'ainsi le juge Noël n'a pas eu tort de les appliquer à l'interprétation de la clause 8. Et qu'en tout cas, il n'a pas eu tort de s'appuyer sur les clauses 9 et 11 pour l'interpréter.

#### Analyse

[11] Ainsi que l'a noté le juge Noël, les contrats de transport en question étaient soustraits à l'application des Règles de La Haye<sup>23</sup> par l'article 1c) de ces dernières, en ce que la définition de «marchandises» exclut toute «cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée». Comme nous l'avons vu, les connaissements dont s'agit indiquaient expressément que la cargaison était «transportée en pontée» et elle l'était effectivement. Je conviens par conséquent que ces contrats n'étaient pas soumis à l'application des Règles de La Haye, mais que les appelants étaient tenus aux obligations de common law du transporteur maritime, sauf dérogation expresse dans les contrats en question.

[12] Le troisième critère défini par lord Morton est peut-être celui qui s'applique plus que tout autre à

of goods by sea where, as here, the nature and extent of a carrier's liability is to be determined by common law principles. Thus the rationale and the effect of this test on a contract for sea carriage need to be examined. The unlikelihood that one party to a contract would intend to absolve the other party from negligent performance of the contract appears to lie at the root of the *Canada Steamship* tests. This is borne out by the cases. In *Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*,<sup>24</sup> for example, Buckley L.J. stated that "it is inherently improbable that one party to a contract should intend to absolve the other party from the consequences of the latter's own negligence". Later, in *The Raphael*, May L.J. expressed himself similarly when he stated:<sup>25</sup>

On the other hand if there is a head of liability upon which the clause could bite in addition to negligence, because it is more unlikely than not that a party will be ready to excuse his other contracting party from the consequences of the latter's negligence, the clause will generally be construed as not covering negligence. [Emphasis added.]

In *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, McIntyre J., after quoting extensively from the reasons of May L.J. including the passage I have just recited, indicated that the matter there before him "should be approached in this fashion".<sup>26</sup>

[13] The question thus becomes: Is there a head, or heads, of liability at common law other than negligence imposed on a carrier of goods by sea? In general terms, such a carrier incurs "the same liability as a common carrier in respect of loss or damage to the goods".<sup>27</sup> Apart from statute and subject to the terms of the contract, the carrier undertakes to carry the goods at his own absolute risk, acts of God or of the Queen's enemies or inherent defect in the goods themselves or default of the shipper alone excepted.<sup>28</sup> In addition, the carrier impliedly undertakes that the ship is seaworthy<sup>29</sup> unless relieved of that obligation by a term of the contract. By this undertaking the carrier ensures that the ship is fit both to encounter the perils of the voyage and to receive and carry the cargo safely on the voyage.<sup>30</sup>

l'égard du contrat de transport maritime de marchandises stipulant que la nature et l'étendue de la responsabilité du transporteur se déterminent à la lumière des principes de common law. Il faut donc examiner la raison d'être de ce critère ainsi que ses effets sur le contrat. À l'origine de ces critères dégagés dans la cause *Canada Steamship*, il y a le fait qu'il est hautement improbable qu'une partie entende absoudre l'autre partie de toute négligence dans l'exécution du contrat. C'est ce qui se confirme au fil des causes. Dans *Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg Ltd. (Third Party)*<sup>24</sup>, le lord juge Buckley fait observer qu'il est [TRADUCTION] «fondamentalement improbable qu'une partie contractante puisse entendre absoudre l'autre partie des conséquences de sa négligence». Subséquemment, dans *The Raphael*, le lord juge May a conclu dans le même sens<sup>25</sup>:

[TRADUCTION] D'autre part, s'il est un chef d'avarie que cette clause pourrait couvrir en sus de la négligence, car il est très improbable qu'une partie soit disposée à excuser l'autre partie des conséquences de sa négligence, cette clause sera normalement interprétée comme ne couvrant pas la négligence. [Non souligné dans l'original.]

Dans *ITO—International Terminal Operators* susmentionné, le juge McIntyre a reproduit de longs passages des motifs prononcés par le lord juge May, dont celui cité ci-dessus, pour conclure que «c'est de cette façon qu'il faut aborder la question [dont il était saisi]»<sup>26</sup>.

[13] La question se pose donc en ces termes: Y a-t-il en common law un ou des chefs de responsabilité autres que la négligence, dont doit répondre le transporteur maritime de marchandises? En termes généraux, ce transporteur répond «de la même responsabilité qu'un transporteur public en cas de perte ou d'avarie»<sup>27</sup>. La loi mise à part et sous réserve des stipulations du contrat, le transporteur s'engage à transporter les marchandises à ses risques exclusifs, sauf le cas fortuit, les actes hostiles des ennemis de la Reine, les défauts inhérents de marchandises elles-mêmes et la faute du chargeur<sup>28</sup>. En outre, il garantit implicitement la navigabilité du navire<sup>29</sup>, à moins d'être libéré de cet engagement par une stipulation du contrat. Par cet engagement, le transporteur garantit que le navire peut à la fois affronter les périls du voyage et recevoir et transporter la cargaison en toute sécurité durant le voyage.<sup>30</sup>

[14] Neither *Canada Steamship, supra*, nor *ITO—International Terminal Operators, supra*, was concerned with the construction of a contractual provision that purported to absolve a carrier of goods by sea from common law liability for loss or damage to the goods. The tests stemming from these cases reveal that they are, indeed, particularly applicable to the construction of an exclusion clause in a contract for the carriage of goods by sea. In *Rutter v. Palmer*,<sup>31</sup> the scope of such a clause was addressed. Scrutton L.J. there referred to the common law liability of a carrier under such a contract in the following terms:<sup>32</sup>

Then there are the cases of contracts for carriage by ship or barge. The owner of the vessel being prima facie liable for the unseaworthiness of his vessel and for negligence of himself and his servants, when the question is how far a clause excepting him from liability, without mentioning either seaworthiness or negligence, will except him from liability for one or the other, the Courts insist more strictly on the liability of the shipowner.

In the same case, Atkin L.J. added the following:<sup>33</sup>

I accept the proposition that if a party to a contract would except himself from liability he must express himself in plain words. There is a class of contracts in which words purporting in general terms to exempt a party from "any loss" or to provide that "any loss" shall be borne by the other party, have been held insufficient to exempt from liability for negligence. Those are contracts by sea or land. The liability of the carrier is not confined to his acts of negligence or those of his servants; it extends beyond liability for negligence; therefore when a clause in the contract exempts the carrier from any loss it may have a reasonable meaning even though the exemption falls short of conferring immunity for acts of negligence. This is the reason at the root of the shipping cases. [Emphasis added.]

It is to be noted as well that *Rutter, supra*, was one of the cases relied on by Lord Greene in *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*,<sup>34</sup> a case that, in turn, was relied upon by Lord Morton in *Canada Steamship, supra*. A sea carrier is thus held to a duty of safe delivery of the goods at destination as well as to the exercise of skill and care; failure of either duty renders him liable for the loss so caused unless it is excluded by the contract.<sup>35</sup> In addition, as we shall see, the carrier is liable for loss caused by a breach of his implied

[14] Ni l'arrêt *Canada Steamship* ni l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* ne portait sur l'interprétation d'une clause contractuelle exonérant le transporteur maritime de marchandises de toute responsabilité en common law en cas de perte ou d'avarie. Il ressort cependant des critères se dégagant de ces précédents qu'ils sont éminemment applicables à l'interprétation d'une telle clause. Dans *Rutter v. Palmer*<sup>31</sup>, où il était question de la portée d'une clause de ce genre, le lord juge Scrutton a évoqué en ces termes la responsabilité en common law du transporteur ayant conclu un tel contrat<sup>32</sup>:

[TRADUCTION] Il y a aussi le cas des contrats de transport par bateau ou barge. Le propriétaire du navire est présumé responsable de la non-navigabilité de celui-ci ainsi que de sa propre négligence et de celle de ses employés, ce qui fait que dans les cas où il s'agit de savoir dans quelle mesure une clause d'exonération de responsabilité, qui ne mentionne ni la non-navigabilité ni la négligence, l'exonérera de la responsabilité pour l'une ou l'autre cause, la justice penche-ra davantage pour la présomption de responsabilité.

Dans la même affaire, le lord juge Atkin a ajouté ce qui suit<sup>33</sup>:

[TRADUCTION] Je conviens que si une partie au contrat entend décliner la responsabilité, elle doit le stipuler expressément. Il est une catégorie de contrats dans lesquels les clauses visant en termes généraux à exonérer une partie de «toute perte» ou à prévoir que «toute perte» sera supportée par l'autre partie, qui a été jugée insuffisante pour exonérer la responsabilité pour négligence. Il s'agit des contrats de transport maritime et terrestre. La responsabilité du transporteur n'est pas limitée à sa négligence ou à celle de ses employés; elle va au-delà de la négligence; il s'ensuit que si une clause du contrat l'exonère de la responsabilité pour toute perte, elle peut avoir un sens bien que l'exonération n'aille pas jusqu'à assurer l'immunité pour les actes de négligence. Tel est le facteur qui est à l'origine des affaires de transport maritime. [Non souligné dans l'original.]

Il y a également lieu de noter que la décision *Rutter* était l'un des précédents sur lesquels lord Greene s'est guidé dans *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*<sup>34</sup>, laquelle décision a été citée par lord Morton dans *Canada Steamship* susmentionné. Le transporteur maritime est ainsi tenu à l'obligation de livrer les marchandises en bon état au lieu de destination, ainsi qu'à l'obligation de compétence et de diligence; le manquement à l'une ou à l'autre le rend responsable de la perte qui en découle, sauf stipulation contraire

warranty of seaworthiness.

[15] I now consider the application of Lord Morton's tests to the present case. The word "negligence" does not appear in Clause 8 of the bills of lading. I agree with Noël J., however, that the language employed in that clause is broad enough to exclude negligence. The question thus becomes whether by that broad language the parties intended to exclude the appellants' negligence. I respectfully agree that given the context of the contracts in question, the language of Clause 8 was not meant to exclude liability for negligence but for other heads of liability imposed on the appellants at common law. Noël J. exemplified such liability as "damage that is naturally concomitant with deck stowage including damage by sea-water, rain or wind". Given the scope of the appellants' common law liability, I agree that liability for this type of damage is, in the words of Lord Morton, a liability "other than that of negligence" and that it is not "so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against". To adopt the words of Lord Keith of Kinkel in *Smith*,<sup>36</sup> applying the *Canada Steamship* tests in another context: "the possibility of such situations must be taken to have been in the contemplation of the parties and not only provides ample content for the clause but casts considerable light on the intention to be gathered from the language used".

[16] It would seem to me, as well, that a carrier by sea at common law is exposed to another potential head of liability beyond that of negligence. I refer to the carrier's implied undertaking of seaworthiness. That obligation has been held to attach at the time of loading and departure on the voyage and at all stages thereof to destination.<sup>37</sup> Liability for its breach is imposed regardless of the carrier's negligence.<sup>38</sup> Noël J. found on the evidence that the cargo was not properly stowed on the ship's deck, that the ship's GM at departure from Brake was too high and that the cargo on No. 4 hatch ought to have been reconfigured

du contrat<sup>35</sup>. En outre, comme nous le verrons *infra*, il est responsable de la perte tenant à son manquement à sa garantie implicite de navigabilité.

[15] J'en viens maintenant à l'application des critères dégagés par le lord Morton aux faits de la cause. Le terme «négligence» ne figure pas à la clause 8 du connaissement. Je conviens cependant avec le juge Noël que la formulation en est suffisamment large pour exclure la négligence. La question se pose dès lors de savoir si par cette formulation générale, les parties entendaient exonérer les appelants de la responsabilité pour négligence. Je conviens qu'étant donné le contexte de ces contrats, la formulation de la clause 8 ne visait pas à exclure la responsabilité pour négligence, mais d'autres chefs de responsabilité que la common law impose aux appelants. Le juge Noël citait à titre d'exemples les «dommages naturellement liés à l'arrimage en pontée, notamment les dommages causés par l'eau de mer, la pluie ou le vent». Étant donné la portée de la responsabilité en common law des appelants, je conviens que la responsabilité pour ce type d'avaries est, pour citer le lord Morton, la responsabilité tenant à [TRADUCTION] «une autre cause que la négligence» et cette autre cause ne doit pas être «si ténue ou lointaine qu'on ne puisse supposer que le proferens ait voulu s'en garantir». Pour reprendre la formule de lord Keith of Kinkel qui appliquait dans *Smith*<sup>36</sup> les critères *Canada Steamship* dans un autre contexte, [TRADUCTION] «ces éventualités doivent être considérées comme ayant été prévues par les parties; elles forment non seulement le contenu de la clause mais encore jettent la lumière sur la volonté à dégager des termes employés».

[16] Il me semblerait qu'en common law, le transporteur maritime soit exposé à un autre chef de responsabilité au-delà de la négligence: sa garantie implicite du bon état de navigabilité du navire. Il a été jugé que cette obligation est en jeu dès le chargement de la marchandise et l'appareillage et est en vigueur pendant toutes les étapes du voyage jusqu'à la destination<sup>37</sup>. Le manquement à cette obligation donne lieu à responsabilité, qu'il y ait ou non négligence de la part du transporteur<sup>38</sup>. Le juge Noël a conclu à la lumière des preuves et témoignages produits que la cargaison n'était pas convenablement arrimée, que le GM du

before departure given the sea conditions reasonably to be experienced at the time of year on the intended route. Noël J. did not consider whether these conditions amounted to a breach of the implied obligation of seaworthiness. Although bad stowage was found at trial, I am not persuaded that this amounted to a breach of that obligation. It seems to me that the ship was fit to receive and carry the cargo in safety at the time it was stowed on board.<sup>39</sup> However, where bad stowage renders the ship unfit for the intended voyage as, for example, where it causes the ship to be unstable or excessively stable, then a condition of unseaworthiness might exist.<sup>40</sup> I need not determine the point. What is significant is that this implied warranty exposed the appellants to another potential head of liability that is quite apart from negligence. This, too, constituted a head of liability to which Clause 8 would apply.<sup>41</sup>

[17] It follows from the foregoing that, in my view, Clause 8 did not exclude liability for the appellants' negligence. In view of the foregoing, it is not necessary to consider the further argument that Noël J. erred in relying on clauses 9 and 11 of the bills of lading for the construction of Clause 8.

[18] The remaining issue arises from the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter Engineering, supra*, and in the application of that decision by this Court in *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*<sup>42</sup> It is that Clause 8 must be construed in the manner required by *Hunter Engineering* and not otherwise. I do not read that case as laying down so broad a principle. The tests in *Canada Steamship, supra*, are nowhere mentioned in *Hunter Engineering, supra*, either by Dickson C.J. or Wilson J. or by McIntyre J. in his concurring reasons. That case established that the doctrine of fundamental breach does not, by itself, preclude the operation of an exclusion clause but, rather, that the language of such a clause must be given its natural and true construction. Both Dickson C.J.<sup>43</sup> and Wilson J.<sup>44</sup> made it clear that they were there addressing the use of fundamental breach in the context of enforcing an exclusion clause. Such is not the issue in the present case. Moreover,

navire au départ de Brake était trop élevé et que la cargaison arrimée sur le panneau d'écouille n° 4 aurait dû être réarrangée avant le départ, étant donné l'état de la mer à prévoir pour cette période de l'année sur l'itinéraire du navire. Il n'a pas examiné si ces facteurs valaient violation de la garantie implicite de navigabilité. Bien qu'il ait été jugé en première instance que la cargaison était mal arrimée, je n'y vois pas une violation de cette garantie. Il me semble que le navire était approprié au chargement et au transport de la cargaison à bon port, au moment où elle fut chargée à bord<sup>39</sup>. Cependant, si le mauvais arrimage rend le navire inapproprié au voyage envisagé parce que, par exemple, il le rend instable ou excessivement stable, il peut y avoir là un élément de non-navigabilité<sup>40</sup>. Je n'ai pas à me prononcer sur ce point. Ce qui compte, c'est que cette garantie implicite exposait les appelants à un autre chef de responsabilité potentiel, à part la négligence. Il s'agit là aussi d'un chef de responsabilité auquel s'appliquerait la clause 8<sup>41</sup>.

[17] Il résulte de ce qui précède qu'à mon avis, la clause 8 n'exonérerait pas les appelants de la responsabilité pour négligence. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'argument que le juge Noël a eu tort de s'appuyer sur les clauses 9 et 11 des connaissements en question pour l'interpréter.

[18] Le dernier point à trancher découle de la décision *Hunter Engineering*, précitée, de la Cour suprême du Canada, et de l'application qu'en a faite notre Cour dans *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.*<sup>42</sup>. L'argument proposé à ce sujet est que la clause 8 doit être interprétée de la façon prescrite dans *Hunter Engineering*, à l'exclusion de toute autre méthode. Je ne vois pas que cette décision pose un principe aussi général. Les critères dégagés dans *Canada Steamship*, précité, ne sont mentionnés nulle part dans *Hunter Engineering*, que ce soit par le juge en chef Dickson, par le juge Wilson, ou encore dans les motifs concordants prononcés par le juge McIntyre. Cette jurisprudence pose que la doctrine de l'inexécution fondamentale n'exclut pas à elle seule l'application d'une clause d'exonération de responsabilité, mais plutôt qu'il faut donner des termes d'une telle clause une interprétation naturelle et juste. Le juge en chef Dickson<sup>43</sup> et le juge Wilson<sup>44</sup> font

the rejection of the fundamental breach doctrine in the context of that case was expressly based on the 1980 decision of the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*<sup>45</sup> I can find no indication in subsequently decided English cases that the *ratio* of that decision is now to be applied in preference to the tests in *Canada Steamship, supra*. Indeed, the courts of England have continued to apply those tests to the construction of a broadly worded exclusion clause in a contract that did not expressly exclude liability for negligence. *The Raphael, supra*, is not the only post-1980 case to have done so.<sup>46</sup> Canadian courts have done likewise.<sup>47</sup>

[19] I turn to consider this Court's decision in *MacKay, supra*. The defendant sought to exclude its liability by virtue of an exclusion clause for non-delivery of goods at destination. That clause was broadly worded, to exclude the defendant's liability "for any loss or failure to produce or damage (howsoever caused) to the goods" and limited the liability of the defendant to a fixed amount "per cubic foot" of each item lost or damaged. The Court determined that the clause had effectively excluded liability for negligence despite the fact that the word "negligence" did not appear in it. In doing so, the Court had particular regard to certain passages in the reasons of McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators, supra*, to *Photo Production, supra*, to subsequent English decisions,<sup>48</sup> and to *Hunter Engineering, supra*. Applying this recent jurisprudence, the Court concluded that negligence on the part of the defendant, although not expressly mentioned in the exclusion clause, was nevertheless excluded by its broad terms. Writing for the Court, Robertson J.A. stated:<sup>49</sup>

The phrase "howsoever caused" as incorporated in both the exemption and limitation portions of the clause, in my view,

remarque l'un et l'autre qu'il se posait la question du recours à la doctrine de l'inexécution fondamentale pour appliquer une clause d'exonération. Tel n'est pas le cas en l'espèce. De plus, le rejet de la doctrine de l'inexécution fondamentale dans le contexte de l'affaire citée était expressément fondé sur la décision rendue en 1980 par la Chambre des lords dans *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*<sup>45</sup>. Je ne vois dans la jurisprudence d'Angleterre subséquente aucune indication que le raisonnement adopté dans cette décision doit maintenant être appliqué de préférence aux critères dégagés dans *Canada Steamship*. En effet, les juridictions d'Angleterre ont continué à appliquer ces critères dans l'interprétation de la clause d'exonération couchée en termes généraux dans les contrats qui n'exonéraient pas expressément la responsabilité pour négligence. La décision *The Raphael*, précitée, n'est pas la seule décision postérieure à 1980 à le faire<sup>46</sup>. Les tribunaux du Canada l'ont fait aussi<sup>47</sup>.

[19] J'en viens maintenant à la décision *MacKay* précitée, de notre Cour. La défenderesse cherchait à se dégager de sa responsabilité en invoquant la clause d'exonération en cas de défaut de livraison des marchandises au point de destination. Cette clause était formulée en termes généraux pour exclure la responsabilité de la défenderesse «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 limitait sa responsabilité à un montant fixe «par pied cube» pour chaque article perdu ou avarié. La Cour a conclu que cette clause excluait effectivement la responsabilité pour négligence bien que le terme «négligence» n'y figure pas. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'est référée en particulier à certains passages des motifs prononcés par le juge McIntyre dans *ITO—International Terminal Operators*, précité, à *Photo Production*, précité, à la jurisprudence subséquente d'Angleterre<sup>48</sup>, et à *Hunter Engineering*, précité. Appliquant cette jurisprudence récente, la Cour a conclu que la négligence de la défenderesse, bien qu'elle ne fût pas expressément prévue à la clause d'exonération, était exclue par la formulation générale de cette clause. Prononçant les motifs de la Cour d'appel, le juge Robertson a fait observer ce qui suit<sup>49</sup>:

Les mots «causé, de quelque manière que ce soit», tels qu'ils sont employés dans la disposition d'exonération et

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 as a limitation of liability regardless of how the 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.

[20] It must be observed that the contract there in question was not a contract for the carriage of goods by sea *per se*, but a form of a forwarding contract. This was noted by Robertson J.A. who pointed out that the owner of the lost goods had "retained the respondent shipper to effect his move" from Canada to England.<sup>50</sup> At trial, Gibson J. noted that the contract was for moving the plaintiff's belongings from Toronto to London "under the door to door concept of international moving".<sup>51</sup> That the defendant did not thereby become the "carrier" of the goods on the sea leg of the movement nor assume responsibilities as such appears evident from the "Delay in Transit" clause of the contract. That clause provided that: "it is a condition that the terms set forth in the Bills of Lading, Consignment Notes or other documents issued by the participating carriers are accepted by the Company as agent for the customer and that the said terms shall be deemed to form part of this Contract" (emphasis added).<sup>52</sup> Thus particular contracts with carriers participating in moving the goods were to be made between the plaintiff and such carriers. It does not appear, therefore, that the defendant was burdened with the obligations imposed at common law upon a carrier by sea for safe carriage and delivery and for seaworthiness. Accordingly, those potential heads of liability could not figure in the construction of the exclusion clause contained in the master agreement between the plaintiff and the defendant.

[21] I am satisfied from the existing jurisprudence that the tests in *Canada Steamship, supra*, have not been displaced by *Hunter Engineering, supra*, and, therefore, that Clause 8 of the present contracts for the carriage of goods by sea must be construed in the light of those tests. As we have seen, those tests have guided the courts in construing exclusion clauses in

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 saurait 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.

[20] Il y a lieu de noter que le contrat en cause dans cette affaire n'était pas un contrat de transport maritime de marchandises proprement dit, mais une forme de contrat de réexpédition. C'est ce qu'a noté le juge Robertson, qui soulignait que le propriétaire des effets perdus avait «retenu l'intimée pour effectuer le déménagement» du Canada en Angleterre<sup>50</sup>. En première instance, le juge Gibson avait noté que le contrat en cause visait le transport des effets du demandeur de Toronto à Londres «selon la formule "porte-à-porte" pour le déménagement international»<sup>51</sup>. Que la défenderesse n'en était pas devenue le «transporteur» de ces effets durant le voyage en mer ni n'en avait assumé la responsabilité ressort de la clause «Retards dans le transport» du contrat. Aux termes de cette dernière, «les conditions énoncées dans les connaissements, les notes de consignation ou autres documents délivrés par les transporteurs participants sont acceptées par la Compagnie à titre de mandataire du Client et ces conditions sont réputées faire partie du présent contrat»<sup>52</sup> (non souligné dans l'original). Ainsi donc, les contrats avec les transporteurs participant au déménagement devaient être conclus entre ceux-ci et le demandeur. Il appert donc que la défenderesse n'était pas soumise à l'obligation imposée en common law au transporteur maritime, savoir l'obligation de transport et livraison en bon état et de navigabilité. En conséquence, ces chefs de responsabilité ne pouvaient entrer en ligne de compte dans l'interprétation de la clause d'exonération, contenue dans le contrat conclu entre le demandeur et la défenderesse.

[21] Je conclus de la jurisprudence en vigueur que les critères définis dans *Canada Steamship*, précité, n'ont pas été déplacés par *Hunter Engineering*, précité, et, par conséquent, que la clause 8 des contrats de transport maritime de marchandises en question doit être interprétée à la lumière de ces critères. Comme noté *supra*, ces critères ont guidé les juges dans

other contractual settings as well. We are here concerned with a setting where, as I have indicated, the *Canada Steamship* tests appear to have particular application, given that the appellants were exposed to liability for loss of the goods that was in addition to that of negligence.

[22] I would dismiss the appeal with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

<sup>1</sup> The judgment at trial is fully reported as *Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

<sup>2</sup> Admissions and agreed statement of facts, Appeal Book, Vol. I, at p. 10.

<sup>3</sup> *Supra*, note 1, at p. 17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 18.

<sup>5</sup> Ottawa, Canadian Marine Transportation Administration.

<sup>6</sup> *Supra*, note 1, at pp. 23-24.

<sup>7</sup> This is the metacentric height which gives a measure of a ship's stability. "Metacentre" is defined in *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Oxford University Press, 1973) at p. 1314 as follows: "The limiting position of the point of intersection between the vertical line passing through the centre of gravity of a floating body when in equilibrium and the vertical line drawn through the centre of buoyancy when the body is slightly displaced; the *shifting centre*. To ensure stable equilibrium this point must be above the centre of gravity".

<sup>8</sup> *Supra*, note 1, at p. 27.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 31.

<sup>11</sup> *Ibid.*, at p. 32.

<sup>12</sup> Appeal Book, Vol. II, at p. 292.

<sup>13</sup> [1952] A.C. 192 (P.C.).

<sup>14</sup> [1986] 1 S.C.R. 752.

<sup>15</sup> *Supra*, note 13, at p. 208.

<sup>16</sup> I use this word in preference to "guidelines" with the acknowledgement that other courts have preferred the latter description (see e.g. *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.), per May L.J., at p. 48). In a subsequent decision,

l'interprétation des clauses d'exonération dans d'autres contextes contractuels aussi. Nous sommes en présence en l'espèce d'un contexte où, comme noté *supra*, ils sont éminemment applicables, étant donné que les appelants devaient répondre de la responsabilité pour la perte des marchandises, en sus de la responsabilité pour négligence.

[22] Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

<sup>1</sup> On peut en trouver le texte intégral dans *Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée c. Belships (Far East) Shipping (Pte.) Ltd. et al.* (1996), 111 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> Aveux et articulation conjointe des faits, Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 10.

<sup>3</sup> *Supra*, note 1, à la p. 17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 18.

<sup>5</sup> Ottawa: Administration canadienne du transport maritime.

<sup>6</sup> *Supra*, note 1, aux p. 23 et 24.

<sup>7</sup> Il s'agit de la hauteur métacentrique qui détermine la stabilité du navire. Selon le *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*: «Quand un navire flotte, il est soumis à deux forces: son poids appliqué à son *centre de gravité*, et la résultante des forces de poussée hydrostatique appliquée en un point appelé *centre de poussée*. Quand le navire est en équilibre, le centre de gravité G et le centre de poussée A sont sur une même verticale. Si le navire s'incline, le centre de poussée vient en B et la verticale du point B coupe la droite AG en C, appelé «métacentre» [ . . . ] L'équilibre est stable ou instable selon que le métacentre est au-dessus ou au-dessous du centre de gravité.»

<sup>8</sup> *Supra*, note 1, à la p. 27.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p. 31.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 32.

<sup>12</sup> Dossier d'appel, vol. II, à la p. 292.

<sup>13</sup> [1952] A.C. 192 (P.C.).

<sup>14</sup> [1986] 1 R.C.S. 752.

<sup>15</sup> *Supra*, note 13, à la p. 208.

<sup>16</sup> J'emploie ce mot de préférence à «lignes directrices», tout en reconnaissant que d'autres juridictions ont opté pour ce dernier concept (voir par ex. *Raphael, The*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42 (C.A.), motifs prononcés par le lord juge

*Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.), the word “tests” continued to be used. There appears agreement, nevertheless, that the office of the “tests” is to assist the courts in construing the language of an exclusion clause and must be applied with that objective in view.

<sup>17</sup> *Supra*, note 1, at p. 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 37.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.* Clause 9 is a “both-to-blame” clause, while clause 11 concerns the transshipping or forwarding of cargo to destination.

<sup>21</sup> [1989] 1 S.C.R. 426.

<sup>22</sup> *Supra*, note 14, at p. 795, where McIntyre J. acknowledged, however, that some difficulties had been caused by the qualification in the third test, in consequence of which the cases “have endeavoured to relax the qualification”.

<sup>23</sup> These Rules are contained in the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature* signed at Brussels August 25, 1924. The Rules in the schedule to the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, would, by virtue of s. 2 of the statute, have applied had the cargo come within the definition of “goods” in Article 1(c). It is not disputed the Hague Rules impose a lesser obligation on the carrier in respect of the duty of seaworthiness than that imposed at common law. Art. 3(1) thereof requires the carrier “before and at the beginning of the voyage, to exercise due diligence to . . . make the ship seaworthy”. The 1924 Convention was amended by the *Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924*, Brussels, February 23, 1968, which is commonly referred to as the Visby Rules.

<sup>24</sup> [1973] 1 Lloyd’s Rep. 10 (C.A.), at p. 19.

<sup>25</sup> *Supra*, note 16, at pp. 49-50.

<sup>26</sup> *Supra*, note 14, at p. 798.

<sup>27</sup> *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1983), Vol. 43, at p. 282.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.* See also *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed. (reissue) (London: Butterworths, 1993), Vol. 5(1), at p. 322.

<sup>30</sup> See e.g. *Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd’s Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)), and the cases referred to therein.

<sup>31</sup> [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

<sup>32</sup> *Ibid.*, at p. 92.

<sup>33</sup> *Ibid.*, at p. 94. R. Colinvaux, *Carver’s Carriage by Sea*, 13th ed., vol. 1 (London: Stevens & Sons, 1982) observes at p. 141 that *Rutter, supra*, “puts the matter in the context embracing law maritime” and that Atkin L.J. was “there

May, à la p. 48). Dans une décision subséquente, *Smith v South Wales Switchgear Ltd*, [1978] 1 All ER 18 (H.L.), on retrouve encore le mot «critères». Il est cependant établi que les «critères» ont pour fonction d’aider le juge à interpréter les termes des clauses d’exonération et doivent être appliqués dans cet esprit.

<sup>17</sup> *Supra*, note 1, à la p. 36.

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 37.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.* La clause 9 prévoit la responsabilité aux torts réciproques, et la clause 11, le transbordement ou la réexpédition de la cargaison jusqu’à destination.

<sup>21</sup> [1989] 1 R.C.S. 426.

<sup>22</sup> *Supra*, note 14, à la p. 795, où le juge McIntyre a cependant reconnu que la réserve du troisième critère avait causé des difficultés, à la suite desquelles les juges ont suivi cette jurisprudence «tout en tenant d’assouplir [cette] réserve».

<sup>23</sup> Ces Règles sont contenues dans la *Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature* signée à Bruxelles le 25 août 1924. Les Règles figurant à l’annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, auraient été applicables en vertu de l’art. 2 de cette Loi, si la cargaison tombait dans le champ d’application de la définition de «marchandises» à l’article 1c). Il est constant que les Règles de La Haye imposent au transporteur une obligation moins rigoureuse en matière de navigabilité que l’obligation de common law. L’art. 3(1) de ces Règles fait obligation au transporteur «avant et au début du voyage d’exercer une diligence raisonnable pour [. . .] mettre le navire en état de navigabilité». La Convention de 1924 a été modifiée par le *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance, Bruxelles, 25 août 1924*, Bruxelles, 23 février 1968, communément connu sous le nom de Règles de Visby.

<sup>24</sup> [1973] 1 Lloyd’s Rep. 10 (C.A.), à la p. 19.

<sup>25</sup> *Supra*, note 16, aux p. 49 et 50.

<sup>26</sup> *Supra*, note 14, à la p. 798.

<sup>27</sup> *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. (Londres: Butterworths, 1983), vol. 43, à la p. 282.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.* Voir aussi *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. (rééditée) (Londres: Butterworths, 1993), vol. 5(1), à la p. 322.

<sup>30</sup> Voir par ex. *Good Friend, The*, [1984] 2 Lloyd’s Rep. 586 (Q.B. (Com. Ct.)), et la jurisprudence qui y est citée.

<sup>31</sup> [1922] 2 K.B. 87 (C.A.).

<sup>32</sup> *Ibid.*, à la p. 92.

<sup>33</sup> *Ibid.*, à la p. 94. R. Colinvaux, *Carver’s Carriage by Sea*, 13<sup>e</sup> éd., vol. 1 (Londres: Stevens & Sons, 1982), note à la p. 141 que le précédent *Rutter* [TRADUCTION] «place la question dans le contexte du droit maritime» et que le lord

applying that principle to a carrier of goods by sea”.

<sup>34</sup> [1945] K.B. 189 (C.A.).

<sup>35</sup> See *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.), per Scott L.J., at p. 130.

<sup>36</sup> *Supra*, note 16, at p. 32.

<sup>37</sup> *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697.

<sup>38</sup> See *Thin, supra*, note 37. As it was put by Lord Wright, referring to the obligation of seaworthiness at common law in *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), at pp. 546-547: “At common law, seaworthiness of the ship in a contract for sea carriage has, if necessary, to be shown to have existed at the commencement of the voyage, but unseaworthiness involves no liability on the shipowner unless it has caused the damage complained of . . . ; but the obligation to provide a seaworthy ship is absolute, and is not limited to due diligence to make it so”.

<sup>39</sup> See e.g. *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); affd at p. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), at p. 561.

<sup>40</sup> Compare *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)).

<sup>41</sup> Words such as “at shipper’s risk” do not exclude liability for this “fundamental obligation”; per Lord Sumner in *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.), at p. 25.

<sup>42</sup> [1996] 2 F.C. 36 (C.A.).

<sup>43</sup> *Supra*, note 21, at p. 463.

<sup>44</sup> *Ibid.*, at p. 481.

<sup>45</sup> [1980] A.C. 827 (H.L.).

<sup>46</sup> See e.g. *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Con. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239 (C.A.).

<sup>47</sup> See e.g. *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512 (B.C.C.A.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (Ont. C.A.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (B.C.C.A.); *Murray v. Bitango* (1996), 184 A.R. 68 (C.A.).

<sup>48</sup> *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.).

<sup>49</sup> *Supra*, note 42, at p. 44.

<sup>50</sup> *Ibid.*, at p. 40.

<sup>51</sup> *MacKay v. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (F.C.T.D.), at p. 177.

<sup>52</sup> *Ibid.*, at pp. 181-182.

juge Atkin «y appliquait ce principe au transport maritime de marchandises».

<sup>34</sup> [1945] K.B. 189 (C.A.).

<sup>35</sup> Voir *Beaumont-Thomas v. Blue Star Line, Ltd.*, [1939] 3 All E.R. 127 (C.A.), motifs prononcés par le lord juge Scott, à la p. 130.

<sup>36</sup> *Supra*, note 16, à la p. 32.

<sup>37</sup> *Thin v. Richards*, [1892] 2 Q.B. 141 (C.A.); *Vortigern, The*, [1899] P. 140 (C.A.); *McFadden v. Blue Star Line*, [1905] 1 K.B. 697.

<sup>38</sup> Voir *Thin, supra*, note 37. Ainsi que l’a noté lord Wright au sujet de l’obligation de navigabilité en common law dans *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd.*, [1934] A.C. 538 (P.C.), aux p. 546 et 547: [TRADUCTION] «En common law, il faut, le cas échéant, prouver que le navire servant au transport visé par le contrat est navigable dès l’appareillage, mais l’état de non-navigabilité n’entraîne pas la responsabilité du propriétaire du navire à moins qu’il n’ait été la cause de l’avarie en cause [ . . . ]; mais l’obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité est absolue, elle n’est pas limitée à la diligence raisonnable».

<sup>39</sup> Voir par ex. *Wade v. Cockerline*, [1905] Com. Cas. 47 (K.B.); conf., à la p. 115 (C.A.); *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.), à la p. 561.

<sup>40</sup> Cf. *Friso, The*, [1980] 1 Lloyd’s Rep. 469 (Q.B. (Adm. Ct.)).

<sup>41</sup> Les termes tels que [TRADUCTION] «au risque du chargeur» n’excluent pas la responsabilité au titre de cette «obligation fondamentale» (motifs prononcés par lord Sumner dans *Galileo, The*, [1914] P. 9 (C.A.), à la p. 25.

<sup>42</sup> [1996] 2 C.F. 36 (C.A.).

<sup>43</sup> *Supra*, note 21, à la p. 463.

<sup>44</sup> *Ibid.*, à la p. 481.

<sup>45</sup> [1980] A.C. 827 (H.L.).

<sup>46</sup> Voir p. ex. *Dorset County Council v. Southern Felt Roofing Co. Ltd.* (1989), 29 Con. L.R. 61 (C.A.); *E.E. Caledonia Ltd. v. Orbit Valve Plc*, [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239 (C.A.).

<sup>47</sup> Voir p. ex. *Cavell Developments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1991), 78 D.L.R. (4th) 512 (C.A.C.-B.); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722 (C.A. Ont.); *Zippy Print Enterprises Ltd. v. Pawliuk*, [1995] 3 W.W.R. 324 (C.A.C.-B.); *Murray c. Bitango* (1996), 184 A.R. 68 (C.A.).

<sup>48</sup> *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.).

<sup>49</sup> *Supra*, note 42, à la p. 44.

<sup>50</sup> *Ibid.*, à la p. 40.

<sup>51</sup> *MacKay c. Scott Packaging and Warehousing Co. (Canada) Ltd.* (1994), 75 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 177.

<sup>52</sup> *Ibid.*, aux p. 181 et 182.