

T-3177-74

T-3177-74

Marubeni America Corporation, Miida Electronics, Inc., and Mastercraft Enterprises (Plaintiffs)

Marubeni America Corporation, Miida Electronics, Inc., et Mastercraft Enterprises (Demanderes)

v.

c.

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

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

Trial Division, Marceau J.—Montreal, October 5, 1978; Ottawa, January 5, 1979.

^b Division de première instance, le juge Marceau—Montréal, le 5 octobre 1978; Ottawa, le 5 janvier 1979.

Maritime law — Torts — Contract — Bill of lading — Goods shipped by sea not delivered due to theft — Plaintiff-owner seeking compensation and joint and several condemnation of defendants — Action against carrier based on contract of carriage and non-delivery of goods — Action against stevedoring firm based primarily in delict — Limitation of liability clause in bill of lading, to which stevedore not privy, claimed to be applicable to stevedore by incorporation by reference in contract between carrier and stevedore — Quebec Civil Code, articles 1029, 1053.

^c *Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Contrat — Connaissance — Marchandises transportées par mer non livrées pour cause de vol — La demanderesse-proprétaire réclame réparation conjointe et solidaire de la part des défenderesses — L'action contre le transporteur est fondée sur le contrat de transport et sur le défaut de livraison — L'action contre l'entreprise de manutention est surtout fondée sur la responsabilité délictuelle — Le manutentionnaire prétend que la clause de non-responsabilité du connaissance, auquel il n'était pas partie, lui est applicable parce qu'elle a été incluse par voie de référence dans le contrat intervenu entre le transporteur et le manutentionnaire — Code civil du Québec, articles 1029, 1053.*

Goods were shipped by sea from Japan under a bill of lading and unloaded and stored by a cargo handling company (ITO) under a contract with the carrier, but some of the goods were stolen before the owner was to take delivery. The owner claims compensation from the two defendants who successively had custody of the goods throughout the period in which the loss could have occurred and seeks a joint and several condemnation of the defendants. The action against the carrier is based only on the contract of carriage and the failure to deliver. Although the action against ITO is based primarily in delict or quasi-delict, ITO, in addition to denying any negligence, contends that the goods were not lost while in its custody and that the protections accorded the carrier and extended to it in the bill of lading apply.

^e Des marchandises expédiées par mer du Japon en vertu d'un connaissance ont été déchargées et entreposées par une entreprise de manutention (ITO) qui avait conclu avec le transporteur un contrat à cet effet. Une partie des marchandises a été volée avant que le propriétaire n'ait pu en prendre livraison. Le propriétaire réclame indemnité des deux défenderesses qui ont eu successivement la garde des marchandises pendant toute la période où le vol devait avoir lieu et demande leur condamnation conjointe et solidaire. L'action contre le transporteur est fondée uniquement sur le contrat de transport et sur le défaut de livraison. Bien que l'action contre ITO soit fondée surtout sur la responsabilité délictuelle, ITO, tout en niant toute faute, fait valoir que les marchandises ont été volées pendant qu'elles étaient sous sa garde mais que, par le truchement du connaissance, elle bénéficie de la protection dont jouit le transporteur.

Held, the action is dismissed. Defendant carrier relies on a clause in the bill of lading limiting its liability. In order to benefit from that clause, however, defendant carrier must prove that the goods were lost after being unloaded in Montreal. The evidence contains a cluster of presumptions leading to the conclusion that the goods were all unloaded at Montreal and that the loss of some of those goods only occurred subsequently. The normal obligations of a cargo handling firm include the adoption of a faultless security system, but these obligations do not exist where there is no contractual relationship. The general obligation of prudence and diligence required by the *Civil Code* cannot include all the duties that a cargo handling firm might have to assume in its capacity of a commercial undertaking within a framework of a contract. On a purely delictual level, plaintiff has failed to prove fault within the general meaning of the law. Defendant ITO can rely on the limitation of liability clause in the contract it signed with the carrier with a reference to the Himalaya clause originally provided in the contract of

^f *Arrêt*: l'action est rejetée. La défenderesse-transporteur fait valoir une clause du connaissance qui limite sa responsabilité. Mais pour bénéficier de cette clause, la défenderesse se doit de prouver que la perte des marchandises est survenue après leur débarquement à Montréal. Les éléments de faits établissent un faisceau de présomptions démontrant que les marchandises avaient été débarquées à Montréal et que la perte d'une partie d'entre elles n'est survenue que par la suite. Les obligations normales d'une entreprise de manutention comprennent celle d'adopter un système de sécurité sans faille, mais ces obligations n'existent pas en dehors d'une relation contractuelle. L'obligation générale de prudence et de diligence que prévoit le *Code civil* ne saurait comprendre tous les devoirs qu'une entreprise de manutention peut avoir à assumer en sa qualité d'entreprise comme dans le cadre d'un contrat. Sur le plan purement délictuel, la demanderesse n'a pas prouvé faute au sens du droit commun. La défenderesse ITO peut se prévaloir de la clause de non-responsabilité que le contrat qu'elle a souscrit

carriage itself. If the plaintiff shipper-owner can take action against the defendant ITO in its capacity as a professional cargo handler, and thus otherwise than on a strictly delictual basis, it is because plaintiff can avail itself of this contract for services between the carrier and ITO, concluded in part for its benefit as owner and with its express authorization. It cannot act in this way, however, without accepting the contract in its entirety.

Eisen Und Metall A.G. v. Ceres Stevedoring Co. Ltd. [1977] 1 Lloyd's Rep. 665, discussed. *Circle Sales & Import Ltd. v. The "Tarantel"* [1978] 1 F.C. 269, discussed. *Alder v. Dickson* [1954] 2 Lloyd's Rep. 267, discussed. *Midland Silicones, Ltd. v. Scruttons, Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 365, discussed. *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd. (The "Lake Bosomtwe")* [1971] S.C.R. 41, discussed. *The New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The "Eurymedon")* [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 (P.C.); [1971] 2 Lloyd's Rep. 399 (N.Z.S.C.); [1972] 2 Lloyd's Rep. 544 (N.Z.C.A.), discussed.

ACTION.

COUNSEL:

Marc Nadon for plaintiffs.
Robert Cypihot for defendant Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
David Marler for defendant ITO—International Terminal Operators Ltd.

SOLICITORS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montreal, for plaintiffs.
Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montreal, for defendant Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
Chauvin, Marler & Baudry, Montreal, for defendant ITO—International Terminal Operators Ltd.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

MARCEAU J.: The basic facts that gave rise to this multi-party liability action have the simplicity and attraction of a textbook case. A marine carrier agreed, under a contract attested by a bill of lading, to carry 250 cartons containing electronic desk calculators from the city of Kobe in Japan to Montreal, where the consignee, in fact the other party to the contract and the owner, could receive and take delivery of them. On their arrival in Montreal, the goods were picked up by a cargo handling company which had made an agreement

contenant en se référant à la clause Himalaya initialement prévue au contrat de transport lui-même. Si la demanderesse, expéditeur-propriétaire, peut poursuivre la défenderesse ITO en sa qualité de manutentionnaire, donc autrement que sur le plan strictement délictuel, c'est qu'elle peut se prévaloir de ce contrat de services que le transporteur a conclu avec ITO en partie à son bénéfice à elle propriétaire et avec son autorisation expresse. Elle ne saurait cependant agir en cette qualité sans accepter le contrat en son entier.

Arrêts analysés: *Eisen Und Metall A.G. c. Ceres Stevedoring Co. Ltd.* [1977] 1 Lloyd's Rep. 665; *Circle Sales & Import Ltd. c. Le "Tarantel"* [1978] 1 C.F. 269; *Alder c. Dickson* [1954] 2 Lloyd's Rep. 267; *Midland Silicones, Ltd. c. Scruttons, Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 365; *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd. (Le "Lake Bosomtwe")* [1971] R.C.S. 41; *The New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. (L'«Eurymedon»)* [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 (C.P.); [1971] 2 Lloyd's Rep. 399 (N.Z.S.C.); [1972] 2 Lloyd's Rep. 544 (N.Z.C.A.).

ACTION.

AVOCATS:

Marc Nadon pour les demanderessees.
Robert Cypihot pour la défenderesse Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
David Marler pour la défenderesse ITO—International Terminal Operators Ltd.

PROCUREURS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, MacKell & Clermont, Montréal, pour les demanderessees.
Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montréal, pour la défenderesse Mitsui O.S.K. Lines Ltd.
Chauvin, Marler & Baudry, Montréal, pour la défenderesse ITO—International Terminal Operators Ltd.

Voici les motifs du jugement rendu en français

LE JUGE MARCEAU: Les faits de base qui ont donné lieu à cette action en responsabilité à parties multiples ont la simplicité et l'attrait de ceux d'une hypothèse d'école. Un transporteur maritime s'engage, en vertu d'un contrat attesté par connaissance, à transporter 250 caisses contenant des calculatrices électroniques de bureau depuis la ville de Kobe au Japon jusqu'à Montréal où leur destinataire, en fait le cocontractant propriétaire lui-même, pourra en recevoir et prendre livraison. Arrivée à Montréal, la marchandise est prise en

with the carrier to unload and store them until they were delivered. When the owner arrived to take delivery, a number of cartons had disappeared; disappearance that may be explained, at least in part, by the fact that a few days previously there had been a theft at the warehouse in which the cartons were stored. The owner naturally claimed compensation, but both the carrier and the stevedore and provider of terminal services denied all liability: the owner felt that it was not for him to apportion liability between the two and asked the Court for a joint and several condemnation against both of them.

There is thus nothing special or exceptional about the facts and the action that has been instituted is certainly not the first of its kind. The legal difficulties raised by the issue are nevertheless extremely perplexing, first because they are tied up to some of the most obscure aspects of the rules for giving effect to civil liability; secondly, and most importantly, because neither the courts nor legal authors are agreed as to the principles that should govern their solution. They concern in particular the legal situation of the parties in respect of one another, from which the causes of action would arise; the rules of evidence applicable when it comes to verifying the existence of the conditions of liability, having regard to the actual circumstances in which the loss occurred; and finally, and in particular, the effect of the no-liability clauses in the contracts under which the goods were carried and stored. These difficulties are moreover especially acute in this case, as will be seen from the respective contentions of the three opposing parties: Miida Electronics, Inc. ("Miida"), the owner; Mitsui O.S.K. Lines Ltd. ("Mitsui"), the carrier; ITO—International Terminal Operators Ltd. ("ITO"), the stevedore and provider of terminal services.

First, attention should be given to a series of admissions made by the parties through their counsel at the opening of the hearings, and contained in a document that I prefer to reproduce verbatim in view of its nature, its significance and the importance of the terms used therein:

charge par une entreprise de manutention qui a convenu avec le transporteur de la décharger et de l'entreposer jusqu'à ce qu'elle soit livrée. Au moment où le propriétaire se présente pour recevoir livraison, un certain nombre de caisses ont disparu, disparition qui s'explique au moins en partie par le fait qu'un vol a eu lieu quelques jours auparavant à l'entrepôt où les caisses avaient été remises. Le propriétaire naturellement réclame indemnité, mais le transporteur et le stevedore-manutentionnaire tour à tour nient toute responsabilité: considérant qu'il ne lui revient pas de départager les responsabilités entre l'un et l'autre, il demande à la Cour de les condamner tous deux conjointement et solidairement.

Les faits, on le voit, n'ont rien de spécial ni d'exceptionnel et l'action intentée est loin d'être la première de son genre. Pourtant, les difficultés juridiques que le litige soulève n'en demeurent pas moins extrêmement embarrassantes, d'abord parce qu'elles rejoignent certains des aspects les plus obscurs des règles de mise en œuvre de la responsabilité civile, ensuite et surtout parce que les principes qui doivent présider à leur solution ne font l'unanimité ni de la jurisprudence ni des auteurs. Ces difficultés ont trait notamment à la situation juridique des parties, chacune face aux autres, d'où seraient nées les causes d'action, aux règles de preuve applicables au moment de vérifier l'existence des éléments de la responsabilité eu égard aux circonstances de faits dans lesquelles la perte a eu lieu, et enfin tout spécialement à l'effet de clauses exonératoires de responsabilité souscrites dans les contrats en vertu desquels les marchandises étaient transportées et entreposées. Et ces difficultés, elles se soulèvent ici avec une particulière acuité, comme on pourra le voir à partir des prétentions respectives des 3 parties qui s'opposent: Miida Electronics, Inc. («Miida»), le propriétaire; Mitsui O.S.K. Lines Ltd., («Mitsui»), le transporteur; ITO—International Terminal Operators Ltd., («ITO»), le stevedore-manutentionnaire-entrepoteur.

Il faut d'abord prendre connaissance d'une série d'admissions que les parties par leurs procureurs ont faites à l'ouverture du procès et qu'elles ont formulées dans un document que je préfère reproduire intégralement étant donné sa nature, sa portée, et l'importance des termes mêmes qu'il utilise:

The parties, through their undersigned attorneys, hereby admit the following facts:

1. THAT Plaintiff Miida Electronics, Inc. ("Miida") was, at all material times herein, the owner of a cargo of 250 cartons of electronic desk calculators ("the cargo"), each carton containing 2 sets of electronic desk calculators;
2. THAT Plaintiff Miida is entitled to sue under the contract of carriage;
3. THAT Defendant Mitsui O.S.K. Lines Ltd.'s ("Mitsui's") Bill of Lading No. KBMR-0007, dated Kobe, Japan, July 31, 1973, is produced by consent as Plaintiff Miida's Exhibit P-1;
4. THAT the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) constitute the contract of carriage under which Plaintiff Miida's cargo was carried;
5. THAT Defendant Mitsui was the carrier of the cargo and issued Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) and is bound by the terms and conditions thereof;
6. THAT Plaintiff Miida is bound by the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1);
7. THAT Defendant ITO—International Terminal Operators Ltd. ("ITO") was the stevedore and provider of terminal services who discharged Defendant Mitsui's vessel, the BUENOS AIRES MARU, at Montreal, pursuant to a contract entered into by it with Defendant Mitsui, it being agreed by all parties that ITO and Logistec Corporation Limited are to be considered by the Court as one and the same and synonymous from all points of view;
8. THAT the production of the contract between Defendants ITO and Mitsui is admitted;
9. THAT Defendant ITO was the lessee of Sheds 49, 50, 51 and 52 of the Port of Montreal;
10. THAT Defendant ITO admits that 250 cartons of electronic desk calculators, each containing 2 sets thereof, were loaded at Kobe on board the BUENOS AIRES MARU, but does not admit that the same quantity was discharged from the BUENOS AIRES MARU at Montreal;
11. THAT 169 sets of electronic desk calculators (84.5 cartons) were not delivered to Plaintiff Miida;
12. THAT Plaintiff Miida has suffered a loss of \$26,656.37, which is admitted by the Defendants;
13. THAT in the event of a judgment being rendered in favour of Plaintiff Miida, the Defendants admit that Plaintiff Miida will be entitled to receive \$26,656.37, with interest at a rate of 8% from September 14, 1973.

These carefully worded admissions clarify, by relieving them of their routine and precautionary allegations, the written pleadings filed by the parties, which contain the position already taken by each of them. In fact, plaintiff commits itself to very little in legal terms in its statement of claim. It is clearly trying to avoid closing any possible avenue in advance. Its goods were lost and it is claiming the value of those goods from the two defendants who successively had custody thereof throughout the period in which the loss could have

The parties, through their undersigned attorneys, hereby admit the following facts:

1. THAT Plaintiff Miida Electronics, Inc. ("Miida") was, at all material times herein, the owner of a cargo of 250 cartons of electronic desk calculators ("the cargo"), each carton containing 2 sets of electronic desk calculators;
2. THAT Plaintiff Miida is entitled to sue under the contract of carriage;
3. THAT Defendant Mitsui O.S.K. Lines Ltd.'s ("Mitsui's") Bill of Lading No. KBMR-0007, dated Kobe, Japan, July 31, 1973, is produced by consent as Plaintiff Miida's Exhibit P-1;
4. THAT the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) constitute the contract of carriage under which Plaintiff Miida's cargo was carried;
5. THAT Defendant Mitsui was the carrier of the cargo and issued Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) and is bound by the terms and conditions thereof;
6. THAT Plaintiff Miida is bound by the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1);
7. THAT Defendant ITO—International Terminal Operators Ltd. ("ITO") was the stevedore and provider of terminal services who discharged Defendant Mitsui's vessel, the BUENOS AIRES MARU, at Montreal, pursuant to a contract entered into by it with Defendant Mitsui, it being agreed by all parties that ITO and Logistec Corporation Limited are to be considered by the Court as one and the same and synonymous from all points of view;
8. THAT the production of the contract between Defendants ITO and Mitsui is admitted;
9. THAT Defendant ITO was the lessee of Sheds 49, 50, 51 and 52 of the Port of Montreal;
10. THAT Defendant ITO admits that 250 cartons of electronic desk calculators, each containing 2 sets thereof, were loaded at Kobe on board the BUENOS AIRES MARU, but does not admit that the same quantity was discharged from the BUENOS AIRES MARU at Montreal;
11. THAT 169 sets of electronic desk calculators (84.5 cartons) were not delivered to Plaintiff Miida;
12. THAT Plaintiff Miida has suffered a loss of \$26,656.37, which is admitted by the Defendants;
13. THAT in the event of a judgment being rendered in favour of Plaintiff Miida, the Defendants admit that Plaintiff Miida will be entitled to receive \$26,656.37, with interest at a rate of 8% from September 14, 1973.

Ces admissions, formulées avec soin, clarifient, en les épurant de leurs allégués de routine ou de prudence, les procédures écrites que les parties avaient produites et dans lesquelles elles avaient, chacune de son côté, déjà pris position. En fait, la demanderesse, dans sa déclaration se compromet peu au plan du droit. Elle tente manifestement de ne se fermer à l'avance aucune avenue possible. Sa marchandise a été perdue, elle en réclame la valeur des deux défenderesses qui en ont eu successivement la garde pendant toute la période où la perte

occurred. Since it is seeking a joint and several condemnation, its allegations treat the two defendants as if they were both in the same position, using general terms of negligence, imprudence and so on applicable to both of them. These allegations must be analyzed, however, and the claims they contain must be interpreted differently in order for them to be validly applied to one defendant or the other, in view of their different situations. The statements of defence filed provide just such an analysis and interpret plaintiff's claims in this way.

The action against the carrier Mitsui can of course be based only on the contract of carriage and the failure to deliver. Mitsui first makes the general reply that it fulfilled all its obligations as a marine carrier, both under the Act and under the contract it has signed, and that the goods were carried and unloaded at Montreal in good condition after the arrival of its vessel, the *Buenos Aires Maru*, on September 10, 1973. It then adds more specifically that the loss did not occur until after the goods had been unloaded from hold No. 6 in which they had been stowed for the voyage, thus after they had been picked up by the cargo handler, ITO; and that this loss was due to an event equivalent to an act of God, namely a theft, and in any case occurred at a time when Mitsui was exempted from all liability by clause 8 of the contract, which reads as follows:

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

Against defendant ITO the cause of action is not as clearly defined, and in fact this definition poses a delicate problem which I regard as fundamental. For the time being, however, it should be seen that the statement of claim appears to base its argument primarily on delict or quasi-delict. Plaintiff does not expressly claim to be suing ITO in contract; ITO would be liable delictually, since the

a pu se produire. La condamnation qu'elle recherche en est une conjointe et solidaire. Aussi les allégués qu'elle formule confondent-ils les deux défenderesses, utilisant des termes généraux de faute, imprudence, etc., pouvant convenir à l'une et à l'autre. Ces allégués cependant doivent être analysés et les prétentions qu'ils contiennent interprétées différemment si l'on veut les appliquer valablement à l'une et à l'autre, eu égard à la situation différente de chacune. Les défenses produites font justement cette analyse et interprètent en ce sens les prétentions de la demande.

L'action contre le transporteur Mitsui ne peut naturellement être fondée que sur le contrat de transport et le défaut de livraison. Mitsui répond d'abord généralement qu'elle a rempli toutes les obligations auxquelles elle était tenue en tant que transporteur maritime, tant en vertu de la Loi que du contrat qu'elle avait souscrit; que les marchandises ont été transportées et débarquées en bon état à Montréal après l'arrivée de son navire, le *Buenos Aires Maru*, le 10 septembre 1973. Puis plus spécifiquement elle invoque que la perte n'est survenue qu'après leur déchargement de la cale N° 6 où elles avaient été arrimées pour le voyage, donc après leur prise en charge par le manutentionnaire ITO; que cette perte est due à un événement équivalent à force majeure, soit un vol, et de toute façon à un moment où une clause du contrat la dégageait de toute responsabilité, soit la clause 8 rédigée comme suit:

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

Contre la défenderesse ITO, la cause d'action n'est pas aussi nettement définie et en fait cette définition pose un problème délicat que je considère fondamental. Mais il faut retenir pour le moment que la déclaration semble invoquer surtout délit ou quasi-délict. La demanderesse ne prétend pas expressément poursuivre ITO sur contrat; ITO serait responsable délictuellement, ayant eu

goods were in fact in its custody. The traditional general allegations of negligence in caring for goods are made, along with more specific allegations regarding the lack of appropriate security measures to prevent thefts. ITO defends itself: first, by disputing the claim that the loss occurred while the goods were in its custody; secondly, by denying any negligence whatever on its part that might have caused the loss of the goods that it had picked up; and thirdly, by stating that in any case it was protected by the same limitation of liability clauses as the carrier itself, in view of clause 4 of the bill of lading which reads as follows:

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

The three parties to the dispute thus confront one another; even though they are being sued jointly and severally, defendants' means of defence cannot be mingled since each is claiming specifically that the loss occurred while the goods were in the custody of the other and that if an obligation to reimburse plaintiff exists, it must be assumed by the other. It is therefore impossible to avoid dividing the action for purposes of analysis and considering the claim with respect to each defendant separately.

I

First, the action against Mitsui.

Here the cause of action is clear and plaintiff has no problem of evidence to establish its position at the outset: the contract of carriage, the admission that the goods were received on board the vessel, the non-delivery owing to loss, provide sufficient support for the claim. It is up to defendant to clear itself by providing, if it can, the existence of a cause for exoneration.

de fait la garde des effets. Les allégués généraux traditionnels de faute dans la garde sont formulés, avec des incidences plus précises relatives à l'absence de mesures appropriées de sécurité susceptibles d'empêcher les vols. ITO se défend: premièrement, en contestant que la perte soit survenue alors que les marchandises étaient sous sa garde; deuxièmement, en niant avoir commis quelque faute que ce soit susceptible d'avoir été cause de la perte des effets dont elle avait pris charge; et troisièmement, en affirmant que de toute façon elle bénéficiait des mêmes clauses limitatives de responsabilité que le transporteur lui-même, vu la clause 4 du connaissement qui stipule comme suit:

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

Ainsi, les trois parties au litige s'opposent l'une à l'autre: bien que poursuivies conjointement et solidairement, les défenderesses font valoir des moyens qui ne sauraient se confondre, chacune prétendant notamment que la perte est survenue alors que les effets étaient sous la garde de l'autre, et que si une obligation de réparer existe dont serait créancière la demanderesse, elle doit être assumée par l'autre. On ne peut donc éviter de diviser l'action pour les fins de son analyse et d'envisager le recours exercé à l'égard de chacune des défenderesses distinctement.

I

L'action contre Mitsui d'abord.

La cause d'action ici est claire et la demanderesse pour établir sa position n'a au départ aucun problème de preuve: le contrat de transport, l'admission que les effets ont été reçus à bord du navire, la non-livraison par suite de perte, appuient suffisamment son recours. C'est à la défenderesse de se dégager, en prouvant, si elle le peut, l'existence d'une cause d'exonération.

As we have seen, defendant claims to find just such a good defence in the clause contained in clause 8 of the terms and conditions of the contract of carriage. Plaintiff has no difficulty in seeing this provision as a limitation of liability clause. In fact, some of the terms contained therein could be thought as having an even more basic purpose, that of establishing the specific limits of the contract, which would cover exclusively only the time between loading and unloading. I think, however, that such an interpretation would be contrary to the wording used ("not be liable . . . for . . . loss of or damage to . . .") and would not be an accurate reflection of reality, since practice certainly does not support the idea of dividing the transportation operation into sections in this way, especially if one looks at the operation from the point of view of the shippers. Consequently, I too see it as a limitation of liability clause.

Interpreted in this way, the clause gives defendant a means of defence that is certainly admissible in law since there is no doubt as to its validity so far as it covers the part of the transportation process that is not strictly from port to port. Such clauses are, in fact, in common use and their effect is well known: liability will remain only in case of gross negligence. In order to benefit from the clause, however, defendant must prove that the goods were lost after being unloaded in Montreal. This will not be an easy task.

Indeed, defendant cannot provide direct proof that the cartons in question were unloaded in Montreal, because the goods unloaded at the port of Montreal were not checked or sorted either by itself or by the cargo handler ITO, and the cartons made up only a part of these goods which included several thousand packages. This may seem surprising to a layman, but the evidence has shown that this was the customary procedure in the port of Montreal, a procedure that was introduced, there as elsewhere, in an effort to reduce the time required for unloading, which could otherwise take considerably longer and involve a corresponding increase in costs. In the absence of direct evidence, defendant had no choice but to resort to indirect evidence, by presumption, which it was entitled to do since the unloading of the goods is a fact which may be proved in any manner whatever.

Cette cause d'exonération, la défenderesse prétend la tirer en définitive, on l'a vu, de la clause contenue à la clause 8 des termes et conditions du contrat de transport. La demanderesse y voit sans difficulté une clause de non-responsabilité. En fait, certains des termes qu'elle contient pourraient faire penser que la clause a un but encore plus fondamental, soit celui d'établir les limites précises du contrat: celui-ci ne couvrirait exclusivement que le temps entre le chargement et le déchargement. Je pense cependant qu'une telle interprétation irait à l'encontre de la formule utilisée («not be liable . . . for . . . loss of or damage to . . .») et elle correspondrait mal à la réalité, car la pratique n'appuie certes pas l'idée d'un tel sectionnement de l'opération de transport, surtout si on se place du côté des expéditeurs. J'y vois donc moi aussi une clause de non-responsabilité.

La clause ainsi interprétée donne à la défenderesse un moyen de défense certes admissible en droit car la validité d'une clause de cette nature couvrant la partie non strictement maritime du transport ne fait aucun doute. Ces clauses sont d'ailleurs d'usage courant et leur effet est connu: seules les fautes lourdes resteront sanctionnées. Mais la défenderesse, pour bénéficier de la clause, se doit de prouver que la perte des marchandises est survenue après leur débarquement, à Montréal. Sa tâche ne sera pas aisée.

La défenderesse en effet ne peut fournir de preuve directe du débarquement des effets à Montréal. Elle ne le peut pas parce qu'aucune vérification et aucun triage de la marchandise débarquée au port de Montréal—et les caisses ici en cause n'étaient qu'une partie de cette marchandise comprenant plusieurs milliers de colis—n'ont été faits ni par elle-même ni par le manutentionnaire ITO. Il peut sembler étonnant pour un profane qu'il en ait été ainsi, mais la preuve a révélé que telle était la coutume dans le port de Montréal, coutume qui s'est installée, là comme ailleurs, dans un effort pour abrégé le temps requis pour le déchargement qui pourrait autrement se prolonger considérablement et augmenter d'autant les coûts impliqués. En l'absence de preuve directe, la défenderesse n'avait d'autre choix que de recourir à une preuve indirecte, par présomption, ce qui lui était loisible puisque le débarquement de la marchandise est un

Defendant first undertook to locate the goods in the vessel when it left Kobe, and show that from Kobe to Montreal no other goods were put in or taken out through the same hatchway (hatch No. 5, 'tween decks). To do this, it used all the documents in its possession concerning the loading and stowing of the cargo, the route followed by the vessel, the operations carried out during the voyage and the safety measures taken, the most important of these being the manifest, the loading cargo list, the stowage plan, the loading exception report, the mate's receipt, the instructions to the captain and the ship's abstract log. (I should point out here in passing that a problem arose during the trial as to whether such documents could be placed in evidence without the presence of their authors. However, the objection raised on this ground, on which I initially reserved judgment, is in my opinion without merit.) All of these documents were prepared in the normal course of defendant's business and all were customary and necessary to the carrying out of the normal activities of a marine carrier. They were therefore covered by the exception provided for in section 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, and could be produced by a representative provided that prior notice of the intention to do so was given, which it was (see on this point Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, 1974, pp. 80 et seq.).¹

Defendant then showed, using documents provided by its co-defendant ITO, that the unloading of the goods stowed in the space served by hatch-

¹ Section 30(1) of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

30. (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding upon production of the record.

fait qui peut donner ouverture à n'importe quel mode de preuve.

La défenderesse s'est d'abord employée à localiser les marchandises, dans le navire, au départ de Kobe, et à démontrer que depuis Kobe jusqu'à Montréal, aucune autre marchandise n'avait été ajoutée ni retirée par la même écouteille (*hatch No. 5 'tween decks*). Elle a utilisé à cette fin tous les documents qu'elle avait en main relativement au chargement et à l'arrimage de la cargaison, à l'itinéraire suivi par le navire, aux opérations faites en cours de route, aux mesures de sécurité adoptées, c'est-à-dire principalement le manifeste, la liste des marchandises arrimées (*loading cargo list*), le plan d'arrimage (*stowage plan*), le rapport sur le caractère adéquat de l'arrimage (*loading exception report*), le reçu du premier officier de bord (*mate's receipt*), les instructions au capitaine, les extraits pertinents du livre de bord (*ship's abstract log*). (Je dois dire ici entre parenthèses qu'un problème s'est soulevé en cours d'enquête sur le point de savoir si tels documents pouvaient être produits en preuve hors la présence de leurs auteurs, mais l'objection que l'on a fait valoir sur cette base, objection que j'ai d'abord prise sous réserve, n'était pas fondée, à mon avis.) Tous ces documents avaient été préparés dans le cours normal des affaires de la défenderesse et étaient tous des documents usuels et nécessaires pour la poursuite des activités normales d'une compagnie de transport maritime, ils étaient donc couverts par l'exception prévue à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, et pouvaient être produits par représentant pourvu qu'avis de cette intention eut été préalablement donné, ce qui était le cas (voir sur ce point: Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, 1974, pp. 80 et suiv.).¹

La défenderesse a ensuite démontré, à l'aide de documents émanant de sa codéfenderesse ITO, que le déchargement des marchandises qui avaient été

¹ Le paragraphe (1) de l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* se lit comme suit:

30. (1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

way No. 5 had proceeded normally and had even required overtime.

Finally, defendant had its Montreal agent testify in order to explain the steps that had been taken to ensure that goods that had disappeared had not been left in the vessel by error or accident when it was unloaded. (Another problem of evidence arose with regard to the possibility of having the agent himself produce the letters of reply that he had received without the presence of those who wrote the letters, but this is of little importance since the point is that these steps produced no results.)

All these facts, argues defendant Mitsui, are conclusive when taken together with these other known facts, namely that a theft took place at the warehouse of defendant ITO, during which many of the cartons containing the calculators were stolen and that a number of these were subsequently traced as a result of the investigation and police searches. In its view they establish a cluster of presumptions showing that the 250 cartons of machines that it had undertaken to carry had in fact been unloaded at Montreal and picked up by the cargo handler ITO. If the evidence had contained the slightest positive indication that the cartons might have disappeared during the voyage or been left on board the vessel, I would have hesitated, but as the record stands, I agree with defendant that the evidence is satisfactory. I recognize that this evidence contains a cluster of presumptions leading to the conclusion that the goods were all unloaded at Montreal and that the loss of some of these goods only occurred subsequently. (On the force and quality of the evidence required in a civil matter, see *Hanes v. The Wawanesa Mutual Insurance Company* [1963] S.C.R. 154.)

Defendant Mitsui is therefore correct. Since no gross negligence in choosing the cargo handling firm used or in any other doings on its part has been alleged against it, and since the loss has been proved to have occurred after the vessel was unloaded, defendant Mitsui is fully protected by the limitation of liability clause in the contract under which it is being sued. The action brought

arrimées dans l'espace desservi par l'écoutille N° 5 s'était fait normalement et avait même requis du temps supplémentaire.

Enfin, elle a fait témoigner son agent à Montréal pour lui faire expliquer les démarches qu'il avait faites aux fins de s'assurer que les marchandises disparues n'avaient pas, par erreur ou accident, été oubliées dans le navire au moment du déchargement. (Un autre problème de preuve s'est soulevé encore ici quant à la possibilité pour l'agent de produire lui-même, hors la présence des signataires, les missives-réponses qu'il avait reçues, mais là, peu importe, puisque ce qu'il faut retenir c'est que ses démarches furent vaines.)

Tous ces éléments de faits, plaide la défenderesse Mitsui, si on les regroupe autour de ce que l'on sait par ailleurs, soit qu'un vol a eu lieu dans les entrepôts de la défenderesse ITO au cours duquel plusieurs des caisses qui contenaient les calculatrices ont été volées et qu'un certain nombre de celles-ci ont été par la suite retracées au hasard de l'enquête et des perquisitions de la police, deviennent concluants. Ils établissent, dit-elle, un faisceau de présomptions démontrant que les 250 cartons d'appareils qu'elle s'était engagée à transporter avaient été effectivement débarqués à Montréal et pris en charge par le manutentionnaire ITO. Si la preuve avait contenu le moindre indice positif tendant à donner prise à la possibilité que des cartons aient pu disparaître en cours de route ou avoir été laissés à bord du navire, j'aurais hésité, mais dans l'état actuel du dossier, je crois, comme la défenderesse, que sa preuve est satisfaisante. Je reconnais qu'il y a dans cette preuve un faisceau de présomptions qui permet de conclure que les marchandises ont toutes été débarquées à Montréal et que la perte d'une partie d'entre elles n'est survenue que par la suite. (Sur la force et la qualité de la preuve requise en matière civile, voir *Hanes c. The Wawanesa Mutual Insurance Company* [1963] R.C.S. 154.)

La défenderesse Mitsui a donc raison. Puisqu'il n'est invoqué contre elle aucune faute lourde dans le choix de l'entreprise de manutention à laquelle elle a fait appel ou dans quelque autre agissement de sa part, et qu'il est en preuve que la perte n'est survenue qu'après déchargement, elle est pleinement protégée par la clause de non-responsabilité du contrat en vertu duquel elle est poursuivie.

against it therefore cannot succeed.

L'action intentée contre elle ne saurait donc réussir.

II

Now, the action against defendant ITO.

I have already pointed out that in its statement of claim plaintiff did not try to give a precise definition of the legal cause of its action against ITO, the cargo handling firm. At the hearing, its counsel had to be more specific: he pleaded delictual liability. Under Quebec law, the law applicable because the delict or quasi-delict would have been committed in Montreal by a person domiciled there, the liability would be that defined by article 1053 of the *Civil Code* of the Province of Quebec.² In my view, as I will explain later, the circumstances of the case at bar and the legal relations that these circumstances create between the parties indicate that the cause of action cannot be defined merely in delictual terms. For the time being, however, the action may be examined on this ground to determine whether the conditions giving rise to a remedy in delictual liability under the ordinary law exist, and especially whether defendant can be said to have committed a fault that caused the loss within the meaning of article 1053 of the *Civil Code*.

Seen in this way the action again poses a problem of evidence from the outset. It is an established principle that a person suing under article

² The wording of this article is well known:

Art. 1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

One might wonder, however, whether on this basis the action does not raise a problem of jurisdiction in this Court. No mention of it was made however, and it seems to me, in any case, that the activity of the cargo handling company is so closely linked to the contract of carriage by sea that any action in which it is directly involved, especially when joined to an action against the carrier itself, may be regarded as within the jurisdiction of this Court. (Compare *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen* (*supra* page 235).)

There remains the question of whether in exercising this jurisdiction in a maritime matter this Court can base itself on provincial law. On this point, however, it may be remembered that the principles of the common law in matters of tort refer to the law of the place in which the tort was allegedly committed. (Compare: *Stein v. The "Kathy K"* [1976] 2 S.C.R. 802.)

II

L'action contre la défenderesse ITO maintenant.

J'ai dit précédemment que la demanderesse, dans sa déclaration, n'avait pas cherché à définir de façon précise la cause juridique de son action contre ITO, l'entreprise de manutention. Son procureur au procès dut être plus précis: il plaida responsabilité délictuelle. Se référant au droit québécois, droit applicable étant donné que le délit ou quasi-délit aurait été commis à Montréal par une personne y domiciliée, il s'agirait de la responsabilité de droit commun fondée sur l'article 1053 du *Code civil* de la province de Québec.² Je dirai plus loin qu'à mon avis les circonstances de l'espèce et les relations juridiques que celles-ci créent entre les parties permettent de penser que la cause d'action n'est pas définissable sur le seul plan délictuel. Pour le moment cependant, il convient d'examiner l'action sur ce plan et voir si les conditions d'ouverture d'un recours en responsabilité délictuelle de droit commun se rencontrent, tout spécialement si on peut reprocher à la défenderesse une faute qui ait été cause de la perte, au sens de l'article 1053 du *Code civil*.

Envisagée comme telle, l'action pose encore ici au départ une difficulté de preuve. Il est de principe que celui qui poursuit en vertu de l'article

² Le texte en est bien connu:

Art. 1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

On pourrait toutefois se demander si, sur cette base, l'action ne soulève pas devant cette cour, un problème de juridiction. Mais personne n'en a parlé et il me semble de toute façon que l'activité de l'entrepreneur en manutention est si liée au contrat de transport maritime que toute action qui la met directement en cause, surtout jointe à une action contre le transporteur lui-même, peut être considérée du ressort de cette cour (comparer *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine* (*supra* à la page 235)).

Reste encore la question de savoir si dans l'exercice de cette juridiction en matière maritime, cette cour peut s'en rapporter au droit provincial, mais là on peut considérer que les principes de *common law* réfèrent en matière délictuelle au droit du lieu où le délit aurait été commis. (Comparer *Stein c. Le «Kathy K»* [1976] 2 R.C.S. 802.)

1053 of the *Civil Code* cannot take advantage of any legal presumption freeing him of his obligation to establish the existence of the components of liability; he must prove that defendant committed a wrongful act that caused the damage on which his claim is based. If the defendant at bar had given no explanation of the loss that occurred while the goods were in its custody, it would have been possible to speak of a presumption of fact, but the explanation is known: there was a burglary. In order to succeed in its action, plaintiff must prove that the theft was made possible or at least facilitated by wrongful acts for which defendant can be held liable. What, then, is shown by the evidence?

It does not appear necessary to analyze in detail the evidence concerning the circumstances of the theft. A summary will be sufficient. The theft took place on the evening of September 14. An employee of the firm used by defendant to provide the necessary security measures surprised the thieves in the act while making his round. Owing to the darkness and the distance, he could see only shadows that fled toward the water and disappeared over the end of the wharf. The thieves had evidently made use of a boat which they had moored along the wharf opposite the shed in which the goods were stored. When they fled they even left a pallet loaded with cartons halfway between the door of the shed and the side of the wharf. The port police were alerted and arrived on the scene at once. It was soon discovered that a hole about six or eight inches in diameter had been made in the wall of the warehouse beside one of the large front doors. Through this hole it was possible to reach the endless chain inside, which is used to operate a lever and raise the door.

This sequence of events leaves a number of questions unanswered, however, and it is in the replies to these questions that plaintiff finds proof of the faults which it alleges against defendant. First, how long were the thieves able to work undisturbed? Normally the security guards make their rounds at least every two hours after 5:30 p.m., and in fact this is suggested by the by-laws of the National Harbours Board, from which defendant leased its space. On that particular evening, however, as one of the two guards on duty had

1053 du *Code civil* ne peut se prévaloir d'aucune présomption légale le libérant de son obligation d'établir l'existence des éléments de la responsabilité; il se doit de prouver une faute du défendeur qui ait été cause du dommage qu'il réclame. Si la défenderesse ici n'avait fourni aucune explication de la perte survenue alors que les marchandises étaient sous sa garde, on aurait pu parler de présomption de faits; mais l'explication est connue: il y eut vol par effraction. Pour réussir dans son action, la demanderesse doit prouver que le vol a été rendu possible ou tout au moins facilité par des fautes susceptibles d'être reprochées à la défenderesse. Que révèle donc la preuve?

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

Ce scénario cependant laisse en plan un certain nombre de questions et c'est dans les réponses à ces questions que la demanderesse entend tirer la preuve des fautes qu'elle reproche à la défenderesse. Les voici. Premièrement, combien de temps les voleurs ont-ils pu opérer sans être dérangés? Normalement, à compter de 17.30 heures, les rondes des gardes de sécurité se succèdent au moins à toutes les deux heures, ce que suggèrent d'ailleurs les règlements du Conseil des Ports nationaux de qui la défenderesse était locataire. Ce

been delayed in another shed where work had gone on after normal hours and the other one had to stay in the security guards' shelter, there was no round at 7:30. The first round was the one during which the thieves were discovered. Secondly, was it only necessary for the thieves to reach the chain in order to open the door? Was there no security bolt on the door? Usually, these doors were locked using a padlock that held the two sections of the chain to a metal ring attached to the wall. That evening, however, the padlock was only holding the two sections of chain together, thus leaving two or three feet of play, and this allowed the door to be raised enough to permit entry. Thirdly, could the thieves handle the cases without any equipment? It was discovered that a motorized lifter had been left in the shed that evening, which was unusual, and that its motor was still warm shortly after the theft. Fourthly, are the premises not provided with some lighting that might hinder operations of this kind at night? Some lights are in fact left on, but there are not many of them and that evening there were even fewer than usual in the shed, since burned-out bulbs had not yet been replaced.

Plaintiff argues that the theft was unquestionably facilitated by defects in the security measures used to protect the goods: insufficient rounds by security guards, somewhat ineffective bolting, the presence of a lifter in the shed, poor lighting. In plaintiff's view this is enough to justify the conclusion that defendant was at fault and is therefore liable. I do not agree.

In order for such a claim to have merit and for the defects in security brought to light by the evidence to constitute faults on the part of defendant, it would of course have to be assumed that defendant was required to adopt and maintain a flawless system of security for safeguarding the goods. But I do not see how it can be claimed, in the context of a purely delictual action, independent of any contractual relationship, that defendant had to maintain such a foolproof security system. I

soir-là, cependant, comme l'un des deux gardes en devoir avait été retenu dans un autre hangar où le travail s'était poursuivi après les heures normales et que l'autre avait dû rester à la guérite, il n'y avait pas eu de ronde à 19.30 heures. La première ronde fut celle au cours de laquelle les voleurs furent surpris. Deuxièmement, suffisait-il aux voleurs de rejoindre la chaîne pour actionner la porte; n'y avait-il pas un verrou de sécurité sur cette porte? Effectivement, ces portes se verrouillent normalement à l'aide d'un cadenas qui immobilise les deux cordons de la chaîne à un anneau de métal fixé au mur, mais le cadenas ce soir-là ne faisait que lier ensemble les deux cordons, ce qui laissait une possibilité de jeu de deux à trois pieds permettant de lever la porte suffisamment pour y pénétrer. Troisièmement, les voleurs pouvaient-ils opérer en manipulant les caisses sans l'aide d'outil? On constata qu'un souleveur de charge motorisé (*lifter*) avait été laissé à l'intérieur du hangar ce soir-là, ce qui était exceptionnel, et son moteur était encore chaud peu après le vol. Quatrièmement, ne maintient-on donc pas sur les lieux un certain éclairage qui soit susceptible de gêner des opérations du genre, la nuit? Quelques lumières, en fait, sont laissées allumées, mais elles sont peu nombreuses et ce soir-là, dans le hangar, il y en avait encore moins, des ampoules brûlées n'ayant pas encore été remplacées.

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

Pour qu'une telle prétention soit fondée, pour que ces failles dans le système de sécurité que la preuve a mises en lumière puissent attester d'autant de fautes de comportement chez la défenderesse, il faut évidemment prendre pour acquis que celle-ci était tenue d'adopter et de maintenir, pour la garde des effets, un système de sécurité impeccable. Or, je ne vois pas comment, dans le cadre d'une action purement délictuelle et indépendante de toute relation contractuelle, il soit possible de

agree that the normal obligations of a cargo handling firm include that of adopting a faultless security system, but in my opinion these obligations do not exist where there is no contractual relationship. The general obligation of prudence and diligence that the ordinary law imposes on everyone through article 1053 of the *Civil Code* must certainly be analyzed in accordance with the circumstances, and clearly does not correspond to a uniform objective concept. Its content must be defined having regard to the personality, profession, calling of the individual sued in liability and to the activity he was engaged in when the damage occurred. This general obligation, however, analyzed with respect to a commercial firm such as defendant, cannot include all the duties that a cargo handling firm might have to assume when acting in its capacity of a commercial undertaking within the framework of a contract. Plaintiff cannot claim to bring its action independently of any contractual relationship and at the same time expect to judge defendant's conduct as if it were a cargo handling firm that had signed a contract assuming in full all the obligations of such an undertaking.

On the purely delictual level plaintiff has, in my view, failed to prove fault within the meaning of the general law.

Such a finding clearly weakens plaintiff's position, especially since the argument defeated is, as I said, the one on which plaintiff's counsel sought to rely most heavily at the trial; it is not, however, decisive. As above noted, the action as instituted does not allow a precise definition of the cause of action and consequently cannot be fully disposed of by a statement that it has no merit in delictual terms: it must also be determined whether it can be admitted on other grounds.

Can plaintiff not proceed against defendant as a cargo handling firm professionally responsible for safeguarding its goods and then criticize the failure in its security system as such? Two conditions would have to be fulfilled, however. First, it would have to establish its legal entitlement to act on that ground; and secondly, it would have to show that

prétendre que la défenderesse se devait de maintenir un système de sécurité aussi étanche. Je veux bien que parmi les obligations normales qu'une entreprise de manutention est appelée à assumer, il y ait celle d'adopter un système de sécurité sans faille, mais ces obligations n'existent pas, à mon sens, en dehors d'une relation contractuelle. L'obligation générale de prudence et de diligence que le droit commun, par l'article 1053 du *Code civil*, impose à tous, doit s'analyser certes selon les circonstances et ne correspond évidemment pas à une notion objective uniforme. Elle doit se voir attribuer un contenu qui tient compte de la personnalité, de la profession, du métier de celui qui est recherché en responsabilité et de l'activité que ce dernier exerçait au moment où est survenu le dommage. Mais une telle obligation générale analysée en fonction d'une entreprise comme celle que constitue la défenderesse ne saurait comprendre tous les devoirs qu'une entreprise de manutention peut avoir à assumer lorsqu'elle agit en sa qualité d'entreprise commerciale dans le cadre d'un contrat. La demanderesse ne peut prétendre poursuivre en dehors de toute relation contractuelle et vouloir en même temps juger de la conduite de la défenderesse comme s'il s'agissait d'une entreprise de manutention ayant assumé contractuellement les obligations pleines et entières d'une entreprise de cette nature.

Sur le plan strictement délictuel, la demanderesse, à mon avis, n'a pas prouvé faute, au sens du droit commun.

Une telle conclusion affaiblit évidemment la position de la demanderesse, surtout que cette position est, comme j'ai dit, celle que son procureur a surtout cherché à faire valoir au procès, mais elle n'est pas décisive. L'action telle qu'intentée ne permet pas, on l'a vu, une définition précise de la cause d'action, et pour en disposer pleinement il ne suffit pas de la déclarer non fondée sur le plan délictuel, il faut se demander si elle n'est pas recevable autrement.

La demanderesse ne peut-elle pas s'en prendre à la défenderesse en tant qu'entreprise de manutention chargée professionnellement de prendre garde de ses effets et lui reprocher alors les failles de son système de sécurité? Deux conditions seraient toutefois requises. Il lui faudrait premièrement établir qu'elle a qualité pour agir ainsi, et deuxièmement

the defence argument based on the no-liability clause in the contract of carriage is not an obstacle. It would normally be logical to ensure that the first of these conditions is fulfilled before inquiring about the second, but I shall adopt the contrary approach nevertheless. The means of defence drawn from the limitation of liability clause is in fact relied on by defendant against any remedy that may be claimed against it; secondly, it has given rise to decisions in the courts that cannot be ignored in trying to determine the merits of an action such as this one; and finally, its consideration will, I believe, automatically lead us to admit the fulfilment of the first condition, namely that plaintiff need not limit itself solely to delictual grounds.

This brings me to the heart of the debate which has occurred in the past few years, in academic forums and in the courts, regarding the legal effect of this clause, now common in marine carriage contracts, by which the carrier, the owner of the vessel, seeks to extend to its agents and those it calls upon to participate in performing the contract of carriage the benefit of the limitation of liability agreements that the shipper or owner of the goods has made with it. The clause is known in the trade as a "Himalaya" clause. It may be worded in various ways (and reading the decisions shows in effect a constant effort to improve its form in order to avoid any allegation of obscurity or ambiguity), but it can easily be identified by its objective. Clause 4 of the bill of lading here in question is certainly a Himalaya clause, and in my view, it cannot be ignored on the pretext that it would have failed to say clearly what it was intending to say. Neither can defendant be denied the right to avail itself of the means of defence it implies on the ground that a limitation of liability agreement has no effect in a case of gross negligence (see in particular *Eisen Und Metall A.G. v. Ceres Stevedoring Co. Ltd.* [1977] 1 Lloyd's Rep. 665; *Circle Sales & Import Limited v. The "Tarantel"* [1978] 1 F.C. 269). The shortcomings which may be found in defendant's behaviour as a cargo handling firm, in light of the facts that have been proved, in no way correspond to this concept of gross negligence, which, in my view, can be defined as negligence so serious that it can only be the result of stupidity and is for that reason social-

démontrer que le moyen de défense tiré de la clause de non-responsabilité du contrat de transport n'est pas un obstacle. La logique exigerait normalement que l'on s'assure de l'existence de la première des deux conditions, avant de s'interroger sur la seconde, mais je procéderai néanmoins en sens inverse. Le moyen tiré de la clause de non-responsabilité est en effet invoqué par la défenderesse à l'encontre de tout recours que l'on voudrait faire valoir contre elle; ensuite il a donné lieu en jurisprudence à des arrêts qu'on ne saurait ignorer en recherchant le mérite d'une action comme celle ici intentée; et enfin, sa considération conduira, je pense, automatiquement à admettre la réalisation de la première condition, soit la possibilité pour la demanderesse de se placer sur un terrain autre que purement délictuel.

Ceci m'emmène au cœur du débat qui, ces dernières années, s'est poursuivi en doctrine et en jurisprudence relativement à l'effet juridique de cette clause devenue courante dans les contrats de transport maritime par laquelle le transporteur, propriétaire du navire, cherche à étendre, à ses agents et à ceux appelés par lui à participer à l'exécution du contrat, le bénéfice des conventions de non-responsabilité que l'expéditeur ou propriétaire de la marchandise est appelé à lui concéder. Il s'agit, on le sait, de la clause connue dans le métier sous le nom de «Himalaya». Elle peut être rédigée de diverses façons (et on se rend compte, en lisant les arrêts, qu'effectivement la pratique a constamment cherché à en améliorer la forme pour la soustraire à tout reproche d'obscurité ou d'équivoque), mais son but permet aisément de l'identifier. La clause 4 du connaissement ici en cause est certes de la nature d'une clause Himalaya et elle ne saurait, à mon avis, être méconnue sur la seule base qu'elle ne dirait pas clairement ce qu'elle voulait dire. On ne saurait non plus nier à la défenderesse le droit de s'en prévaloir en l'espèce au motif qu'une convention de non-responsabilité ne pourrait de toute façon couvrir une faute lourde (voir notamment *Eisen Und Metall A.G. c. Ceres Stevedoring Co. Ltd.* [1977] 1 Lloyd's Rep. 665; *Circle Sales & Import Limited c. Le "Tarantel"* [1978] 1 C.F. 269). Les manquements que l'on pourrait lui reprocher en tant qu'entreprise de manutention eu égard aux faits prouvés ne sauraient convenir à cette notion de faute lourde, qu'on peut définir, à mon avis, comme une faute

ly intolérable. Il est nécessaire, donc, de disposer de l'argument soulevé par le défendeur sur la base de la clause, pour arriver à une décision sur l'efficacité d'une stipulation de cette nature.

La histoire de la clause Himalaya dans les tribunaux est bien connue. Mon frère Walsh J. récemment réaffirma dans *The "Tarantel"* (cité ci-dessus), et Tetley consacra plusieurs pages à elle (pp. 373 et seq.) dans la deuxième édition de son livre *Marine Cargo Claims*, publié récemment. Il n'est pas nécessaire pour moi de le répéter ici, sauf pour un bref aperçu de ses principales étapes.

La clause prend son nom d'une décision anglaise de la Cour d'appel de 1954, *Alder v. Dickson (the Himalaya)*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267, [1955] 1 Q.B. 158, où sa validité fut admise en principe pour la première fois. En 1961, cependant, dans *Midland Silicones, Ltd. v. Scruttons, Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 365, [1962] A.C. 446, la Chambre des Lords refusa de lui donner effet, estimant que la stipulation n'était pas suffisamment précise et que de toute façon les stevedores n'avaient pas participé au contrat intervenu entre l'expéditeur-proprétaire et le transporteur, ni n'avaient été représentés par ce dernier au moment où le contrat était intervenu. En 1970, dans la cause *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd. (The "Lake Bosomtwe")* [1971] S.C.R. 41, Ritchie J. de la Cour suprême, dans un passage de ses motifs de jugement, contesta à un stevedore le droit de limiter (et je cite à dessein) «sa responsabilité relative aux dommages... conformément aux dispositions de l'art. IV, règle 5 des Règles que l'on trouve à l'Annexe de la Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1952, c. 291, dispositions qui sont incorporées au contrat de transport dont les connaissements sont la preuve». Le passage était bref: le seul motif mis de l'avant était que le stevedore ne pouvait se prévaloir d'une clause d'un contrat dont il n'avait pas été partie et l'autorité de *Midland Silicones*.

Quatre ans plus tard, le Conseil privé, saisi d'une véritable clause Himalaya dans la cause *The New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The "Eurymedon")* [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 (P.C.); [1971] 2 Lloyd's Rep. 399 (N.Z.S.C.);

d'une gravité telle qu'elle ne peut résulter que de la sottise et est pour cela socialement intolérable. Il faut donc, pour juger du moyen de défense invoqué, prendre parti sur l'efficacité de la clause telle qu'elle se présente ici.

L'histoire jurisprudentielle de la clause Himalaya est bien connue. Mon collègue le juge Walsh dans *Le «Tarantel»* (ci-haut cité) l'a de nouveau exposée dernièrement, et Tetley, dans la deuxième édition de son livre *Marine Cargo Claims* publiée tout récemment, y consacre plusieurs pages (pp. 373 et suiv.). Il n'est pas utile que je la reprenne ici par-delà un très bref rappel de ses principales étapes.

La clause tire son nom d'une décision anglaise de la Cour d'appel de 1954, *Alder c. Dickson (the Himalaya)* [1954] 2 Lloyd's Rep. 267, [1955] 1 Q.B. 158, où sa validité fut une première fois, en principe, admise. En 1961, cependant, dans *Midland Silicones, Ltd. c. Scruttons, Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 365, [1962] A.C. 446, la Chambre des Lords refusait d'y attribuer quelque effet, invoquant principalement que la stipulation en l'espèce n'était pas suffisamment précise et que de toute façon les stevedores n'avaient pas participé au contrat intervenu entre l'expéditeur-proprétaire et le transporteur, ni n'avaient été représentés par ce dernier au moment où le contrat était intervenu. En 1970, dans la cause *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd. (Le «Lake Bosomtwe»)* [1971] R.C.S. 41, le juge Ritchie de la Cour suprême, dans un passage de ses motifs de jugement, contesta à un stevedore le droit de limiter (et je cite à dessein) «sa responsabilité relative aux dommages... conformément aux dispositions de l'art. IV, règle 5 des Règles que l'on trouve à l'Annexe de la Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1952, c. 291, dispositions qui sont incorporées au contrat de transport dont les connaissements sont la preuve». Le passage était bref: le seul motif mis de l'avant était que le stevedore ne pouvait se prévaloir d'une clause d'un contrat dont il n'avait pas été partie et l'autorité de *Midland Silicones* était invoquée.

Quatre ans plus tard, le Conseil privé, saisi d'une véritable clause Himalaya dans la cause *The New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. (L'«Eurymedon»)* [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 (C.P.); [1971] 2 Lloyd's Rep.

[1972] 2 Lloyd's Rep. 544 (N.Z.C.A.), concluded this time that the clause did in fact protect the stevedore. The majority judges took care first of all to specify clearly the significance of *Midland Silicones*, whose principles they were not seeking to contradict. On the contrary, they wished to follow the reasoning expressed by Lord Reid in that case regarding the conditions under which the "agency" doctrine could be applied in the case of agreements of this type. On the technical level, the reasoning adopted by the judges is difficult to condense, but its essential points, at least in so far as I understand it, may be summed up in two propositions. First, the unilateral undertaking that the shipper had made in the contract of carriage with regard to the stevedore, then represented by the carrier, had become a bilateral and complete contract when the stevedore actually picked up the goods. Secondly, by performing its work the stevedore had provided the shipper with services which formed the "consideration" which, as a contracting party, it had to provide, according to the principles of the common law, if the contract was to be binding upon it. In the final analysis, however, behind these technical explanations, it was the idea of respecting the intent of the parties that was decisive. Lord Wilberforce stated this quite clearly (at p. 540): "In the opinion of their Lordships, to give the appellant the benefit of the exemptions and limitations contained in the bill of lading is to give effect to the clear intentions of a commercial document, and can be given within existing principles. They see no reason to strain the law or the facts in order to defeat these intentions. It should not be overlooked that the effect of denying validity to the clause would be to encourage actions against servants, agents and independent contractors in order to get round exemptions (which are almost invariable and often compulsory) accepted by shippers against carriers, the existence, and presumed efficacy, of which is reflected in the rates of freight. They see no attraction in this consequence".

Finally, the last stage to be mentioned is in 1974, in *Eisen Und Metall A.G. v. Ceres Stevedoring Co. Ltd.* (cited above), where the Court of Appeal of the Province of Quebec, while finding

399 (N.Z.S.C.); [1972] 2 Lloyd's Rep. 544 (N.Z.C.A.), arrivait cette fois à la conclusion que la clause protégeait efficacement le stevedore. Les juges majoritaires prirent d'abord soin de bien préciser la portée de *Midland Silicones* dont ils ne cherchaient pas à contredire les principes. Ils voulaient, au contraire, suivre la pensée alors exprimée par lord Reid relativement aux conditions susceptibles de permettre une application de la doctrine de l'«agency» dans le cas de conventions de cette nature. Sur le plan technique, les juges adoptèrent un raisonnement difficile à condenser. Deux propositions peuvent en donner l'essentiel, du moins en autant que j'ai pu le bien saisir. D'une part, l'engagement unilatéral, que l'expéditeur avait pris dans le contrat de transport à l'égard du stevedore, lui-même représenté par le transporteur, s'était transformé en contrat bilatéral et complet au moment où le stevedore avait pris effectivement charge de la marchandise. D'autre part, en exécutant son travail, le stevedore avait rendu à l'expéditeur des services qui étaient devenus la «considération» qu'en tant que cocontractant il lui fallait fournir pour que le contrat, selon les principes de la *common law*, put avoir effet quant à lui. Au fond, cependant, par-delà ces explications techniques, c'était l'idée de respecter l'intention des parties qui l'avait emporté. Lord Wilberforce le déclarait sans ambages (à la page 540): [TRADUCTION] «De l'avis de leurs Seigneuries, le fait de donner à l'appelante le bénéfice des exemptions et des limitations contenues dans le connaissement revient à donner effet aux intentions claires d'un document commercial et peut intervenir dans le cadre des principes existants. Elles ne voient aucune raison de forcer le droit ou les faits afin de déjouer ces intentions. Il ne faut pas oublier que nier la validité de la clause aurait pour effet d'encourager les actions contre les préposés, les agents et les entrepreneurs indépendants afin de faire accepter par les expéditeurs, contre les transporteurs, des exemptions considérables (qui sont presque invariables et souvent obligatoires), dont l'existence et l'efficacité présumée se reflètent dans les taux de fret. Elles ne voient aucun avantage à cette conséquence».

Enfin dernière étape à mentionner: en 1974, dans la cause *Eisen Und Metall A.G. c. Ceres Stevedoring Co. Ltd.* (ci-haut citée), la Cour d'appel de la province de Québec, tout en condamnant

against a stevedore on the ground that the loss was the result of its gross negligence, nevertheless recognized from the outset its right in principle to avail itself of the Himalaya clause which it was relying on. The Court avoided technical explanations: its decision was based essentially on the finding that the clause reflected the clear intent of the parties.

As can be seen, supporters and opponents of the Himalaya clause can both claim to find support in the case law. Those in Canada who maintain that the clause is ineffective often claim to be in a better position in this respect because they can cite a decision of the Supreme Court (*cf. Tetley, op. cit.*, pp. 383 *et seq.*). I think, however, that it would be wrong to exaggerate the significance of the incidental observations of Ritchie J. in his decision on *The "Lake Bosomtwe"*, which are, in fact, so incidental that they seem to have completely escaped the official reporter who did not even mention them in his presentation. There is in fact no reason to assume that these observations were specifically concerned with a Himalaya clause, and taken literally they merely constitute a reminder of a specific principle: a person cannot avail himself of a contract to which he is not a party. It is true that this decision cannot be ignored, in view of its reference to *Midland Silicones* and the importance of the principle cited in the discussion of the problem that was raised, but it does not provide a clear solution and is not irremediably opposed to the idea that a clause of that nature may be valid.

For my part, I think that it must not be forgotten at the outset that the principle of the relative effect of the contract, the one reaffirmed by Ritchie J., is as applicable in Quebec law as in the common law. It is true that Quebec law more generally admits the possibility of a "stipulation for the benefit of another" within the meaning of article 1029 of the *Civil Code* of the Province of Quebec,³ but it would be difficult to interpret a Himalaya clause in a contract of carriage as such a "stipulation for the benefit of another", since it

³ Art. 1029. A party in like manner may stipulate for the benefit of a third person, when such is the condition of a contract which he makes for himself, or of a gift which he makes to another; and he who makes the stipulation cannot revoke it, if the third person have signified his assent to it.

un stevedore au motif que la perte était résultée de sa faute lourde, crut bon néanmoins de lui reconnaître au départ le droit de principe de se prévaloir de la clause Himalaya qu'il invoquait. La Cour ne s'embarrassa pas d'explications techniques: elle se fonda essentiellement sur la constatation que la clause reflétait l'intention claire des parties.

Comme on peut le voir, défenseurs et adversaires de la clause Himalaya peuvent tour à tour prétendre trouver dans la jurisprudence l'appui qu'ils recherchent. Les tenants de l'inefficacité au Canada prétendent souvent être en meilleure posture à cet égard sous prétexte qu'ils peuvent se réclamer d'une décision de la Cour suprême (*cf. Tetley, op. cit.*, pp. 383 *et suiv.*). Je pense toutefois qu'il ne faut pas exagérer la portée des remarques incidentes du juge Ritchie dans cet arrêt *Le «Lake Bosomtwe»*, si incidentes, au fait, qu'elles semblent même avoir complètement échappées au rapporteur officiel qui n'y fait même pas allusion dans sa présentation. Rien ne permet de dire en effet que ces remarques s'adressaient clairement à une clause Himalaya, et, prises littéralement, elles ne dépassent pas le rappel d'un principe précis: une personne ne saurait se prévaloir d'un contrat dont elle n'est pas partie. Sans doute, s'agit-il là d'une décision qui ne peut être ignorée, étant donné sa référence à l'arrêt *Midland Silicones* et l'importance du principe mis de l'avant dans la discussion du problème soulevé; mais elle ne fournit pas de solution nette et ne s'oppose pas irrémédiablement à la thèse de la validité.

Pour ma part, je pense qu'effectivement on ne peut oublier, au départ, que le principe de l'effet relatif du contrat, celui que réaffirme le juge Ritchie, est aussi valable en droit québécois qu'en *common law*. Il est vrai que le droit québécois admet plus généralement la possibilité d'une «stipulation pour autrui» au sens où l'entend l'article 1029 du *Code civil* de la province de Québec,³ mais une clause Himalaya dans un contrat de transport peut difficilement s'interpréter comme une telle «stipulation pour autrui», puisqu'elle ne

³ Art. 1029. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a signifié sa volonté d'en profiter.

clearly does not make anyone, and especially not the stevedore or cargo handler, a creditor of the promisor, the shipper-owner. The conclusion that as a result of this principle of the relative effect of the contract the stevedore or cargo handler cannot avail itself directly of a clause in the contract of carriage to which it was not a party, either directly or through an agent, seems to me to be unavoidable. I do not see how, at least in Quebec law and on the basis of the facts in the case at bar, it is possible (despite the affirmation found at the end of the clause in question here) to speak of the carrier as an agent or representative of the stevedore or the cargo handler at the time the contract of carriage was signed.

If, however, pursuing the reasoning in the context of Quebec law as required by the action as instituted, the facts of the case at bar are considered in their entirety, I do not think defendant's position can be defined simply as that of a stevedore relying on a clause in the contract of carriage between the shipper-owner and the marine carrier. To do this would, I think, be to forget that defendant ITO is here relying primarily on its own contract for services with the carrier, in which it was careful to provide, by means of a clause whose purpose is clear despite its obscure wording,⁴ that its liability for the custody of the goods would be limited to the extent permitted by the contract of

⁴ Namely, clause 7:

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

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

rend évidemment personne, surtout pas le stevedore ou le manutentionnaire, créancier du promettant, l'expéditeur-propriétaire. Que par application du principe de l'effet relatif du contrat, le stevedore ou manutentionnaire ne puisse se prévaloir directement d'une clause du contrat de transport auquel il n'a été partie ni directement, ni par mandataire, me paraît une conclusion inévitable. Je ne vois pas comment, en droit québécois au moins et à partir des faits de la présente cause, il soit possible (et ce, malgré l'affirmation que l'on retrouve à la fin de la clause ici en jeu) de parler du transporteur comme d'un agent ou mandataire du stevedore ou du manutentionnaire, au moment où le contrat de transport est intervenu.

Mais si, poursuivant le raisonnement dans l'optique du droit québécois comme le souhaite l'action telle qu'intentée, on considère dans son ensemble les faits de la présente cause, je ne crois pas qu'on puisse définir la position de la défenderesse comme étant simplement celle d'un stevedore qui invoque sans plus la clause du contrat de transport intervenu entre l'expéditeur-propriétaire et la compagnie maritime. Ce serait oublier, je pense, que la défenderesse ITO s'en remet ici d'abord à son propre contrat de services avec le transporteur, contrat dans lequel, par une clause rédigée de façon obscure mais qui ne laisse pas de doute quant à son objet,⁴ elle a pris soin de prévoir que sa

⁴ Il s'agit de la clause 7:

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

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

carriage itself and the Himalaya clause contained therein. It was under this contract for services with the carrier that defendant agreed to take charge of the goods that had been carried and it is in this contract that its obligations with regard to these goods were defined. The shipper-owner itself knew that this contract for services would intervene at one point during the carriage of its goods: this had been revealed by the Himalaya clause and the terms, in so far as they could affect it as owner, had been foreseen and authorized by it. It was this contract that made possible the meeting of the minds of the three parties. The shipper-owner did not formally subscribe to it, but since it was to benefit from it and since it had agreed to it in advance, it must be regarded as present, and whether through a representative or as a third-party beneficiary (in accordance with the theory of stipulation for the benefit of another found in Quebec law) is of little importance.

In my view, if plaintiff, the shipper-owner, can take action against defendant ITO in its capacity as a professional cargo handler, and thus otherwise than on a strictly delictual basis, it is because plaintiff can avail itself of this contract for services between the carrier and ITO, concluded in part for its own benefit as owner and with its express authorization. It cannot, however, act in this way without accepting the contract in its entirety. This is why I think that defendant is entitled to oppose the action by relying on the limitation of liability clause in the contract that it signed, with a reference to the Himalaya clause originally provided in the contract of carriage itself. In my opinion, legal analysis not only permits but requires that the clear intent of the parties be given effect, as recommended by the Privy Council (in *The "Eurymedon"*) and by the judges of the Court of Appeal of Quebec (in *Eisen Und Metall A.G. v. Ceres Stevedoring Co. Ltd.*).

Those opposed to the Himalaya clause in contracts of carriage seek to use technical arguments to avoid giving effect to the intent of the parties on the pretext, essentially, that the contract is a standard-form contract imposed on the shipper-owner and that limitation of liability clauses contained in it are likely to encourage negligence. I

responsabilité quant à la garde des effets serait limitée dans la mesure que le permettaient le contrat de transport lui-même et la clause Himalaya qui s'y trouvait. C'est en vertu de ce contrat de services conclu avec le transporteur que la défenderesse a accepté de prendre en charge les effets transportés et c'est dans ce contrat qu'elle a défini ses obligations à leur sujet. Ce contrat de services, l'expéditeur-propriétaire lui-même savait qu'il interviendrait au cours du transport de sa marchandise: il lui avait été dénoncé par cette clause Himalaya et ses modalités, en autant qu'elles pouvaient l'affecter, avaient été prévues et autorisées par lui. C'est ce contrat qui a permis la rencontre des volontés des trois parties. L'expéditeur-propriétaire n'y a pas formellement souscrit, mais, comme il devait en être bénéficiaire et qu'il y a acquiescé à l'avance, il doit être tenu comme y étant présent, soit en tant que représenté ou en tant que tiers bénéficiaire (suivant la théorie de la stipulation pour autrui du droit québécois), peu importe.

A mon avis, si la demanderesse, expéditeur-propriétaire, peut poursuivre la défenderesse ITO en sa qualité de manutentionnaire, donc autrement que sur le plan strictement délictuel, c'est qu'elle peut se prévaloir de ce contrat de services que le transporteur a conclu avec ITO, en partie à son bénéfice à elle propriétaire et avec son autorisation expresse. Elle ne saurait cependant agir en cette qualité, sans évidemment accepter le contrat en son entier. C'est pourquoi, à mon sens, la défenderesse est en droit de lui opposer la clause de non-responsabilité que le contrat qu'elle a souscrit contenait en se référant à la clause Himalaya initialement prévue au contrat de transport lui-même. L'analyse juridique non seulement permet mais exige, à mon avis, qu'il soit donné suite à l'intention manifeste des parties, comme le veulent les Lords du Conseil privé (dans la cause *L'«Eurymedon»*) et les juges de la Cour d'appel du Québec (dans *Eisen Und Metall A.G. c. Ceres Stevedoring Co. Ltd.*).

Les adversaires de la clause Himalaya dans les contrats de transport cherchent par des arguments techniques à éviter qu'il soit donné suite à l'intention des parties sous prétexte, au fond, que le contrat en serait un d'adhésion imposé à l'expéditeur-propriétaire et que ces clauses de non-responsabilité sont susceptibles de favoriser la négligence.

wonder whether giving effect to the intention of the parties places the shipper in a more disadvantageous situation than he would be in if the carrier simply required him to contract directly with the cargo handlers. I also doubt whether the practical effect of these clauses would be anything other than to clarify the division of insurance costs among the parties. In any case, while such considerations (contract of adhesion, abuse of limitation of liability clauses) may well lead to legislative intervention, as was the case for the actual marine carrier, they can hardly serve as the basis of a judge's decision.

I therefore find that defendant ITO cannot be held liable for the loss on the sole ground of delict because it committed no fault that could be regarded as a delict; and that on any grounds other than delict it was protected by the limitation of liability clause provided in its contract with Mitsui, which plaintiff agreed to when it accepted the Himalaya clause in the contract of carriage.

The action is consequently without merit against defendant ITO as well as against defendant Mitsui, and must therefore be dismissed.

Je me demande si, en donnant suite à l'intention des parties, on place l'expéditeur dans une situation plus désavantageuse que si le transporteur exigeait tout simplement de lui qu'il contracte directement avec les manutentionnaires; je doute aussi, qu'en pratique l'effet de ces clauses soit autre que celui de clarifier le partage entre les uns et les autres des coûts d'assurance à assumer. Mais de toute façon, des considérations de cette nature (contrat d'adhésion, abus de clauses de non-responsabilité) peuvent fort bien susciter une intervention du législateur, comme ce fut le cas pour la partie proprement maritime du transport, mais elles peuvent difficilement fonder la décision d'un juge.

Ma conclusion est donc que la défenderesse ITO ne saurait être tenue responsable de la perte sur le seul plan délictuel parce qu'elle n'a pas commis de faute susceptible de lui être délictuellement reprochée, et sur un plan autre que délictuel, elle était protégée par la clause de non-responsabilité que son contrat avec Mitsui prévoyait et à laquelle la demanderesse avait acquiescé en souscrivant à la clause Himalaya du contrat de transport.

L'action par conséquent n'est pas plus fondée contre la défenderesse ITO que contre la défenderesse Mitsui. Elle devra donc être rejetée à l'égard de l'une comme de l'autre.