

A-408-88

A-408-88

Great Lakes Towing Company (*Appellant*)Great Lakes Towing Company (*appelante*)

v.

c.

North Central Maritime Corporation (*Respondent*)<sup>a</sup> North Central Maritime Corporation (*intimée*)

A-409-88

A-409-88

Great Lakes Towing Company, The Tug *Ohio* and the Tug *South Carolina* (*Defendants-Appellants*)<sup>b</sup> Great Lakes Towing Company, le remorqueur *Ohio* et le remorqueur *South Carolina* (*défendeurs-appellants*)

v.

c.

The Owners and Operators of the M.V. *Rhône*, Vinalmar S.A. of Basle, Switzerland, The M.V. *Rhône* (*Plaintiffs-Respondents*)<sup>c</sup> Les propriétaires et exploitants du navire *Rhône*, Vinalmar S.A. de Bâle, Suisse, le navire *Rhône* (*demandeurs-intimés*)

and

et

The M.V. *Peter A.B. Widener*, The Owners and Operators of the M.V. *Peter A.B. Widener*, The Tug *Ste. Marie II*, The Tug *Rival*, McAllister Towing & Salvage Ltd., Bury Court Shipping Company Ltd., North Central Maritime Corporation, Seaway Dredge & Dock Company Incorporated (Now "Seaway Towing Inc.") (*Defendants-Respondents*)<sup>d</sup> Le navire *Peter A.B. Widener*, les propriétaires et exploitants du navire *Peter A.B. Widener*, le remorqueur *Ste. Marie II*, le remorqueur *Rival*, McAllister Towing & Salvage Ltd., Bury Court Shipping Company Ltd., North Central Maritime Corporation, Seaway Dredge & Dock Company Incorporated (maintenant «Seaway Towing Inc.») (*défendeurs-intimés*)INDEXED AS: *RHÔNE (THE) v. PETER AB WIDENER (THE)* (C.A.)<sup>e</sup> RÉPERTORIÉ: *RHÔNE (LE) c. PETER AB WIDENER (LE)* (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins JJ.A.—Montréal, November 7 and 8, 1989; Ottawa, February 6, 1990.

<sup>f</sup> Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 7 et 8 novembre 1989; Ottawa, 6 février 1990.

*Maritime law — Torts — Appeal from trial judgment finding two tugs and barge under tow responsible for damages caused by collision between barge and moored vessel — Helper tugs not liable where under control and management of superior tug — No obligation to lead disculpatory or any evidence — Res ipsa loquitur not creating presumption of law — Limitation of liability under Canada Shipping Act, s. 575 — Owners must show no actual fault of physical person who is directing mind and will of company — Inadequate supervision of captain of lead tug not constituting actual fault as not contributing to casualty — Person responsible for fleet maintenance not in actual fault in light of finding inspections numerous and sophisticated — Finding of actual fault making shipowners insurers whenever casualty resulting from equipment failure, contrary to law — Captain of lead tug directing mind and will of corporate owner because of extended duties*

<sup>g</sup> *Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Appel d'un jugement de première instance tenant deux remorqueurs et une barge remorquée responsables des dommages résultant de la collision survenue entre la barge et un navire amarré — Non-responsabilité des remorqueurs auxiliaires qui sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur — Pas d'obligation de présenter une preuve disculpatoire ou toute autre preuve — La règle res ipsa loquitur ne crée pas une présomption de droit — Limitation de responsabilité en vertu de la Loi sur la marine marchande du Canada, art. 575 — Les propriétaires doivent établir l'absence de faute réelle de la part de la personne physique qui incarne l'âme dirigeante de la compagnie — La surveillance inadéquate du capitaine du remorqueur de tête ne constitue pas une faute réelle car elle n'a pas contribué à l'accident — Le responsable de l'entretien de la flotte n'a pas commis de faute réelle compte tenu du nombre et du caractère sophistiqué des inspections — Il est contraire à la règle de droit de faire des propriétaires de navires des assureurs en leur imputant une faute réelle dans tous les cas d'accidents résultant d'un bris d'équipement — Le capitaine du remorqueur de tête est l'une des âmes dirigeantes*

for conduct of whole flotilla — Sufficient to support dismissal of claim to limit liability.

*Maritime law — Contracts — Contributory negligence of barge owners in contract action not pleaded, although pleaded in related tort action — Cannot be raised for first time on appeal — Limitation of liability clause in published tariff of rates not binding as no evidence defendant receiving copy of tariff or informed of its existence.*

These were appeals from the trial judgment finding two tugs (the *Ohio* and the *South Carolina*) and the tow (*Peter A.B. Widener*) liable for damages sustained by the *Rhône*. The *Rhône* was moored at a pier in the Port of Montréal when it was struck by the *Widener*, a barge which was in tow of four tugs. The *Ohio* was the lead tug and her master had overall command of the tow. The current caused the *Widener* to shear to starboard, placing strain on the *Ohio's* towing machine and causing the fair-lead to break. The shear proved uncontrollable and the collision resulted. The owners of the *Rhône* brought an action in tort against all five ships in the flotilla and the owners of the *Widener* brought an action in contract against the tug owners. The Trial Judge found that the collision was caused by faults committed in the navigation of the *Ohio*, the *Widener* and the *South Carolina*. He also found the *Widener* at fault for failing to maintain proper communication with the master of the *Ohio* and for not dropping anchor. He held that there was a presumption of fault against the *South Carolina* which had not been rebutted because her master had not given evidence at trial. He assigned eighty per cent of the responsibility to the owners of the two tugs and the balance to the owners of the *Widener*. He dismissed the tug owners' claim to limit their liability under *Canada Shipping Act*, paragraph 575(1)(d) which limits a shipowner's liability where property damage is caused through the act or omission of any person, whether on the ship or not, in the navigation of the ship where the shipowner is not actually at fault. He found that the directing mind and will of the corporate owners of the tugs was represented by the captains and that it had not been shown that the collision had occurred without actual fault and privity on their part. In the contract action, he ordered that the owners of the *Widener* should recover the entire amount of their damage from the owners of the responsible tugs, finding that said owners were in breach of their contractual obligations and that the limitation of liability in the published tariff did not form part of the contract between the parties. In dismissing the action against one of the tugs, the Trial Judge made a Sanderson order by which the costs of the successful defendant were to be borne by the unsuccessful defendants. The issues on appeal concerned findings of liability arising from damage caused to the *Rhône*, the rights of the tug owners to limit liability under the *Canada Shipping Act* and liability arising from damage caused to the *Widener*.

de la personne morale propriétaire en raison de l'étendue de ses responsabilités dans la conduite de la flotille — Cette conclusion suffit à justifier le rejet de la demande de limitation de la responsabilité.

*Droit maritime — Contrats — La négligence concourante des propriétaires de la barge n'a pas été plaidée en défense à l'action contractuelle, bien qu'elle l'ait été dans l'action délictuelle connexe — Ce moyen ne peut être soulevé pour la première fois en appel — La clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié des taux n'est pas contraignante vu qu'il n'y a aucune preuve établissant que la défenderesse a reçu un exemplaire du tarif ou a été informée de son existence.*

Il s'agit d'appels interjetés à l'encontre du jugement de première instance tenant deux remorqueurs (l'*Ohio* et le *South Carolina*) ainsi que la remorque (*Peter A.B. Widener*) responsables des dommages subis par le *Rhône*. Le *Rhône* était amarré à quai dans le port de Montréal lorsqu'il a été frappé par le *Widener*, une barge tirée par quatre remorqueurs. L'*Ohio* était le remorqueur de tête et son capitaine avait l'entier commandement du remorquage. Le courant a fait dériver le *Widener* à tribord, ce qui a exercé une pression sur l'appareil de remorquage de l'*Ohio* et entraîné le bris du guide-câbles. La dérive s'est révélée incontrôlable, d'où la collision. Les propriétaires du *Rhône* ont intenté une action délictuelle contre les cinq navires de la flotille et les propriétaires du *Widener* ont intenté une action contractuelle contre les propriétaires des remorqueurs. Le juge de première instance a conclu que la collision avait été causée par les fautes de navigation commises par l'*Ohio*, le *Widener* et le *South Carolina*. Il a également jugé que le *Widener* était fautif pour avoir négligé d'assurer une communication adéquate avec le capitaine de l'*Ohio* et n'avoir pas jeté l'ancre. Il a conclu qu'il existait contre le *South Carolina* une présomption de faute qui n'avait pas été réfutée parce que son capitaine n'avait pas témoigné à l'audience. Il a attribué quatre-vingt pour cent de la faute aux propriétaires des deux remorqueurs et le solde aux propriétaires du *Widener*. Il a rejeté la demande des propriétaires des remorqueurs qui cherchaient à limiter leur responsabilité en vertu de *Loi sur la marine marchande du Canada*, alinéa 575(1)d), qui limite la responsabilité du propriétaire d'un navire en cas d'avarie causée, sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord, dans la navigation du navire. Il a conclu que l'âme dirigeante de la compagnie propriétaire des remorqueurs était incarnée par les capitaines et qu'il n'avait pas été établi que la collision était survenue sans faute ou complicité réelle de leur part. Dans l'action contractuelle, il a ordonné que les propriétaires du *Widener* soient entièrement dédommés par les propriétaires des remorqueurs responsables, estimant que ces derniers n'avaient pas exécuté leurs obligations contractuelles et que la clause limitative de responsabilité contenue dans le tarif publié ne faisait pas partie du contrat intervenu entre les parties. En rejetant l'action contre l'un des remorqueurs, le juge de première instance a prononcé une ordonnance de type Sanderson aux termes de laquelle les frais de la défenderesse ayant eu gain de cause devaient être supportés par les défendeurs perdants. Les questions soulevées en appel portent sur la responsabilité résultant des dommages causés au *Rhône*, le droit des propriétaires des remorqueurs de limiter leur responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ainsi que sur la responsabilité résultant des dommages causés au *Widener*.

*Held*, the appeals should be dismissed except the condemnation against the tug *South Carolina* should be struck.

Although the Trial Judge's findings of fault against the *Ohio* were solidly based in the evidence, his finding of fault against the *South Carolina* was based on what he perceived to be a failure on the part of that ship to lead any evidence as to her actions at the critical time. The Trial Judge approached the matter as if the rule of *res ipsa loquitur* created a presumption of law, which it does not. It is simply a description of a situation. The Trial Judge also erred in thinking that there was no evidence as to the orders received by the *South Carolina*, the manner of carrying them out and the decision to get out of the way. Statements of the two captains on board the *South Carolina* entered into evidence by agreement, and the examination for discovery of the captain of the *Ohio* indicated that the *South Carolina* carried out the orders received from the tug *Ohio* up to and including the moment of collision. Helper tugs should not be condemned for a fault not their own, where they are under the control and management of a superior tug. The *South Carolina* was under no obligation to lead independent evidence to disculpate herself, or indeed to lead any evidence at all. Since there was uncontradicted evidence as to the *South Carolina's* actions and as it was wholly disculpatory, the Trial Judge erred in finding this tug at fault. As to the liability of the *Widener*, the Trial Judge found its captain negligent for failing to inform himself as to what was going on on board the *Ohio* when the towing machine broke, not simply for failing to communicate with the captain of the *Ohio*. Although the captain testified that he had no reason to suspect that anything was wrong, it was open to the Trial Judge to prefer the expert's evidence (that if the captain had been keeping a proper lookout, he could not have failed to realize that the *Ohio* had lost control of the tow) to that of the captain. There was no manifest error. Once it is accepted that the captain on the *Widener* was negligent in not realizing what was happening on board the *Ohio*, the Trial Judge's further finding that he was at fault for failure to drop anchor was understandable. Dropping anchor was one of the few things the *Widener* could do in her own navigation. The Trial Judge's acceptance of evidence that a timely dropping of anchors would have prevented the collision justified his finding of fault. Furthermore, the *Widener's* owners had placed her in command of a captain, who was their servant and for whose actions they were responsible. They cannot escape liability for errors of navigation of their own servant. Failure to drop anchor was a specific error in the navigation of the *Widener*, not an error in the navigation of the tug. The Trial Judge's apportionment of liability was reasonable and would have been the same even in the absence of the

*Arrêt*: les appels devraient être rejetés, sauf quant à la condamnation prononcée contre le remorqueur *South Carolina* qui devrait être radiée.

Bien que la conclusion du juge de première instance selon laquelle une faute devait être imputée à l'*Ohio* ait été solidement appuyée par la preuve, il a attribué une faute au *South Carolina* en se fondant sur ce qu'il a perçu comme le défaut de la part de ce navire de présenter une preuve concernant ses agissements au moment critique. Le juge de première instance a abordé la question comme si la règle *res ipsa loquitur* créait une présomption de droit, ce qui n'est pas le cas. Elle ne fait que décrire une situation. Le juge de première instance a également commis une erreur en croyant qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve concernant les ordres qu'avait reçus le *South Carolina*, la manière dont il les avait exécutés et la décision de se dégager. Les déclarations faites par les deux capitaines à bord du *South Carolina* déposées d'un commun accord en preuve, ainsi que l'interrogatoire au préalable du capitaine de l'*Ohio* indiquent que le *South Carolina* a exécuté les ordres qu'il a reçus du remorqueur *Ohio* jusqu'au moment et à l'instant même de la collision. Les remorqueurs auxiliaires ne sauraient être condamnés pour une faute qui n'est pas la leur lorsqu'ils sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur. Le *South Carolina* n'était aucunement tenu de présenter une preuve indépendante pour se disculper, voire même de présenter quelque preuve que ce soit. Étant donné que les agissements du *South Carolina* ont fait l'objet d'une preuve non contredite et entièrement disculpatoire, le juge de première instance était dans l'erreur lorsqu'il a conclu à la faute de ce remorqueur. En ce qui concerne la responsabilité du *Widener*, le juge de première instance a conclu à la négligence de son capitaine, non pas simplement parce qu'il n'avait pas communiqué avec le capitaine de l'*Ohio*, mais parce qu'il ne s'était pas enquis de ce qui se passait à bord de l'*Ohio* au moment du bris de l'appareil de remorquage. Bien que le capitaine ait déclaré dans son témoignage n'avoir eu aucune raison de penser que quelque chose n'allait pas, il était loisible au juge de première instance de préférer le témoignage de l'expert (portant que s'il avait assuré une surveillance adéquate, le capitaine n'aurait pu manquer de voir que l'*Ohio* avait perdu le contrôle de la remorque) à celui du capitaine. Il n'y a eu aucune erreur manifeste. Une fois qu'on a admis que le capitaine à bord du *Widener* a fait montre de négligence en ne se rendant pas compte de ce qui se passait à bord de l'*Ohio*, il devient facile de comprendre l'autre conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine a commis une faute en ne jettant pas l'ancre. La décision de jeter l'ancre était l'une des rares que le *Widener* pouvait prendre de son propre chef. C'est sur les éléments de preuve établissant que la collision aurait pu être évitée si les ancres avaient été jetées en temps voulu que le juge de première instance s'est appuyé pour conclure à la faute du *Widener*. Au surplus, les propriétaires du *Widener* avaient placé leur navire sous le commandement d'un capitaine qui était leur préposé et des actes duquel ils étaient responsables. Ils ne peuvent échapper à toute responsabilité pour les erreurs de navigation commises par leur propre préposé. Le défaut de jeter l'ancre constituait une erreur de navigation spécifique dans la conduite du *Widener*, et non une erreur dans la conduite du remorqueur. Le partage de la responsabilité était raisonnable et aurait été identique en l'absence du *South Carolina*. Le prononcé d'une ordonnance San-

*South Carolina*. It was within the Trial Judge's discretion to make a Sanderson order.

The owners of a tug can limit their liability based on the tonnage of the tug alone. The burden of establishing that he is without "actual fault" and is therefore entitled to limit liability falls upon the shipowner and is a heavy one. Where a ship is owned by a body corporate, the actual fault which will have the effect of denying the benefit of the statutory limitation of liability to the corporate shipowner must be that of a physical person who is "the directing mind and will" of the company. The Trial Judge found actual fault in the vice-president of the tugs' corporate owner because of his inadequate supervision of the captain of the *Ohio*. While an owner may be in actual fault through sins of omission, such omissions must be causally related to the casualty. There was no suggestion that a lack of supervision by the owners contributed to the casualty. The captain's specific acts of negligence were within the normal authority and scope of activity of a captain. Secondly, the Trial Judge erred in finding that the man responsible for maintenance and repairs of the fleet was in actual fault. Although there was a causal relation between the breaking of the towing machine and the damage, the Trial Judge imposed an impossibly high standard upon the owners. He described the company's equipment inspection and maintenance systems as "numerous and sophisticated". The consequence of his finding is to turn shipowners into insurers every time a casualty results from an equipment failure. That is not the law. Finally, although the case was at the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification there was no error in principle or palpable misunderstanding of the facts when the Trial Judge found that the captain of the tug, *Ohio* was a directing mind and will of the corporate owner. The question of who is a corporation's alter ego or directing mind and will is essentially one of fact: a corporation may have more than one "directing mind and will" and different persons may constitute the alter ego for specific purposes; and, an individual may by reason of geographical isolation or other circumstances be considered to be the alter ego for certain purposes even though that individual may not occupy a position at the top of the corporate hierarchy. Kelch had extended duties with respect to the whole fleet. He was the towmaster and vested with authority to give commands to all the captains of the fleet, although his appointment to command the flotilla was not made by or with the knowledge of anyone senior to him in the organization. He was described as part of management, as being a salaried employee, as the fleet captain, the "trouble shooter" and the person responsible for breaking in new captains. He also took care of the papers for all 44 of the tugs. The fact that he was also acting as master and that his negligence was committed in that capacity is irrelevant. In light of the heavy burden on the shipowner who invokes the statutory limitation, these circumstances were enough to permit the Trial Judge to find that Captain Kelch was a directing mind and will of the corporate owner, at least for the purposes of this specific tow. The finding

person relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

Les propriétaires d'un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité en fonction de la seule jauge du navire. C'est au propriétaire du navire qu'il appartient d'établir l'absence de «faute réelle» de sa part, et donc son droit de limiter sa responsabilité. C'est un lourd fardeau. Dans le cas où un navire est la propriété d'une personne morale, la faute réelle qui aura pour effet de priver cette personne morale du bénéfice de la limitation légale de responsabilité devra être celle de la personne physique qui en incarne «l'âme dirigeante». Le juge de première instance a conclu à la faute réelle du vice-président de la personne morale propriétaire des remorqueurs en raison de la surveillance inadéquate qu'il aurait exercée sur le capitaine de l'*Ohio*. Même si un propriétaire peut se rendre coupable de faute réelle par omission, il reste qu'il doit y avoir un lien de causalité entre ces omissions et l'accident. Or rien n'indique que le défaut de surveillance des propriétaires ait contribué à l'accident. Les actes spécifiques de négligence imputés au capitaine relevaient de l'autorité et de la compétence normales d'un capitaine. En second lieu, le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu faute réelle de la part de l'homme qui était responsable de l'entretien et de la réparation de la flotte. Bien qu'il y ait eu une relation causale entre le bris de l'appareil de remorquage et le dommage, le juge de première instance a imposé aux propriétaires une norme d'une rigueur impossible à satisfaire. Il a décrit les systèmes d'inspection et d'entretien de l'équipement de la compagnie comme «nombreux et sophistiqués». Les conclusions du juge de première instance à cet égard ont pour effet de transformer les propriétaires de navires en assureurs chaque fois qu'un accident résulte d'un bris d'équipement. Telle n'est pas la règle de droit. Enfin, bien que l'espèce se situe à la limite extrême de l'application de la doctrine de l'identification corporative, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de principe ou fait montre d'une incompréhension manifeste des faits lorsqu'il a jugé que le capitaine du remorqueur *Ohio* était une âme dirigeante de la personne morale propriétaire. La question de savoir qui est l'alter ego ou l'âme dirigeante d'une compagnie est essentiellement une question de fait: une compagnie peut avoir plus d'une «âme dirigeante» et différentes personnes peuvent incarner l'alter ego pour des fins spécifiques; un individu peut aussi, en raison de l'isolement géographique ou d'autres circonstances, être considéré comme l'alter ego pour certaines fins, même s'il n'occupe pas officiellement une position au sommet de la hiérarchie. Le capitaine Kelch assumait des responsabilités étendues à l'égard de l'ensemble de la flotte. Maître du remorquage, il avait le pouvoir de donner des ordres à tous les capitaines, encore que sa nomination aux commandes de la flotille n'émanait pas ni n'avait été faite à la connaissance de ses supérieurs au sein de l'organisation. On le décrit comme membre de la direction de la compagnie, employé salarié, capitaine de la flotte, expert en dépannage et responsable de l'entraînement des nouveaux capitaines. C'est également lui qui s'occupait des documents des 44 remorqueurs. Le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il a commis sa négligence n'est pas pertinent. Compte tenu du lourd fardeau qui incombe au propriétaire de navire invoquant la limitation de responsabilité prévue par la loi, l'ensemble de ces faits permettait au juge de première instance de conclure que le capitaine Kelch incarnait une âme dirigeante de

with respect to Kelch is enough to support the dismissal of the claim of the owner to limit liability under the Act.

The Trial Judge did not apportion damages in the contract action for damage to the *Widener*. Although contributory negligence was pleaded in the tort action, it was not pleaded in the contract action and was not considered. It cannot be raised for the first time on appeal. The plaintiff was not bound by a limitation of liability clause in its published tariff of rates since there was no evidence that the defendant received a copy of the tariff or was even informed of the existence of a tariff containing a limitation of liability.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 575(1).  
*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Richardson (James) & Sons, Ltd. v. "Robert J. Paisley"*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.); *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*, [1915] A.C. 705 (H.L.); *Wishing Star Fishing Co. v. B.C. Baron (The)*, [1988] 2 F.C. 325; (1987), 45 D.L.R. (4th) 321; 81 N.R. 309 (C.A.); *Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; (1985), 19 C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321.

##### DISTINGUISHED:

*The Lady Gwendolen*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.); *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.); *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

##### CONSIDERED:

*The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.); *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*, [1969] 2 O.R. 305; (1969), 5 D.L.R. (3d) 263; [1969] 3 C.C.C. 263; 59 C.P.R. 97; 7 C.R.N.S. 265 (C.A.); *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666 (Que. C.A.).

##### REFERRED TO:

*Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.); *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 F.C. 648 (T.D.); *Apple Computer, Inc. et al. v. Mackintosh Computers Ltd. et al.* (1987), 43 D.L.R.

la personne morale propriétaire, du moins aux fins de ce remorquage spécifique. La conclusion qu'il tire à l'endroit du capitaine Kelch suffit à justifier son rejet de la limitation de responsabilité revendiquée en vertu de la Loi.

Dans l'action contractuelle, le juge de première instance n'a pas partagé la responsabilité quant aux dommages causés au *Widener*. Bien que la négligence concourante ait été plaidée dans l'action délictuelle, ce moyen n'a pas été soulevé dans l'action contractuelle et n'a donc pas été examiné. Il ne saurait être soulevé pour la première fois en appel. La demanderesse n'était pas liée par la clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié de ses taux étant donné que rien ne prouve que la défenderesse ait reçu une copie du tarif ou même qu'elle ait été informée de l'existence d'un tarif comportant une clause semblable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 575(1).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Richardson (James) & Sons, Ltd. v. "Robert J. Paisley"*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.); *Stein et autres c. "Kathy K" et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*, [1915] A.C. 705 (H.L.); *Wishing Star Fishing Co. c. B.C. Baron (Le)*, [1988] 2 C.F. 325; (1987), 45 D.L.R. (4th) 321; 81 N.R. 309 (C.A.); *Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; (1985), 19 C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*The Lady Gwendolen*, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.); *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.); *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.); *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*, [1969] 2 O.R. 305; (1969), 5 D.L.R. (3d) 263; [1969] 3 C.C.C. 263; 59 C.P.R. 97; 7 C.R.N.S. 265 (C.A.); *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666 (C.A. Qué.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.); *Macdonalds Consolidated Ltd. c. The Viajero*, [1977] 1 C.F. 648 (1<sup>re</sup> inst.); *Apple Computer, Inc. et autre c. Mackintosh Computers Ltd. et autres* (1987), 43

(4th) 184; 14 C.I.P.R. 315; 12 F.T.R. 287 (F.C.T.D.); *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

## AUTHORS CITED

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: The Law Book Company Ltd., 1987. <sup>a</sup>  
 McGuffie, Kenneth C. *British Shipping Laws*, vol. 4 "The Law of Collisions at Sea", London: Stevens & Sons Limited, 1961.  
 Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982. <sup>b</sup>  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.

## COUNSEL:

*Marc Nadon* for Great Lakes Towing Company.  
*Trevor H. Bishop* for McAllister Towing & Salvage Ltd.  
*Jon H. Scott* and *Nancy Cleman* for Vinalmar S.A. (Owners of the M.V. "Rhône").  
*Edouard Baudry* for North Central Maritime Corporation.

## SOLICITORS:

*Martineau, Walker*, Montréal for Great Lakes Towing Company.  
*Brisset, Bishop, Davidson*, Montréal, for McAllister Towing & Salvage Ltd. <sup>f</sup>  
*McMaster Meighen*, Montréal, for Vinalmar S.A. (Owners of the M.V. "Rhône").  
*Lavery, O'Brien*, Montréal, for North Central Maritime Corporation. <sup>g</sup>

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

HUGESSEN J.A.:

THE FACTS

These two appeals arise out of a collision which occurred November 7, 1980, in the Port of Montréal. The motor vessel *Rhône* was moored at Pier 34. She was struck on her port side forward by the vessel *Peter A.B. Widener*, which was at that time in tow of four tugs, the *Ohio*, the *South Carolina*, the *Ste. Marie II* and the *Rival*.

The *Rhône* is a wine tanker. She is owned by Vinalmar S.A. of Basle, Switzerland.

D.L.R. (4th) 184; 14 C.I.P.R. 315; 12 F.T.R. 287 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

## DOCTRINE

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: The Law Book Company Ltd., 1987.  
 McGuffie, Kenneth C. *British Shipping Laws*, vol. 4, «The Law of Collisions at Sea», London: Stevens & Sons Limited, 1961.  
 Parks, Alex F. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.

## AVOCATS:

*Marc Nadon* pour Great Lakes Towing Company.  
*Trevor H. Bishop* pour McAllister Towing & Salvage Ltd.  
*Jon H. Scott* et *Nancy Cleman* pour Vinalmar S.A. (propriétaires du navire «Rhône»<sup>d</sup>).  
*Edouard Baudry* pour North Central Maritime Corporation.

## PROCUREURS:

*Martineau, Walker*, Montréal pour Great Lakes Towing Company.  
*Brisset, Bishop, Davidson*, Montréal, pour McAllister Towing & Salvage Ltd. <sup>f</sup>  
*McMaster Meighen*, Montréal, pour Vinalmar S.A. (propriétaires du navire «Rhône»<sup>d</sup>).  
*Lavery, O'Brien*, Montréal, pour North Central Maritime Corporation. <sup>g</sup>

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

<sup>h</sup> LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

LES FAITS

Les deux présents appels résultent d'une collision survenue le 7 novembre 1980 dans le port de Montréal. Le navire à moteur *Rhône*, qui était amarré au quai 34, a été frappé à bâbord avant par le navire *Peter A.B. Widener*, lequel était tiré par quatre remorqueurs, l'*Ohio*, le *South Carolina*, le *Ste. Marie II* et le *Rival*.

<sup>j</sup> Le *Rhône* est un pinardier, propriété de la société Vinalmar de Bâle, en Suisse.

The *Widener* is 605 feet long. She is a dead ship. She had once been a laker but her engines have been removed and her rudder immobilized. She served as a barge, albeit a very large one. She had no power other than that furnished by small auxiliary motors, used to activate running lights, anchor winches and other deck gear. She was in command of Captain Lyons and had a crew of three. She is owned by North Central Maritime Corporation.

The *Ohio* is a large and powerful across-the-lakes tug. She has 2,000 h.p. and was at all relevant times in command of Captain Kelch.

The *South Carolina* is a smaller tug, having 1,230 h.p. and was at all relevant times in command of Captain Kurdas.

Both the *Ohio* and *South Carolina* are owned by Great Lakes Towing Company.

The *Ste. Marie II* is a little smaller than the *South Carolina*, having 1,000 h.p., and was in command of Captain Wellington. She is owned by the owners of the *Widener*, North Central Maritime Corporation.

The *Rival* is the smallest of the four tugs, with 950 h.p. She was in command of Captain Héту and is owned by McAllister Towing & Salvage Ltd. and operated by Bury Court Shipping Company Ltd.

The five ships comprising the flotilla of which the *Widener* was the centre were disposed as follows at the relevant time:

The *Ohio* was the lead tug and had a towline going from the towing machine on her after deck back to a bridle made fast to the stem of the *Widener*. The *South Carolina* was made fast by a line from her bow to a stanchion on the *Widener's* deck, on the starboard side at about one-third of the way aft. The *Ste. Marie II* was attached in a similar fashion at a corresponding position on the *Widener's* port side. The *Rival* was made fast to the stern of the *Widener* by a line leading from her bow.

D'une longueur de 605 pieds, le *Widener* est un navire sans force automotrice. Ancien lacquier, privé de ses moteurs et son gouvernail immobilisé, il a été transformé en péniche malgré ses dimensions importantes. À l'exception de petites génératrices auxiliaires qui servent à alimenter l'éclairage, les treuils et autres appareils de pont, le navire est dépourvu de toute puissance. Il était placé sous la gouverne du capitaine Lyons et son équipage se composait de trois personnes. North Central Maritime Corporation en est propriétaire.

L'*Ohio* est un gros remorqueur de forte puissance (2 000 CV) naviguant sur les Grands Lacs. À l'époque en cause, son commandement relevait du capitaine Kelch.

Plus petit, le *South Carolina* possède une puissance de 1 230 CV. A l'époque pertinente, il était sous le commandement du capitaine Kurdas.

L'*Ohio* et le *South Carolina* appartiennent tous deux à Great Lakes Towing Company.

Doté d'une force de 1 000 CV, le *Ste. Marie II* est un peu plus petit que le *South Carolina*. Il était sous les ordres du capitaine Wellington. Son propriétaire est North Central Maritime Corporation, laquelle possède également le *Widener*.

Avec une puissance de 950 CV, le *Rival* est le plus petit des quatre remorqueurs. Le capitaine Héту était aux commandes. La société McAllister Towing & Salvage Ltd. en est le propriétaire et Bury Court Shipping Company Ltd., l'exploitant.

À l'époque en cause, les cinq navires composant la flotille dont le *Widener* formait l'élément central étaient ainsi disposés:

L'*Ohio* était le remorqueur de tête. De son appareil de remorquage situé sur le pont arrière, un câble le reliait à une bride attachée à l'étrave du *Widener*. Le *South Carolina* était rattaché par un câble partant de sa proue et allant jusqu'à une épontille fixée au pont du *Widener* par tribord, environ au tiers de la longueur vers l'arrière. Le *Ste. Marie II* était attaché de façon similaire à une position correspondante du côté bâbord du *Widener*. Quant au *Rival*, il était attaché à la poupe du *Widener* par un câble partant de sa proue.

The entire flotilla was in the overall command of Captain Kelch, in the *Ohio*, who acted as towmaster.

The *Widener* carried a load of grain which she had loaded in Saginaw, Michigan. For most of the trip down the Lakes and through the Seaway, only three tugs were used, the *Ohio*, the *South Carolina* and the *Ste. Marie II*, with the *Ohio* always being the lead tug and her master, Kelch, always having overall command of the tow. At the St. Lambert Lock, the *Rival* was added to the flotilla as a stern tug to aid the manœuvering in the confined waters of the Port of Montréal.

The destination of the *Widener* was Pier 4, in the inner basin of the harbour. Accordingly, on coming out of the Seaway entrance, just below St. Helen's Island, the flotilla immediately executed a turn to port of almost 180 degrees and proceeded upriver against and across the St. Mary's current. At a point upstream of Pier 34, where the *Rhône* lay, the current caught the *Widener's* port bow so as to cause her to shear to starboard. The shear proved difficult to control and, to add to the difficulty, the very great strain on the *Ohio's* towing machine caused the fairlead to break, resulting in several hundred feet of towline being paid out before the effect could be temporarily remedied and the full towing power of the *Ohio* again brought to bear on the *Widener's* bow. Notwithstanding the efforts of all four tugs, the *Widener's* shear proved uncontrollable and her starboard side forward came into contact with the *Rhône's* port side forward.

Immediately after the collision, the *South Carolina* disengaged and backed out so as to avoid being caught between the *Widener* and the *Rhône*. Thereafter the *Widener* dropped an anchor, which had the effect not only of stopping her drift but also of causing her to lie with her head straight to the current. In due course, the four tugs resumed their efforts and the *Widener* was navigated without further incident to her destination at Pier 4.

Both vessels sustained damage in the collision. The damages to the *Rhône* were agreed at the sum

La flotille était entièrement placée sous le commandement du capitaine Kelch qui, à bord de l'*Ohio*, agissait comme maître du remorquage.

a Le *Widener* transportait un chargement de grain qu'il avait embarqué à Saginaw, au Michigan. Pour la majeure partie du voyage à partir des Grands Lacs et dans la Voie maritime, on n'avait utilisé que trois remorqueurs, l'*Ohio*, le *South Carolina* et le *Ste. Marie II*, l'*Ohio* étant toujours le remorqueur de tête et son capitaine, le capitaine Kelch, ayant toujours le commandement de toute l'opération. C'est à l'écluse de St-Lambert que le *Rival* s'est joint à la flotille comme remorqueur de queue afin de faciliter la manœuvre dans les eaux restreintes du port de Montréal.

Le *Widener* devait se diriger vers le quai n° 4, dans le bassin intérieur du port. Aussi, à la sortie de la Voie maritime, juste en bas de l'Île Ste-Hélène, la flotille a-t-elle immédiatement exécuté un virage à bâbord de près de 180 degrés pour ensuite remonter le fleuve contre le courant Ste-Marie qu'il fallait en même temps traverser. e Arrivé en amont du quai 34 où était amarré le *Rhône*, le courant a frappé le *Widener* par bâbord avant, le faisant dériver à tribord. Cette dérive s'est avérée malaisée à contrôler et, pour ajouter à la difficulté, la très grande tension exercée sur f l'appareil de remorquage de l'*Ohio* a entraîné le bris du guide-câbles: plusieurs centaines de pieds de remorque ont ainsi filé avant que la situation ne puisse être temporairement rétablie et que la pleine puissance de remorquage de l'*Ohio* ne puisse g à nouveau se faire sentir à la proue du *Widener*. Malgré les efforts des quatre remorqueurs, la dérive du *Widener* s'est révélée incontrôlable et son côté tribord avant est entré en contact avec le côté bâbord avant du *Rhône*.

h Immédiatement après la collision, le *South Carolina* a opéré un dégagement et s'est retiré pour éviter d'être coincé entre le *Widener* et le *Rhône*. C'est alors que le *Widener* a jeté l'ancre, ce i qui a eu comme résultat non seulement d'arrêter sa dérive, mais de le placer directement dans le courant. Les quatre remorqueurs ont alors repris leurs efforts et le *Widener* a pu se rendre sans encombre à sa destination au quai n° 4.

j Les deux navires ont subi des dommages dans la collision. D'un commun accord entre les parties,



of \$88,357.89 and those to the *Widener* at \$49,200.

#### THE PROCEEDINGS

Two actions were brought in the Trial Division. In the first, T-5225-80, the owners of the *Rhône* sought recovery from all five of the ships of the flotilla, all of which denied liability. In addition, Great Lakes Towing, as owners of the *Ohio* and the *South Carolina*, by counterclaim sought to limit their liability pursuant to the provisions of section 575 of the *Canada Shipping Act*.<sup>1</sup>

In action T-1066-81, the owners of the *Widener* sought to recover their damages from Great Lakes Towing for breach of the contract of towage. The defendant, besides denying liability, also pleaded a contractual limitation of liability based upon its published tariff.

#### THE TRIAL JUDGMENT

The Trial Judge, Denault J., [*Ship "Rhône" v. Ship "Peter A.B. Widener" et al.* (1988), 18 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)] found that the collision was caused by faults committed in the navigation of three of the five members of the flotilla, namely, the *Ohio*, the *Widener* and the *South Carolina*. He found that the *Ste. Marie II* and the *Rival* had successfully rebutted any presumption of fault arising against them by reason of having been involved in the collision and accordingly absolved their owners from liability.

The Trial Judge was most severe in his finding of fault against Captain Kelch, the master of the *Ohio*, who, it will be recalled, had overall command of the entire flotilla. In particular, he found Captain Kelch at fault:

1. In turning at the Seaway entrance buoy, thereby obliging the flotilla to cross the St. Mary's current, rather than going further downstream to turn at Vickers and then breasting the current directly all the way upriver to its destination.

les dommages du *Rhône* ont été évalués à 88 357,89 \$ et ceux du *Widener* à 49 200 \$.

#### LES POURSUITES

<sup>a</sup> Deux actions ont été intentées en Section de première instance. Dans la première action portant le numéro T-5225-80, les propriétaires du *Rhône* ont poursuivi en dommages-intérêts les cinq navires de la flotille, lesquels ont tous nié leur responsabilité. De plus Great Lakes Towing, en sa qualité de propriétaire de l'*Ohio* et du *South Carolina*, a invoqué par demande reconventionnelle la limitation de sa responsabilité en vertu des dispositions de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.<sup>1</sup>

<sup>d</sup> Dans l'action T-1066-81, les propriétaires du *Widener* ont exercé contre Great Lakes Towing un recours en dédommagement pour inexécution du contrat de remorquage. En plus de nier sa responsabilité, la défenderesse a de nouveau invoqué l'existence d'une limitation contractuelle de responsabilité fondée sur son tarif publié.

#### <sup>e</sup> LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

<sup>f</sup> Le juge Denault de la Section de première instance [*Navire «Rhône» c. Navire «Peter A.B. Widener» et autres* (1988), 18 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] a conclu que la collision avait été causée par les fautes de navigation commises par trois des cinq membres de la flotille, à savoir les navires *Ohio*, *Widener* et *South Carolina*. Il a également conclu que le *Ste. Marie II* et le *Rival* avaient réussi à réfuter la présomption de faute pesant sur eux du fait de leur présence lors de la collision et il a en conséquence exonéré leurs propriétaires de toute responsabilité.

<sup>h</sup> Le juge de première instance s'est montré des plus sévères à l'endroit du capitaine Kelch, capitaine de l'*Ohio* qui, rappelons-le, avait le commandement de toute la flotille. Il a conclu en particulier que le capitaine Kelch avait commis une faute:

<sup>i</sup> 1. En effectuant son virage à la bouée placée à l'entrée de la Voie maritime, obligeant ainsi la flotille à croiser le courant Ste-Marie, au lieu d'aller tourner plus bas en aval à la Vickers et d'affronter le courant directement en remontant le fleuve vers sa destination.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. S-9.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. S-9.

2. In proceeding at full speed once the turn had been effected, thereby denying to himself and to the flotilla as a whole any reserve power to deal with an emergency.

3. In failing to maintain adequate communication between himself and the other tugs and with Captain Lyons on board the tow.

As regards the *Widener*, the Trial Judge found her to be at fault for having failed to maintain proper communication with Captain Kelch aboard the tug *Ohio*; for having failed to suggest to Captain Kelch that the *Widener* should drop her anchor before the collision occurred and for having failed, in default of having received orders to drop an anchor, to take such action independently.

In so far as the *South Carolina* was concerned, the Trial Judge held that there was a presumption of fault against her and that this had not been rebutted because her master had failed to give evidence at the trial.

As between the defendants whom he found to be liable, the Trial Judge assigned eighty per cent of the responsibility to Great Lakes Towing, as owners of the *Ohio* and *South Carolina*, and the balance of twenty per cent to North Central Maritime, as the owners of the *Widener*.

The Trial Judge dismissed the claim for limitation of liability. For the purposes of the action, he found that the directing mind and will of the corporate owners of the tugs *Ohio* and *South Carolina* was represented by three persons, Captains Lloyd, White and Kelch, and that it had not been shown that the collision had occurred without actual fault and privity on their part.

In dismissing the *Rhône's* action against the tug *Rival*, the Trial Judge made a Sanderson order<sup>2</sup> by which the costs of the successful defendant were to be borne by the unsuccessful defendants. In addition, the Trial Judge ordered that the plaintiffs should recover additional counsel fees for junior counsel from the unsuccessful defendants.

<sup>2</sup> See *Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.).

2. En naviguant à plein régime après avoir effectué le virage, se privant ainsi lui-même et privant la flotille de toute puissance de réserve en cas d'urgence.

3. En ne maintenant pas de communications adéquates entre lui, les autres remorqueurs et le capitaine Lyons qui se trouvait à bord du navire remorqué.

En ce qui concerne le *Widener*, il a été jugé fautif pour avoir négligé d'assurer une communication adéquate avec le capitaine Kelch à bord du remorqueur *Ohio*, pour avoir négligé de suggérer au capitaine Kelch de faire jeter l'ancre au *Widener* avant la collision et, à défaut d'en recevoir l'ordre, pour n'avoir pas pris cette initiative de son propre chef.

Quant au *South Carolina*, le juge de première instance a conclu qu'il existait contre ce navire une présomption de faute, laquelle n'avait pas été réfutée parce que son capitaine n'avait pas témoigné à l'audience.

Pour valoir entre les défenderesses dont il a retenu la responsabilité, le juge de première instance a attribué quatre-vingt pour cent de la faute à Great Lakes Towing, en tant que propriétaire de l'*Ohio* et du *South Carolina*, et le solde de vingt pour cent à North Central Maritime, en tant que propriétaire du *Widener*.

Le juge du procès a par ailleurs rejeté l'argument de la limitation de responsabilité. Il a conclu que, pour les fins de l'action, l'âme dirigeante de la compagnie propriétaire des remorqueurs *Ohio* et *South Carolina* était incarnée par trois personnes, les capitaines Lloyd, White et Kelch, et qu'il n'avait pas été établi que la collision était survenue sans faute ou complicité réelle de leur part.

En rejetant l'action du *Rhône* contre le remorqueur *Rival*, le juge a prononcé une ordonnance de type Sanderson<sup>2</sup> aux termes de laquelle les frais de la défenderesse ayant eu gain de cause devaient être supportés par les défendeurs perdants. Il a de plus ordonné à ces derniers de payer aux demandeurs les honoraires additionnels d'un procureur-conseil junior.

<sup>2</sup> Voir *Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.).

In case No. T-1066-81, the Trial Judge found that Great Lakes Towing was in breach of its contractual obligations to North Central Maritime, the owners of the *Widener*. He found that the limitation of liability contained in the Great Lakes Towing published tariff did not form part of the contract between the parties and refused to give effect to it. He ordered that the owners of the *Widener* should recover the entire amount of their damage from Great Lakes Towing.

#### THE APPEALS

In appeal No. A-409-88, the owners of the *Ohio* and the *South Carolina* attack the findings and conclusions against those ships in action No. T-5225-80; a cross-appeal by the owners of the *Widener* puts in issue the Trial Judge's finding of fault against that ship.

In Appeal No. A-408-88, Great Lakes Towing attacks the judgment in action No. T-1066-81.

#### THE ISSUES

The following issues fall to be determined on the present appeal:

A. Liability arising from damage caused to the *Rhône*.

1. The *Ohio*.
2. The *South Carolina*.
3. The *Widener*.
4. Others.
5. Apportionment.
6. Costs.

B. The right of the owners of the *Ohio* and *South Carolina* to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*.

C. Liability arising from damage caused to the *Widener*.

1. Contributory negligence.
2. Limitation of liability.

Dans la cause T-1066-81, le juge du procès a conclu que Great Lakes Towing n'avait pas exécuté ses obligations contractuelles envers North Central Maritime, propriétaire du *Widener*. Il a estimé que la clause limitative de responsabilité contenue dans le tarif publié de Great Lakes Towing ne faisait pas partie du contrat conclu entre les parties et il a, en conséquence, refusé d'y donner effet. Aussi a-t-il ordonné à Great Lakes Towing de dédommager entièrement les propriétaires du *Widener*.

#### LES POURVOIS EN APPEL

Dans l'appel portant le numéro A-409-88, les propriétaires du *Ohio* et du *South Carolina* attaquent les conclusions tirées à l'encontre de ces navires dans l'action T-5225-80; par voie d'appel incident, les propriétaires du *Widener* contestent pour leur part la partie du jugement de première instance selon laquelle ce navire aurait commis une faute.

Enfin, dans l'appel n° A-408-88, Great Lakes Towing se pourvoit contre le jugement rendu dans l'action T-1066-81.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

Voici les questions qu'il importe de trancher dans le présent appel:

A. La responsabilité résultant des dommages causés au *Rhône*.

1. L'*Ohio*.
2. Le *South Carolina*.
3. Le *Widener*.
4. Les autres.
5. Le partage de la responsabilité.
6. Les frais.

B. Le droit des propriétaires de l'*Ohio* et du *South Carolina* de limiter leur responsabilité en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

C. La responsabilité résultant des dommages causés au *Widener*.

1. La négligence concourante.
2. La limitation de responsabilité.

A. Liability arising from damage caused to the  
Rhône

1. The Ohio

There was ample evidence to support the Trial Judge's findings of fault against Captain Kelch, the master of the *Ohio*. Much of the evidence came from Captain Kelch himself who, although the Trial Judge did not have the benefit of seeing him, appears clearly from the transcripts of his examination for discovery (which was filed as part of the evidence at trial) and his commission evidence, as an arrogant and opinionated personage believing himself capable of dealing with any situation even in strange waters with a difficult tow. There was evidence, which the Trial Judge clearly accepted, to show that Captain Kelch had received advice to take the flotilla downstream as far as Vickers before undertaking his turn, but that he decided to reject it because he was in a hurry to bring the trip to an end. There was also evidence that he was warned by the master of the *Rival* that the speed of the flotilla up the St. Mary's current was too high, but that he ignored such warning. Finally, there was evidence that he failed to communicate his plans of action to the other ships of the flotilla and to keep their masters advised of developments as they occurred, even when such developments were of such major importance as the failure of the towing machine and the resultant paying out of the cable. Not only has it not been shown that the Trial Judge committed any manifest error in his appreciation of Captain Kelch's conduct, but, on the contrary, it is quite apparent that his findings of fault were solidly based in the evidence and that any other finding would be perverse.

The principal argument advanced by Great Lakes Towing, the owners of the *Ohio*, on this aspect of the matter is that the whole of the responsibility for the collision is due to the negligent operation of the stern tug, the *Rival*. That proposition finds little support in the evidence. It was, after careful consideration, rejected by the Trial Judge and I see no grounds on which we should interfere.

A. La responsabilité résultant des dommages  
causés au Rhône

1. L'Ohio

La conclusion du juge de première instance selon laquelle une faute devait être imputée au capitaine Kelch, capitaine de l'*Ohio*, est largement appuyée par la preuve. Une grande partie de cette preuve provient d'ailleurs du capitaine Kelch lui-même: bien que le juge du procès n'ait pas eu le loisir de l'entendre, il apparaît manifestement, d'après la transcription de son interrogatoire préalable (déposé en preuve à l'audience) et de la commission rogatoire, comme un personnage arrogant et obstiné se croyant capable de maîtriser n'importe quelle situation, même celle d'un remorquage périlleux dans des eaux étrangères. Des éléments de preuve, que le juge a de toute évidence retenus, ont établi qu'en raison de son empressement à terminer le voyage, il avait fait fi du conseil qu'on lui avait donné d'amener la flotille en aval jusqu'à la Vickers avant d'effectuer son virage. On a également prouvé qu'il avait été mis en garde par le capitaine du *Rival* contre la vitesse excessive de la flotille qui remontait le courant Ste-Marie mais qu'il avait ignoré cet avertissement. Enfin, il a été établi qu'il a négligé de communiquer ses plans d'action aux autres navires de la flotille et de tenir leurs capitaines informés de tout fait nouveau, même d'un incident majeur comme le bris de l'appareil de remorquage ayant entraîné le déroulement du câble. Non seulement il n'a pas été démontré que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste dans son appréciation de la conduite du capitaine Kelch, mais il appert au contraire qu'il a conclu à la faute en se fondant sur une preuve solide et que toute autre conclusion aurait donc été incompatible.

Sur ce point, le principal argument qu'a fait valoir Great Lakes Towing, propriétaire de l'*Ohio*, est que l'entière responsabilité de la collision est attribuable à l'exploitation négligente du remorqueur de queue, le *Rival*. Cette proposition n'est toutefois pas étayée par la preuve. Le juge de première instance l'a rejetée après un examen attentif et rien ne nous permet d'intervenir à cet égard.

## 2. The South Carolina

The Trial Judge's finding of fault against the *South Carolina* appears to have been based entirely on what he perceived to be a failure on the part of that ship to lead any evidence as to her actions at the critical time. He said [at page 103]:

Little is known about the "South Carolina". Capt. Kurdas was at the tiller but he did not testify. All that is known about this tug is that Capt. Kelch directed it to work to starboard of the "Widener" because of its greater strength and power. However, we have no information on the conversations or communications between Capts. Kelch and Kurdas, and in particular whether the latter carried out the orders received or even whether he alerted the tug master to the impending collision. Similarly, we do not know the exact moment and on whose order or suggestion the decision was taken by the "South Carolina" to get out of the way so as to avoid being crushed between the "Rhône" and the "Widener". In short, the owners of this tug and its master did not discharge, so far as the "Rhône" is concerned, the burden of establishing that they had committed no fault or negligence.

I must say at the outset that, as a matter of law, I have great doubt that there was any burden upon the *South Carolina* to show that she was not at fault once there was evidence, as there was here, of causal fault committed by other actors, notably the tug *Ohio*, which was in overall charge of the tow. The Trial Judge appears to have approached the matter as if the so-called rule of *res ipsa loquitur* created a presumption of law. It does not:

In some circumstances, the mere fact that an accident has occurred raises an inference of negligence against the defendant. A plaintiff is never obliged to prove his case by direct evidence. Circumstantial evidence is just as probative, if from proof of certain facts other facts may reasonably be inferred. *Res ipsa loquitur* is no more than a convenient label to describe situations where, notwithstanding the plaintiff's inability to establish the exact cause of the accident, the fact of the accident by itself is sufficient in the absence of an explanation to justify the conclusion that most probably the defendant was negligent and that his negligence caused the injury. The maxim contains nothing new; it is based on common sense, since it is a matter of ordinary observation and experience in life that sometimes a thing tells its own story. Unfortunately, the use of a Latin phrase to describe this simple notion has become a source of confusion by giving the impression that it represents a special rule of substantive law instead of being only an aid in the evaluation of evidence, an application merely of "the general method of inferring one or more facts in issue from circumstances proved in evidence".

## 2. Le South Carolina

Pour attribuer une faute au *South Carolina*, le juge de première instance paraît s'être entièrement reposé sur ce qu'il a perçu comme le défaut de la part de ce navire de présenter une preuve concernant ses agissements au moment critique. Voici ce qu'il a dit à ce sujet [à la page 103]:

Quant au «South Carolina», on en sait peu de choses. Le capitaine Kurdas était à la barre mais il n'a pas témoigné. Tout ce qu'on sait au sujet de ce remorqueur, c'est que le capitaine Kelch l'avait assigné pour travailler à tribord du «Widener» à cause de sa force et de sa puissance plus considérable. On ignore cependant tout des conversations ou communications entre les capitaines Kelch et Kurdas et en particulier si ce dernier a exécuté les ordres reçus ou même s'il a attiré l'attention du maître du remorquage sur l'urgence [sic] de la collision. De même qu'on ignore le moment précis et sur l'ordre ou suggestion de qui la décision a été prise par le «South Carolina» de se dégager pour éviter d'être coincé entre le «Rhône» et le «Widener». Bref, les propriétaires de ce remorqueur et son capitaine ne se sont pas déchargés, à l'égard du «Rhône», du fardeau qui leur incombait de prouver l'absence de faute ou négligence de leur part.

Je dois dire dès le départ que, du point de vue du droit, je doute fort que le *South Carolina* ait eu le fardeau de prouver l'absence de faute de sa part, dès lors qu'on a, comme en l'espèce, établi la preuve d'une faute causale commise par d'autres acteurs, notamment le remorqueur *Ohio* qui avait le commandement du remorquage. Le juge de première instance paraît avoir abordé la question comme si la règle *res ipsa loquitur* créait une présomption de droit. Or, il n'en est rien:

[TRADUCTION] Dans certaines circonstances, le simple fait qu'un accident soit survenu permet d'en inférer la négligence du défendeur. Le demandeur n'est en effet jamais tenu d'établir le bien-fondé de sa demande par une preuve directe. La preuve circonstancielle est tout aussi probante si, de la preuve de certains faits, l'existence d'autres faits peut raisonnablement être inférée. L'expression «res ipsa loquitur» n'est rien d'autre qu'une étiquette commode pour décrire des situations où, malgré l'incapacité du demandeur à établir la cause exacte de l'accident, le fait de cet accident en soi suffit, en l'absence d'explication, à justifier la conclusion que le défendeur a très probablement été négligent et que sa négligence a causé le préjudice. La maxime ne présente donc aucun aspect nouveau: elle est fondée sur le sens commun puisque la simple observation et l'expérience de la vie nous enseignent qu'une chose peut parfois raconter d'elle-même son histoire. Malheureusement, l'emploi d'une expression latine pour décrire cette notion fort simple est devenu source de confusion car elle donne l'impression de constituer une règle de fond particulière alors qu'elle ne sert qu'à faciliter l'appréciation de la preuve et n'est en somme que l'application de «la méthode générale consistant à inférer un ou plusieurs faits en litige des circonstances établies en preuve».

It is impossible to catalogue *res ipsa loquitur* cases: every accident is in some respects singular and proof of facts by facts incapable of reduction to a formula. Nonetheless, it is feasible to indicate in general terms the conditions which must subsist to call the maxim into operation. Clearly, the occurrence must bespeak negligence and that negligence be the defendant's; it must be such as to raise two inferences: (1) that the accident was caused by a breach by somebody of a duty of care to the plaintiff, and (2) that the defendant was that somebody.<sup>3</sup>

No less important a requirement is that the *res* must not only bespeak negligence, but pin it on the defendant. Negligence in the air will never do. It is not enough that the accident spell negligence on the part of someone or other without linking it specifically to the person charged. Thus, if several contractors were engaged in the construction of a building, its collapse does not without more evidence point to the negligence of any particular one of them.<sup>4</sup>

Be that as it may, however, it appears that the Trial Judge was in error in thinking that there was no evidence as to the orders received by the *South Carolina*, the manner of carrying them out and the decision to get out of the way. At the opening of the trial, the parties had filed a large number of documents which were to be, by agreement, accepted as evidence. Amongst these, the Trial Judge appears to have overlooked written statements by each of the two captains on board the *South Carolina* made very shortly after the incident. Captain Kurdas, who was the senior of the two and in command, states as follows:

I put out a salty-line on the starboard side of Widener. I worked on orders given by tug Ohio to push ahead, back off, push into, hold bow up or down when needed to the best of my ability, and worked tug as strong as possible to execute each order given.

When Widener started to sheer to the starboard, I worked the tug wide open on a left wheel to hold the bow up. Widener's bow kept sheering to the starboard. Orders were given to back off, I backed wide open until Widener's bow hit tanker Rhône. I let go of the line, and backed out to keep from being squeezed between Widener and the dock. Widener dropped the anchor to stop from drifting. After Widener stopped, I hooked up on starboard side of Widener, Then we proceeded to wharf # 4.

<sup>3</sup> Fleming, John G., *The Law of Torts*, 7th ed. The Law Book Company Ltd., 1987, at p. 291.

<sup>4</sup> *Idem*, at p. 293.

Il est impossible de classer les affaires où on a eu recours à cette maxime: chaque accident est, par bien des aspects, unique et la preuve de faits par d'autres faits ne saurait se réduire à une formule. On peut toutefois indiquer en termes généraux les conditions nécessaires à l'application de la maxime. L'événement doit bien évidemment révéler l'existence d'une négligence et cette négligence doit être celle du défendeur; la négligence doit être telle qu'elle donne lieu à deux inférences: (1) que l'accident résulte du manquement par une personne à son devoir de prudence envers le demandeur et (2) que le défendeur était bel et bien cette personne<sup>3</sup>.

Non seulement la «*res*» doit-elle révéler l'existence d'une négligence, mais il importe également qu'elle en fasse porter la responsabilité au défendeur. Il ne peut en effet jamais être question d'une négligence dans l'abstrait. Il ne suffit pas que l'accident témoigne de la négligence de quelqu'un; encore faut-il que cette négligence soit spécifiquement liée à la personne en cause. Ainsi, dans le cas où plusieurs entrepreneurs ont participé à la construction d'un édifice, son effondrement ne peut, sans autre preuve, être imputé à l'un d'eux en particulier<sup>4</sup>.

En tout état de cause cependant, il appert que le juge de première instance était dans l'erreur en croyant qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve concernant les ordres qu'a reçus le *South Carolina*, la manière dont il les a exécutés et la décision de se dégager. Les parties avaient en effet déposé, au début de l'instruction, un grand nombre de documents qui devaient d'un commun accord être reçus en preuve. Parmi ceux-ci, le juge paraît ne pas avoir tenu compte des déclarations écrites que chacun des deux capitaines à bord du *South Carolina* a faites très peu de temps après l'incident. Le capitaine Kurdas, le supérieur qui était aux commandes, a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] J'ai sorti un câble de mer du côté tribord du Widener. Je travaillais suivant les ordres du remorqueur Ohio pour pousser de l'avant, battre arrière, pousser sur la proue ou la tenir en amont ou en aval selon les besoins, de mon mieux, en manœuvrant le remorqueur au maximum de ses capacités pour exécuter chaque ordre donné.

Lorsque le Widener a commencé à dériver sur tribord, j'ai manœuvré avec pleine puissance la barre à bâbord toute pour tenir la proue en aval. La proue du Widener a continué son embardée sur tribord. On m'a alors ordonné de battre arrière, j'ai battu arrière pleine puissance jusqu'à ce que la proue du Widener entre en collision avec le Rhône. J'ai alors largué mon câble et battu arrière pour éviter d'être coincé entre le Widener et le quai. Le Widener a jeté l'ancre pour arrêter l'embarquée. Lorsque le Widener s'est immobilisé, je me suis rattaché sur le côté tribord du Widener. Nous avons alors repris notre route vers le quai n° 4.

<sup>3</sup> Fleming, John G., *The Law of Torts*, 7<sup>e</sup> éd. The Law Book Company Ltd., 1987, à la p. 291.

<sup>4</sup> *Idem*, à la p. 293.

(Appeal Book, Common appendix, volume 1, at page 106.)

The second captain, Captain McCarty says as follows:

While making left turn with Ohio on bow Ste Marie II on port bow, South Caroline [sic] on stbd bow and tug Rival on stern up into current vessel being towed Peter A B Widener current being on portside, vessels kept setting down instead of turning up into current. Proceeded across (sic) river and into vessel "Rhône" at dock. Peter A B Widener hit vessel "Rhône" on port bow bull warks (or flared bow) with stbd bow of Peter A B Widener. Then shearing off back out into river at which time tug S. Carolina backed out from between vessels Rhône & Widener went around on portside at which time Widener dropped anchor.

(Appeal Book, Common appendix, volume 1, at page 36.)

While both these statements may have relatively little weight, as being self-serving, they were entered into evidence by agreement. They were not contradicted in any way. They indicate clearly that the *South Carolina* carried out the orders received from the tug *Ohio* up to and including the moment of the collision between the *Widener* and the *Rhône*. They do not indicate any negligence on the part of those responsible for her navigation.

In addition, the examination for discovery of Captain Kelch was also entered into evidence in its entirety, by agreement. Two short passages indicate clearly that in the latter's view, the *South Carolina* carried out her orders.

A. Right. The only one that let go, when he seen he had no choice, was the South Carolina. He had to get the hell out of there because . . .

Q. So as not to get caught between the . . .

A. So as not to get squashed in there.

(Appeal Book, Common appendix, volume 3, at page 505.)

Q. When the cable began to pay out, what commands did you give to the other tugs?

A. Jesus Christ!, I don't know. I'll tell you what I was concerned about: it was the South Caroline [sic] inside there and I thought: "my God, he's got to get out of there", you know; that's all I was thinking about. I'm sure I said something, but what I said, I don't know.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, à la page 106.)

Quant au second capitaine, le capitaine a McCarty, voici ce qu'il a déclaré:

[TRADUCTION] En exécutant un virage à gauche dans le courant avec l'Ohio en tête, le Ste. Marie II à bâbord avant, le South Carolina à tribord avant et le remorqueur Rival à la queue, le navire remorqué Peter A B Widener ayant le courant sur son côté bâbord a dérivé en aval au lieu de tourner le nez dans le courant. Le navire a traversé le fleuve et embouti le navire Rhône qui était à quai. Le Peter A B Widener a frappé le navire Rhône sur son pavois bâbord avant (ou étrave évasée) avec sa proue côté tribord. S'ensuivit une embardée vers le fleuve. Le remorqueur South Carolina a alors battu arrière d'entre les navires Rhône et Widener et est allé sur le côté bâbord. C'est à ce moment que le Widener a jeté l'ancre.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, à la page 36.)

Bien qu'on puisse douter du poids de ces déclarations en raison de leur caractère intéressé, elles ont été déposées d'un commun accord en preuve et n'ont aucunement été contredites. Elles indiquent clairement que le *South Carolina* a exécuté les ordres qu'il a reçus du remorqueur *Ohio* jusqu'au moment et à l'instant même de la collision entre le *Widener* et le *Rhône*. Ces déclarations ne révèlent donc aucune négligence de la part de ceux qui étaient responsables de la conduite de ce navire.

L'interrogatoire au préalable du capitaine Kelch a également été déposé intégralement en preuve du consentement des parties. Il ressort clairement des deux courts passages suivants que, de l'avis même du capitaine Kelch, le *South Carolina* a exécuté ses ordres:

[TRADUCTION]

R. Exact. Le seul qui ait laissé aller en constatant qu'il n'avait plus le choix est le South Carolina. Il devait décoller de là parce . . .

Q. Pour n'être pas coincé entre le . . .

R. Pour ne pas être écrasé.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 3, à la page 505.)

[TRADUCTION]

Q. Lorsque le câble a commencé à filer, quels ordres avez-vous donnés aux autres remorqueurs?

R. Seigneur, je ne le sais pas. Je vais vous dire à quoi je pensais: le South Carolina était à l'intérieur et j'ai pensé: «Mon Dieu, il doit s'en aller de là», c'est la seule chose à laquelle je pensais. Je suis certain d'avoir dit quelque chose, mais quoi, je ne le sais pas.

(Appeal Book, Common appendix, volume 3, at page 516.)

The law as to the liability of subsidiary or “helper” tugs is well summarized by Parks, as follows:

The decisions with respect to the liability of “helper” tugs apparently turn on the admiralty doctrine of the “dominant mind” as applied between tugs operating a joint venture. The majority of the cases hold that helper tugs should not be condemned for a fault not their own, where they are under the control and management of a superior tug. As Justice Learned Hand commented in *Oil Transfer Corp. v. Westchester Ferry Corp.*, 1959 A.M.C. 485, 173 F.Supp. 637 (SDNY):

... where responsibility for the joint navigation of two vessels has been taken over by one of them, the other is not liable *in rem* if her owner is not responsible *in personam* . . . .<sup>5</sup>

The *South Carolina* was under no obligation to lead independent evidence to disculpate herself. As I have indicated, it was doubtful that she was obliged to lead any evidence at all. Since there is uncontradicted evidence in the record as to the *South Carolina*'s actions and as it is wholly disculpatoary, the Trial Judge was in error to find this tug at fault.

### 3. The Widener

The essence of the Trial Judge's findings against the *Widener* appears from the following two passages of his reasons for judgment [at pages 98 and 103]:

The expert witness Espley concluded in his report that the owners of the “Widener” were liable for failing to drop anchor at the proper time. This decision could have been taken by the tug master, Capt. Kelch, or if not by him by Capt. Lyons on board the barge. Immediately after the mechanical breakdown Capt. Kelch, who had taken the tiller of the “Ohio”, was too concerned to save his own tug and confident of correcting the swerve to think of giving the “Widener” the order to drop anchor. By his own admission, he did not even consider this solution. According to the expert witnesses, it is certainly not easy for the pilot of a barge to take the place of the tug master and make the decision to drop anchor: he should only do so if he is certain that no other course is possible. However, the masters must also communicate with each other and keep each other informed of any developments which could require action by them. In the case at bar it would seem that communications

<sup>5</sup> Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982, at p. 205.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 3, à la page 516.)

Les règles de droit applicables à la responsabilité des remorqueurs auxiliaires sont bien résumées par Parks:

[TRADUCTION] Les décisions rendues à l'égard de la responsabilité des remorqueurs «auxiliaires» tournent apparemment autour de la même doctrine de «l'âme dirigeante» qui s'applique entre remorqueurs engagés dans une opération conjointe. Dans la plupart des cas, on a statué que les remorqueurs auxiliaires ne devaient pas être condamnés pour une faute qui n'était pas la leur lorsqu'ils sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur. Comme le juge Learned Hand l'a fait remarquer dans l'arrêt *Oil Transfer Corp. v. Westchester Ferry Corp.*, 1959 A.M.C. 485, 173 F.Supp. 637 (SDNY):

... lorsque la responsabilité de la marche commune de deux navires a été assumée par l'un d'eux, l'autre n'est pas responsable *in rem* si son propriétaire n'est pas responsable *in personam* . . . .<sup>5</sup>

Le *South Carolina* n'était aucunement tenu de présenter une preuve indépendante pour se disculper. Je le répète, il est douteux qu'il ait été obligé de présenter quelque preuve que ce soit. Étant donné que les agissements du *South Carolina* font l'objet d'une preuve non contredite et entièrement disculpatoire au dossier, le juge de première instance était dans l'erreur lorsqu'il a conclu à la faute de ce remorqueur.

### 3. Le Widener

Les deux passages suivants des motifs du juge de première instance contiennent l'essence de ses conclusions à l'encontre du *Widener* [aux pages 98 et 103]:

L'expert Espley conclut dans son rapport à la responsabilité des propriétaires du «Widener» pour avoir négligé de jeter l'ancre en temps utile. Cette décision pouvait être prise par le maître du remorquage, le capitaine Kelch, ou à défaut, par le capitaine Lyons à bord de la barge. Dès après le bris mécanique, le capitaine Kelch qui avait pris la barre du «Ohio», trop préoccupé à sauver son propre remorqueur et confiant de corriger l'embarquée, n'a pas pensé de donner l'ordre au «Widener» de jeter l'ancre. De son propre aveu, il n'a même pas envisagé cette solution. Au dire des experts, il n'est sans doute pas facile pour le pilote de la barge de se substituer au maître du remorquage et de prendre la décision de jeter l'ancre; il ne doit le faire que s'il est convaincu qu'il n'y a rien d'autre à faire. Mais encore faut-il que les capitaines communiquent entre eux et se tiennent réciproquement au courant de tous les faits pouvant nécessiter leur intervention. En l'occurrence, il

<sup>5</sup> Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2e éd. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982, à la p. 205.



were very deficient, which leads us to consider the final and perhaps most important allegation, a lack of communication.

The "Widener" is liable due to the fault of Capt. Lyons to obtain or provide information on the emergency situation which arose. As he was undoubtedly in the best position to size up the situation and was in direct contact with Capt. Kelch, there is no explanation for his silence or his failure to suggest that they drop anchor, or even to take the decision to do so if Capt. Kelch failed to act.

Counsel for the *Widener* takes issue with these findings by pointing out that the transcript shows that Captain Lyons was, in fact, in constant communication with Captain Kelch throughout the critical period of the passage of the *St. Mary's* current, and there is no doubt that this is the case. The argument, however, misapprehends the nature of the Trial Judge's criticism of Captain Lyons, which is not that the latter merely failed to transmit information to Captain Kelch but, much more seriously, that he failed to inform himself as to what was going on on board the *Ohio* at the time of and in the period immediately after the failure of the towing machine. From his testimony it does not appear that Captain Lyons was aware at any time before the collision that the towing machine had broken or that anything was amiss aboard the *Ohio*. This should be compared with the evidence, notably from the expert witness Espley mentioned by the Trial Judge,<sup>6</sup> to the effect that Captain Lyons, from the bridge of the *Widener*, if he had been keeping a proper lookout, could not fail to have realized that the *Ohio* was in trouble and had lost control of the tow. Clearly, the Trial Judge accepted Espley's evidence in preference to Captain Lyons' assertion that he had no reason to think that anything was wrong and that he did not realize that the cable was paying out uncontrollably. That was a choice which was open to the Trial Judge and I have not been persuaded that he committed any manifest error in choosing as he did.

<sup>6</sup> See Appeal Book, Common appendix, vol. 1, p. 4; Appendix 1, vol. 1, pp. 94 and 95; Appendix 1, vol. 2, pp. 230 to 240.

semble que les communications ont été fort déficientes, ce qui nous amène à étudier le dernier reproche, peut-être le plus important, le manque de communication.

a

La responsabilité du «Widener» est engagée par la faute du capitaine Lyons d'obtenir ou de fournir des informations sur la situation d'urgence qui se présentait. Sans doute le mieux placé pour évaluer la situation et en communication directe avec le capitaine Kelch, son silence est inexplicable de même que sa négligence à suggérer qu'on jette les ancres ou même à prendre la décision de le faire, à défaut par le capitaine Kelch d'agir.

b

c

L'avocat du *Widener* conteste ces conclusions. Il souligne que, d'après la transcription, le capitaine Lyons était, en fait, en communication constante avec le capitaine Kelch pendant toute la période critique du passage du courant *Ste-Marie*. Tout indique que c'était en effet le cas. L'argument trahit toutefois une incompréhension de la nature des critiques que le juge de première instance adresse au capitaine Lyons: ce qu'il lui reproche, ce n'est pas simplement d'avoir négligé de transmettre des informations au capitaine Kelch mais, beaucoup plus sérieusement, de ne pas s'être enquis de ce qui se passait à bord de l'*Ohio* au moment du bris de l'appareil de remorquage et immédiatement après. Il ressort en effet de son témoignage que le capitaine Lyons n'a jamais su, à aucun moment avant la collision, que cet appareil s'était brisé ou que quelque chose ne tournait pas rond à bord de l'*Ohio*. Sa déposition doit être rapprochée en particulier du témoignage de l'expert Espley auquel le juge de première instance se réfère<sup>6</sup>. Selon ce témoin, le capitaine Lyons n'aurait pu manquer s'il avait assuré une surveillance adéquate du pont du *Widener*, de voir que l'*Ohio* était en difficulté et qu'il avait perdu le contrôle de la remorque. Manifestement, le juge de première instance a préféré ce témoignage à la déclaration du capitaine Lyons qui a prétendu n'avoir eu aucune raison de penser que quelque chose n'allait pas et ne pas s'être aperçu que le câble filait de façon incontrôlée. C'est un choix que le juge de première instance était libre de faire et je ne suis pas convaincu qu'il ait commis une erreur manifeste à cet égard.

d

e

f

g

h

i

<sup>6</sup> Voir le dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, p. 4; annexe 1, volume 1, p. 94 et 95; annexe 1, volume 2, p. 230 à 240.

Indeed given that Captain Lyons, on the bridge of the *Widener*, was the only person to have a full view of the whole operation, and given the catastrophic nature of what took place on board the *Ohio* (at one point, her stern was so far under water that a witness on the after deck was submerged up to his waist) and the fact that some seven hundred feet of cable paid out when the towing machine broke, his evidence is astonishing:

Q. Now, when the *Widener* began shearing to starboard, you said you were able to see the *Ohio* pulling hard, pulling her little heart out, as you said. That's where you would have expected her to be at that particular time?

A. Correct.

Q. And, in fact, she was fairly stable in the water.

A. Oh, Yes.

(Commission evidence, at page 62.)

Once it is accepted that Captain Lyons, on board the *Widener*, was negligent in not realizing what was happening on board the *Ohio*, the Trial Judge's further finding that Captain Lyons was at fault for failure to suggest the dropping of the anchor and even, as the situation worsened, to take such action independently becomes understandable. While the *Widener* was a "dumb" barge with very little independence of action, she did have a qualified master on board and a crew and one of the very few things that she could do in her own navigation was to drop anchor. The fact that she was temporarily under the command of Captain Kelch in the *Ohio* does not excuse her owners from the negligence committed by their employees in the navigation of their ship.

The matter may be tested as follows. If one supposes that the towing machine had not been repaired or even that the towline had parted altogether so that the *Ohio* could no longer exercise any effective pull on the *Widener*, could it be seriously argued that the latter could plead lack of orders from the *Ohio* as an excuse for failure to drop her anchors and prevent her drift into the *Rhône*? Surely not. Again there was evidence, albeit contradictory, that a timely dropping of the anchors would have prevented the collision and the Trial Judge's acceptance of such evidence provides

À vrai dire, étant donné que le capitaine Lyons, du pont du *Widener*, était le seul à avoir une vue complète de l'ensemble de l'opération, et compte tenu de la catastrophe qui se déroulait à bord de l'*Ohio* (à un certain moment, sa poupe était à ce point immergée qu'un témoin se trouvant sur le pont arrière avait de l'eau jusqu'à la taille) et du fait qu'environ sept cents pieds de câble avaient filé au moment du bris de l'appareil, son témoignage est renversant:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, lorsque le *Widener* a commencé à dériver à tribord, vous avez dit que vous pouviez voir l'*Ohio* tirer de toutes ses forces. C'est là où vous vous attendiez qu'il soit à ce moment précis?

R. C'est exact.

Q. Et, dans les faits, il était assez stable dans l'eau?

R. Oh, oui.

(Commission rogatoire, à la page 62.)

Une fois qu'on a admis que le capitaine Lyons, à bord du *Widener*, a fait montre de négligence en ne se rendant pas compte de ce qui se passait à bord de l'*Ohio*, il devient facile de comprendre l'autre conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine a commis une faute en ne suggérant pas de jeter l'ancre et même, lorsque la situation s'est aggravée, en ne prenant pas cette mesure de son propre chef. Même si le *Widener* était une barge «non propulsée» privée presque de toute indépendance, il avait à son bord un capitaine compétent et un équipage qui auraient pu prendre l'une des rares décisions en leur ressort, celle de jeter l'ancre. Le fait que la barge était temporairement sous le commandement du capitaine Kelch de l'*Ohio* n'excuse pas ses propriétaires pour la négligence commise par leurs employés dans la conduite du navire.

On peut appliquer à cet égard le test suivant: à supposer que l'appareil de remorquage n'ait pas été réparé, voire que la remorque se soit aussi rompue, de sorte que l'*Ohio* n'aurait pu exercer aucune traction efficace sur le *Widener*, pourrait-on sérieusement prétendre que ce dernier pourrait invoquer l'absence d'ordre de l'*Ohio* pour s'excuser de n'avoir pas jeté ses ancres et de n'avoir pu ainsi éviter de dériver dans le *Rhône*? Assurément non. Encore une fois, certains éléments de preuve, bien que contradictoires, montrent que la collision aurait pu être évitée si les

the justification for his finding of fault against the *Widener*.

The matter can also be looked at in another way. The *Widener's* owners had placed her in command of a master, Captain Lyons, who was their servant and for whose actions they were responsible. Clearly it was part of Captain Lyons' duty to his employers to follow the orders received from Captain Kelch as towmaster. While no doubt the relationship between Captain Kelch and the owners of the *Widener* is that of independent contractor rather than that of master and servant, it is difficult to see how the owners of the *Widener* can escape liability for errors of navigation committed by their own servants in obedience to orders issued to them by independent contractors acting on behalf of the owners.<sup>7</sup> We are dealing here not with errors in the navigation of the *Ohio*, in the execution of which the *Widener* was a mere passive instrument, but rather with a specific error (the failure to drop anchor) in the navigation of the *Widener* itself at a time when such error presented an imminent danger to innocent third parties.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> The situation is analogous to that mentioned by McGuffie, Kenneth C., in *British Shipping Laws*, vol. 4, "The Law of Collisions at Sea", London: Stevens & Sons Limited, 1961, at p. 174, para 231.

If the collision is caused by the fault of those in charge of the tow in wrongly directing the course of the tug, both tug and tow may be liable jointly and severally to the third ship for the whole damage. The tug-owners would be liable as employers of the helmsman of the tug if he were negligent and not the less because their servant is bound by the towage contract to obey those on board the tow. The tow-owners are liable because it was the wrong order given by their servant that caused the collision.

<sup>8</sup> Compare the situation described by Lord Denning M.R. in *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.), [at p. 436] where the tow which collided with another ship had no navigational capacity whatever:

... in a case where those on the tug are negligent, and those on the barge are not, the cause of the damage is in truth the improper navigation of the tug, not the improper navigation of the barge. It is the tug which is the cause of all the trouble.

ancres avaient été jetées en temps voulu. C'est sur ces éléments que le juge de première instance s'est appuyé pour conclure à la faute du *Widener*.

On peut également considérer l'affaire sous un autre angle. Les propriétaires du *Widener* avaient placé leur navire sous le commandement d'un capitaine, en l'occurrence le capitaine Lyons, lequel était leur préposé et des actes duquel ils étaient responsables. De toute évidence, l'un des devoirs du capitaine Lyons envers ses employeurs était de suivre les ordres reçus du capitaine Kelch en sa qualité de maître de remorquage. Bien que les relations entre le capitaine Kelch et les propriétaires du *Widener* soient indubitablement celles d'un entrepreneur indépendant plutôt que d'un maître et d'un préposé, il est difficile de voir comment les propriétaires du *Widener* pourraient échapper à toute responsabilité pour les erreurs de navigation commises par leurs propres préposés obéissant aux ordres reçus d'entrepreneurs indépendants agissant pour le compte des propriétaires<sup>7</sup>. Il ne s'agit pas ici d'erreur dans la conduite de l'*Ohio*, conduite dans laquelle le *Widener* n'était qu'un instrument passif, mais plutôt d'une erreur de navigation spécifique (le défaut de jeter l'ancre) du *Widener* lui-même à un moment où une telle erreur représentait un danger imminent pour d'innocentes tierces parties<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La situation est analogue à celle que mentionne McGuffie, Kenneth C., dans *British Shipping Laws*, vol. 4 «The Law of Collision at Sea», London: Stevens & Sons Limited, 1961, à la p. 174, par. 231.

[TRADUCTION] Si la collision a été causée par la faute des responsables de la remorque qui ont mal dirigé le remorqueur, la remorque et le remorqueur peuvent tous deux être solidairement responsables de tous les dommages envers le navire tiers. Les propriétaires du remorqueur seraient responsables à titre d'employeurs du timonier du remorqueur si ce dernier avait été négligent et ce, même si leur préposé est tenu, aux termes du contrat de remorquage, d'obéir à ceux qui se trouvent à bord de la remorque. Les propriétaires de cette dernière sont quant à eux responsables parce que c'est l'ordre erroné donné par leur préposé qui a causé la collision.

<sup>8</sup> Comparer avec la situation que décrit le maître des rôles lord Denning dans *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.) [à la p. 436], où la remorque qui était entrée en collision avec un autre navire n'avait aucune autonomie de navigation:

[TRADUCTION] ... dans le cas où ceux qui sont à bord du remorqueur sont négligents et ceux qui sont à bord de la barge ne le sont pas, la cause des dommages est en vérité la faute de navigation du remorqueur et non la faute de navigation de la barge. C'est le remorqueur qui est la cause de tous les problèmes.

Reference may also be had in this connection to the decision of the Privy Council in *The Paisley*.<sup>9</sup> That case likewise concerned a dead ship, the *Paisley*, which, while being moved by a tug, came into collision with a moored vessel, the *Saskatchewan*. Extensive damage was caused to the *Saskatchewan* by reason of the *Paisley*'s anchor being carried hanging in the water with the stock partly submerged and the crown two and a half feet under water. As a consequence, what might otherwise have been a minor collision resulted in damage to the *Saskatchewan* below the waterline, causing her to founder and her cargo of grain to be saturated. The Privy Council held the owners of the *Paisley* to be responsible by reason of the contributory role played by her shipkeeper, in the following words [at page 262]:

At the hearing before their Lordship's Board it was not disputed—as, indeed, it could not be—that Penrice was in charge of the “*Paisley*” and her tackle and equipment, including the anchor. The anchor having been at the commencement of the material time temporarily unshipped, one of Penrice's duties, in making ready for the move to the elevator, was to get the anchor restored to its place at the hawse-hole. With help from the tug he set about his task. Before it was completed he agreed with the tugmaster, “We will leave it.” But for this the anchor would have been safely stowed. As things went, by reason of Penrice's decision, the anchor crown was damaged and the “*Saskatchewan*'s” side was penetrated by the fluke. Had the tugmaster Waugh kept or left the anchor dangerously exposed against Penrice's will, that piece of perversity on Waugh's part would have wholly altered the relevant facts. Both the incidents of damage could have been attributed solely to him. On the contrary, though, the shipkeeper instigated and actively shared in the misplacement of the anchor so that it became a cause of damage.

I conclude, on this aspect of the matter, that the Trial Judge's finding of fault against the *Widener* should not be disturbed.

#### 4. Others

I have already, when dealing with the liability of the *Ohio*, mentioned the Trial Judge's findings with respect to the *Rival*. Those findings were specific and exculpate those on board the *Rival* from any responsibility for the collision. The findings are founded in the evidence and no manifest error has been demonstrated.

With respect to the final member of the flotilla, the tug *Ste. Marie II*, it has not been suggested by

<sup>9</sup> *Richardson (James) & Sons, Ltd. v. “Robert J. Paisley”*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.).

On peut également se référer à cet égard à la décision du Conseil privé dans l'arrêt *The Paisley*<sup>9</sup>. Cette affaire mettait pareillement en cause un navire sans force automotrice pris en remorque, le *Paisley*, qui était entré en collision avec un navire amarré, le *Saskatchewan*. Ce dernier avait subi d'importants dommages parce que l'ancre du *Paisley* traînait dans l'eau, le jas partiellement immergé et le diamant gisant sous deux pieds et demi d'eau. La conséquence fut que le *Saskatchewan* a été atteint sous la ligne de flottaison du fait d'une collision qui autrement aurait été mineure; il a coulé et sa cargaison avait été trempée. Le Conseil privé a tenu les propriétaires du *Paisley* responsables en raison du rôle joué par le gardien du navire. Il s'est exprimé ainsi [à la page 262]:

[TRADUCTION] Lors de l'audience tenue devant le Comité, il n'a pas été contesté—et en fait il ne pouvait l'être—que Penrice était responsable du «*Paisley*», de ses engins et de son équipement, y compris l'ancre. Cette dernière ayant été temporairement jetée au début de la période cruciale, l'un des devoirs de Penrice, à l'approche du silo, était de remettre l'ancre en place dans l'écubier. Avec l'aide des hommes du remorqueur, il s'est mis au travail. Avant que la manœuvre ne soit achevée toutefois, il s'est entendu avec le maître du remorquage pour laisser l'ancre là où elle se trouvait. Sans cela, elle aurait été arrimée en toute sûreté. Mais par suite de la décision de Penrice, le diamant de l'ancre a été endommagé et la patte a pénétré le flanc du «*Saskatchewan*». Le maître du remorquage Waugh eût-il gardé ou laissé l'ancre ainsi dangereusement exposée contre la volonté de Penrice que la situation aurait été toute autre: il n'y a qu'à lui qu'on aurait alors pu attribuer la responsabilité des dommages. Mais au contraire, c'est en raison de l'initiative et de la participation active du gardien du navire que l'ancre a été mal placée et qu'elle a causé l'avarie.

Je conclus donc, sur ce point, qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans la décision du juge de première instance d'imputer une faute au *Widener*.

#### 4. Les autres

Lorsque j'ai traité de la responsabilité de l'*Ohio*, j'ai mentionné les conclusions du juge de première instance à l'égard du *Rival*. Ces conclusions exonéraient spécifiquement l'équipage de ce navire de toute responsabilité dans la collision. Elles s'appuient sur la preuve et on n'a prouvé l'existence d'aucune erreur manifeste.

En ce qui concerne le dernier membre de la flotille, le remorqueur *Ste. Marie II*, aucune des

<sup>9</sup> *Richardson (James) & Sons, Ltd. v. “Robert J. Paisley”*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.).

any of the parties to this appeal that the Trial Judge was in error to find that she was not at fault.

### 5. Apportionment

On the question of apportionment, the Trial Judge had this to say [at pages 103-104]:

However, the greatest part of the liability must of necessity rest with the lead tug, the "Ohio", its master and owners. The lack of preparation which was apparent in the organization and conduct of this voyage, the haste shown by Capt. Kelch to get into the Port of Montréal, the flagrant lack of communication between the masters both before the turn at the Ile Ste-Hélène buoy and while they were proceeding back up the river, the decision to turn at that location, their return speed, are all factors which helped to make the accident inevitable. Furthermore, the mechanical breakdown on the tug, which had been the subject of extreme tension, cannot serve to exonerate the owners of the "Ohio" in respect of the "Rhône".

I have heretofore indicated that, in my view, the Trial Judge was in error to find the *South Carolina* at fault and that such finding was based on his erroneous belief that there was a presumption against her and that there was no evidence as to the actions taken by her in the minutes leading up to the collision. In effect, he held the *South Carolina* responsible for faults committed by the *Ohio*. In the passage just quoted, the Trial Judge, in apportioning liability, speaks only of the *Ohio* and Captain Kelch. In my opinion, and notwithstanding that the *South Carolina* is no longer in the picture, the Trial Judge's apportionment of liability of eighty per cent to the owners of the *Ohio* and twenty per cent to the owners of the *Widener* was reasonable and would have been the same even in the absence of the *South Carolina*. It should not be disturbed.

### 6. Costs

The making of a Sanderson order in favour of the successful defendants, the owners and operators of the tug *Rival*, against the unsuccessful defendants was a matter within the Trial Judge's discretion<sup>10</sup> and I have not been persuaded that he

<sup>10</sup> See *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 F.C. 648 (T.D.); *Apple Computer, Inc. et al. v. Mackintosh Computers Ltd. et al.* (1987), 43 D.L.R. (4th) 184 (F.C.T.D.).

parties au présent appel n'a fait valoir que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant à l'absence de faute de sa part.

### a 5. Partage des responsabilités

Voici l'avis qu'a exprimé le juge de première instance sur la question du partage des responsabilités [aux pages 103 et 104]:

b Mais la plus grande part de responsabilité incombe nécessairement au remorqueur de tête, l'«Ohio», son capitaine et ses propriétaires. L'improvisation dont on a fait preuve dans l'organisation et au cours de ce voyage, l'empressement démontré par le capitaine Kelch pour entrer dans le port de Montréal, le manque de communication flagrant entre les capitaines tant avant de virer à la bouée de l'île Ste-Hélène que durant la remontée du fleuve, la décision de tourner à cet endroit, la vitesse de remontée, sont tous autant de facteurs qui ont contribué à rendre l'accident inévitable. Par ailleurs, le bris mécanique survenu à la remorque qui était l'objet d'une tension extrême ne peut servir à disculper les propriétaires du «Ohio» à c d l'égard du «Rhône».

J'ai indiqué précédemment qu'à mon avis, le juge de première instance avait conclu à tort qu'il y avait eu faute de la part du *South Carolina* et ce, parce qu'il croyait erronément qu'une présomption pesait contre ce navire et que ce dernier n'avait fourni aucune preuve quant aux mesures prises dans les minutes ayant précédé la collision. En vérité, le juge de première instance a tenu le *South Carolina* responsable de fautes commises par l'*Ohio*. Dans le passage précité où il partage les responsabilités, le juge ne parle en effet que de l'*Ohio* et du capitaine Kelch. A mon avis, et même s'il n'est plus alors question du *South Carolina*, le g partage de la responsabilité à quatre-vingt pour cent pour les propriétaires de l'*Ohio* et à vingt pour cent pour les propriétaires du *Widener* était raisonnable et aurait été identique même en l'absence du *South Carolina*. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir h à cet égard.

### 6. Les frais

Le prononcé d'une ordonnance Sanderson en faveur des défendeurs gagnants, les propriétaires et exploitants du remorqueur *Rival*, et à l'encontre des défendeurs perdants relevait du pouvoir discrétionnaire<sup>10</sup> du juge de première instance et je

<sup>10</sup> Voir *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 C.F. 648 (1<sup>re</sup> inst.); *Apple Computer, Inc. et autre c. Mackintosh Computers Ltd. et autres* (1987), 43 D.L.R. (4th) 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

committed any reviewable error. By the same token, his order allowing a junior counsel's fee to plaintiff was not a matter in which this Court should intervene.

B. The right of the owners of the *Ohio* and *South Carolina* to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*

The relevant statutory provision was formerly subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9] and is now subsection 575(1). It reads as follows:

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

(a) where any loss of life or personal injury is caused to any person on board that ship,

(b) where any damage or loss is caused to any goods, merchandise or other things whatever on board that ship,

(c) where any loss of life or personal injury is caused to any person not on board that ship through

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

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

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

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

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

liable for damages beyond the following amounts:

(e) in respect of any loss of life or personal injury, either alone or together with any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to three thousand one hundred gold francs for each ton of that ship's tonnage, and

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to one thousand gold francs for each ton of that ship's tonnage.

ne suis pas convaincu qu'il ait commis à cet égard une erreur sujette à révision. De même, il n'y a pas lieu que la Cour intervienne dans sa décision d'ad-juger à la demanderesse des honoraires pour les services d'un avocat-conseil junior.

B. Le droit des propriétaires de l'*Ohio* et du *South Carolina* de limiter leur responsabilité en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*

La disposition législative pertinente, qui était autrefois le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, chap. S-9], se retrouve maintenant au paragraphe 575(1) dont voici la teneur:

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

a) mort ou blessures occasionnées à une personne ou blessures occasionnées à une personne à bord de ce navire;

b) avarie ou perte de marchandises, d'objets ou autres choses à bord du navire;

c) mort ou blessures occasionnées à une personne qui n'est pas à bord de ce navire;

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

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

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

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

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

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

e) à l'égard de la mort ou des blessures corporelles, qu'elles soient considérées seules ou avec toute avarie ou perte de biens ou toute violation de droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalant à trois mille cent francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire;

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalant à mille francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

Since there was no loss of life, personal injury or damage to cargo, the provisions of paragraph (d) are in play.

It is now well established that, in matters of tug and tow (at least where the tug is owned separately from the tow), the owners of the tug are entitled to limit their liability based on the tug's tonnage alone. This is so notwithstanding that the damage may have been caused by the tug's negligence in navigating the tow and that the tow may be very much the larger of the two vessels. The leading case is the decision of Lord Denning M.R., in *The Bramley Moore*, *supra*. There, after citing the relevant statutory provision, he said [at page 437]:

Let me apply this to a tug and tow case such as we have been considering. If those on board the tug are negligent and those on board the tow are not, and the tow comes into collision with another vessel, then clearly the damage is caused through an "act or omission of any person on board the tug". If you insert the appropriate words into the section as now amended, it reads in this way: "The owners of a tug shall not, where damage is caused through any act or omission of any person on board the tug, be liable in damages" beyond an amount calculated on the tonnage of the tug. So read, it seems clearly to cover the case when those on the tug are negligent and those on the tow are not. It shows that the owners of the tug can limit their liability according to the tonnage of the tug.

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure of liability, even though it is towing a great liner and does great damage. I agree that there is not much room for justice in this rule; but limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience.

It is also well established that the burden of establishing that he is without "actual fault or privity" and therefore entitled to limit liability falls upon the shipowner and is a heavy one.

The burden resting on the shipowners is a heavy one and is not discharged by their showing that their acts were not "the sole or next or chief cause" of the mishap. As Viscount

Puisqu'il n'y pas eu en l'espèce de mort, de blessures ou d'avarie de marchandises, ce sont les dispositions de l'alinéa d) qui s'appliquent.

Il est maintenant bien établi qu'en matière de remorquage (du moins lorsque le remorqueur et sa remorque n'ont pas le même propriétaire), les propriétaires du remorqueur sont admis à limiter leur responsabilité en fonction de la seule jauge de leur navire. Il en est ainsi quoique l'avarie ait pu être causée par la négligence du remorqueur dans la conduite de la remorque et malgré la taille souvent beaucoup plus imposante de cette dernière. L'arrêt de principe sur cette question est l'affaire *The Bramley Moore*, précitée, où le maître des rôles lord Denning s'exprime ainsi [à la page 437] après avoir cité la disposition législative pertinente:

[TRADUCTION] Appliquons ce principe à une affaire mettant en cause, comme en l'espèce, un remorqueur et un navire remorqué. Si les personnes se trouvant à bord du remorqueur ont fait preuve de négligence alors que tel n'est pas le cas des personnes à bord de la remorque, et que cette dernière entre en collision avec un autre navire, les dommages résultent alors clairement de «l'acte ou de l'omission d'une personne à bord du remorqueur». Si l'on insérait les mots appropriés dans l'article tel qu'il est maintenant modifié, il serait ainsi libellé: «Les propriétaires d'un remorqueur ne sont pas, lorsque des dommages résultent de l'acte ou de l'omission d'une personne se trouvant à son bord, responsables de ces dommages» au-delà d'un montant calculé en fonction de la jauge du remorqueur. Ainsi formulé, l'article semble clairement viser le cas où les personnes à bord du remorqueur sont négligentes alors que celles se trouvant à bord de la remorque ne le sont pas. Il en ressort que les propriétaires d'un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité suivant la jauge de leur navire.

Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages. Je conviens que cette règle n'est pas particulièrement juste, mais la limitation de responsabilité n'est pas une question de justice. C'est une règle dictée par l'intérêt public qui puise son origine dans l'histoire et qui se justifie par son utilité.

Il est également bien établi que c'est au propriétaire du navire qu'il appartient d'établir l'absence de «faute ou complicité réelle de sa part» et, par tant, son droit de limiter sa responsabilité. C'est un lourd fardeau.

L'obligation qui incombe aux propriétaires d'un navire est lourde et ils ne peuvent pas s'en acquitter en démontrant que leurs actes ne constituent pas [TRADUCTION] «l'unique cause ou la cause prochaine ou la cause principale» du malheureux accident. Comme l'a souligné le vicomte Haldane dans *Stan-*

Haldane states in *Standard Oil Co. of New York v. Clan Lines Steamers, Ltd.*, at page 113

... they must show that they were themselves in no way in fault or privy to what occurred.<sup>11</sup>

Finally, by way of introduction to this aspect of the matter, the law is now clear that, where a ship is owned by a body corporate, the actual fault or privy which will have the effect of denying the benefit of the statutory limitation of liability to the corporate shipowner must be that of a physical person who is "the directing mind and will" of the company. The quotation comes from the judgment of Viscount Haldane L.C. in *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*:<sup>12</sup>

Now, my Lords, did what happened take place without the actual fault or privy of the owners of the ship who were the appellants? My Lords, a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation.

The Trial Judge dealt with the issue of limitation of liability as follows [at pages 107-110]:

Let us see what the evidence presented by G.L.T. in the case at bar does to limit its liability.

Capt. Paul A Lloyd, G.L.T.'s vice-president, operations, testified at length. He is responsible as such for administration, the hiring of staff and the setting of rates, and he also has responsibility for the proper operation of the many tugs owned by the company: he is in fact the person responsible "to make sure that they operated properly". However, as regards the tug "Ohio" inter alia, for anything relating to navigation, the provision of maritime maps and everything that should be on board the tug, he relied on Capt. Kelch. By his own admission, Kelch was part of the company's management and had to make many decisions regarding, inter alia the provision of maritime maps. Additionally, all decisions regarding this voyage to a port on the St Lawrence, except for the preliminary measures, were made by Capt. Kelch, though this did not prevent him from discussing matters frequently with his superior. Thus when the time came to obtain a fourth tug to get out of the St Lawrence Seaway, Kelch referred to Lloyd for authority, but this was more of a formality to cover the financial aspect of the matter, for as Lloyd said the number of tugs required to make a manoeuvre was a navigational matter which was specifically Kelch's responsibility. Indeed, according to the testimony of Capt. Kelch himself, his many duties with the company made him a representative of it. He admitted spontaneously that he

<sup>11</sup> *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 819.

<sup>12</sup> [1915] A.C. 705 (H.L.), at p. 713.

*Standard Oil Co. of New York v. Clan Lines Steamers Ltd.*, à la page 113

[TRADUCTION] ... ils doivent démontrer que l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de leur part<sup>11</sup>.

Ajoutons, en guise d'introduction sur ce point, que dans l'état actuel du droit, lorsqu'un navire est la propriété d'une personne morale, la faute ou complicité réelle qui aura pour effet de priver cette compagnie du bénéfice de la limitation légale de responsabilité devra être celle de la personne physique qui en incarne «l'âme dirigeante». Les mots cités sont tirés du jugement du lord chancelier Haldane dans l'affaire *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*<sup>12</sup>:

[TRADUCTION] Maintenant, vos seigneuries, l'accident s'est-il produit sans la faute ou la complicité réelle des propriétaires du navire, en l'occurrence les appelants? Vos seigneuries, une société est une abstraction. Elle n'a pas d'esprit qui lui est propre pas plus qu'elle ne possède de corps; aussi son principe actif doit-il être recherché dans la personne qui, à certaines fins, peut être appelée mandataire, mais qui est véritablement l'âme dirigeante de la société, l'incarnation même de sa personnalité.

Le juge de première instance a abordé ainsi la question de la limitation de responsabilité [aux pages 107 à 110]:

Voyons ce que révèle en l'espèce la preuve présentée par G.L.T. pour limiter sa responsabilité.

Le capitaine Paul A. Lloyd, vice-président à l'exploitation de G.L.T. a longuement témoigné. En cette qualité, il s'occupe de l'administration, de l'embauche du personnel, de la cotation des taux, et il est aussi responsable de la bonne marche des nombreux remorqueurs appartenant à la compagnie; en fait, il est la personne responsable «to make sure that they operated properly». Mais en ce qui concerne entre autres le remorqueur «Ohio», lorsqu'il est question de navigation, de l'approvisionnement en cartes maritimes et de tout ce qui doit se trouver à bord du remorqueur, il se fie au capitaine Kelch. Selon son propre aveu, Kelch faisait partie de la direction de la compagnie et avait de nombreuses décisions à prendre concernant entre autres l'approvisionnement en cartes maritimes. D'ailleurs, concernant ce voyage en direction d'un port sur le Saint-Laurent, sauf pour ce qui est des démarches préliminaires, toutes les décisions relevaient du capitaine Kelch, ce qui n'empêchait pas ce dernier de faire de fréquents rapports à son supérieur. Ainsi lorsqu'est venu le temps de s'assurer de la présence d'un quatrième remorqueur pour sortir de la Voie maritime du Saint-Laurent, Kelch a référé à Lloyd pour obtenir l'autorisation mais il s'agissait plus d'une formalité pour couvrir l'aspect financier de la question car selon Lloyd, le nombre de remorqueurs requis pour effectuer une manœuvre

<sup>11</sup> *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 819.

<sup>12</sup> [1915] A.C. 705 (H.L.), à la p. 713.



had acted as tug master for this voyage, a fact which his immediate superior Capt. Lloyd did not know until the trial. The latter stated that the company did not even make a practice of checking who was in charge of manoeuvres in tows involving more than one tug.

A tug-owner seeking to limit his liability cannot display such a complete lack of interest in who, how and under the ultimate responsibility of which captain such a long voyage is to be undertaken, without even checking that he has all the instruments necessary for navigation on board.

The defendant also called Joseph White, who is responsible for maintenance and repairs on the fleet. He provided a long explanation of the features of the tugs "Ohio" and "South Carolina" and the documents and spare parts to be found on board. He also dwelt at length on the various annual or sporadic inspection programs applicable to their tugs, and in particular the towing equipment on board the "Ohio". In this connection, after explaining the braking systems in this equipment, the witness noted that the pin which broke in the accident that occurred in Montréal in 1980 was a replacement one which had been installed in the company's own workshops at an unknown date but before 1975, the date on which he commenced his duties. To his knowledge it had not been replaced since.

There is no question that the mechanical breakdown which occurred in the towing equipment is attributable to negligence by the company in maintaining its equipment, and it provided no plausible explanation except for the high tension applied to the equipment. It was mentioned that the original pin, made of copper, had broken too often in the past and for this reason it was decided to replace it with another made of stainless steel that had never broken . . . until November 7, 1980. This fact in no way excuses the company: for it to avoid liability, it must do more than establish that the pin broke and that it had been replaced more than five years earlier. In this connection the equipment inspection and maintenance systems referred to in evidence, however numerous and sophisticated they may have been, cannot serve to exonerate the company.

The defendant also called Thomas Meakin, who in fact held the position of chief mechanic with the defendant and worked under the immediate orders of Jos White. On the day of the accident, though this was not his usual function, he was in the stern of the "Ohio" when the mechanical breakdown occurred. This witness, whose testimony was very precise, provided a lengthy explanation of the operation of the equipment, its braking systems and the maintenance programs covering it. In particular he described the danger the "Ohio" was in before the mechanical breakdown, when the stern was completely submerged, and though he is quite tall the water was up to his waist, and the actions he had to take at the last minute to stop the paying out of the cable. His presence of mind and extraor-

était une question de navigation qui relevait spécifiquement de Kelch. En fait, selon le témoignage même du capitaine Kelch, ses nombreuses responsabilités au sein de la compagnie en faisaient un représentant de celle-ci. À propos de ce voyage, il a admis spontanément avoir agi en qualité de maître du remorquage, fait qu'il ignorait son supérieur immédiat, le capitaine Lloyd, jusqu'au moment du procès. Selon ce dernier, il n'était même pas dans les habitudes de la compagnie de s'assurer qui était en charge des manœuvres dans le cas de remorquages impliquant plus d'un remorqueur.

a Il est inadmissible qu'un propriétaire de remorqueur qui entend limiter sa responsabilité puisse ainsi se désintéresser de savoir qui, comment et sous la responsabilité ultime de quel capitaine un si long voyage pourrait être entrepris, sans même qu'on se soit assuré qu'il ait à bord tous les instruments nécessaires à la navigation.

c La défenderesse a aussi fait entendre Joseph White, responsable de l'entretien et des réparations de la flotte. Il a longuement expliqué les caractéristiques des remorqueurs «Ohio» et «South Carolina», les documents et pièces de rechange qu'on pouvait trouver à bord. Il a aussi élaboré longuement sur les différents programmes d'inspection annuels ou sporadiques auxquels étaient soumis leurs remorqueurs et en particulier les appareils de remorquage à bord du «Ohio». À ce sujet, après avoir expliqué les systèmes de freinage de cet appareil, le témoin a rappelé que la goupille qui s'est rompue lors de l'incident survenu à Montréal en 1980 en était une de remplacement qui aurait été installée dans les chantiers mêmes de la compagnie, à une date indéterminée mais antérieure à 1975, date où il a commencé à assumer ses fonctions. À sa connaissance, elle n'avait pas été remplacée depuis.

f Il ne fait pas de doute que le bris mécanique survenu à bord de l'appareil de remorquage est imputable à une négligence de la compagnie dans l'entretien de son équipement et elle n'a fourni aucune explication plausible si ce n'est la forte tension exercée sur l'appareil. On a fait valoir que la goupille originale, faite de cuivre, se rompait trop fréquemment par le passé, et que pour cette raison, on avait décidé de la remplacer par une autre en acier inoxydable qui ne serait plus jamais brisée . . . sauf le 7 novembre 1980. Ce fait n'excuse en rien la compagnie; il n'est pas suffisant d'établir le bris de la goupille et le fait qu'elle avait été remplacée plus de 5 ans auparavant pour se dégager de sa responsabilité. À cet égard, les systèmes de vérification et d'entretien d'équipement dont on a fait la preuve, si nombreux et si sophistiqués étaient-ils, ne peuvent servir à exonérer la compagnie.

i La défenderesse a aussi fait entendre Thomas Meakin qui occupait en fait le poste de mécanicien chef pour le compte de la défenderesse et travaillait sous les ordres immédiats de Jos White. Même si ce n'était pas sa tâche habituelle, le jour de l'accident, il se trouvait à la poupe du «Ohio» lorsque le bris mécanique s'est produit. Très explicite, ce témoin a longuement expliqué le fonctionnement de l'appareil, ses systèmes de freinage, et les programmes d'entretien auxquels il était soumis. Il a particulièrement décrit le péril qui menaçait le «Ohio» avant le bris mécanique, alors que la poupe était complètement submergée et que lui-même, pourtant de stature imposante, avait de l'eau jusqu'à la taille, et les manœuvres qu'il a dû faire in extremis pour arrêter le déroulement du câble. Sa présence

dinary courage probably prevented the tug being swamped, and clearly he cannot be in any way faulted personally.

That leaves Capt. Kelch, who as we saw earlier was also part of the company's management and had many duties. The Court has already discussed earlier the faults committed by him. It does not much matter whether he acted wrongfully in his capacity as a manager of the company, as port master, or whether his faults are attributable to navigational errors as tug master: that cannot be a means of excluding his liability to the plaintiff. If the same person who commits a navigational mistake is also one whose acts identify him with acts of the company, and in that capacity is also at fault, his employers cannot benefit from the limitation of liability contained in 647.

In short, even assuming that the defendant G.L.T. was able to prove the identity of persons whose acts identified them with acts of the company, it is far from establishing that those persons were not guilty of fault or privity in the sense that must be given to these words, as explained in the "Kathy K". On the contrary, the evidence established that Capt. Lloyd was the person whose acts identified him most with the acts of the company so far as administration and general supervision are concerned, and it was abundantly clear from his testimony that he knew practically nothing of what was happening on board his tugs during this voyage, cared very little about it and gave his masters all possible latitude. The person responsible for maintenance, Jos White, gave no plausible explanation of the mechanical breakdown on board the "Ohio". Finally, Capt. Kelch, who was responsible on the company's behalf not only for providing the tugs with the documentation necessary for such a voyage, but, *inter alia* for hiring a fourth tug to bring the barge to its destination, failed lamentably in his duties by exercising his functions as a company manager negligently in respect of the "Rival".

In short, the defendant G.L.T. did not establish that it is entitled to the limitation of liability.

Several aspects of this finding cause me difficulty.

In the first place, as I understand the Trial Judge, he finds actual fault or privity in Captain Lloyd because of the latter's inadequate supervision of Captain Kelch or, as the Trial Judge put it, a "lack of interest". While there can be no doubt that an owner may be in actual fault or privity through sins of omission, it remains that such omissions must in some way be causally related to the casualty. Examples from the leading cases make this clear.

d'esprit et son courage extraordinaire ont probablement empêché le remorqueur de sombrer et on ne peut certes personnellement lui reprocher quoi que ce soit.

Reste le capitaine Kelch qui, comme on l'a vu antérieurement, faisait lui aussi partie de la direction de la compagnie et assumait de nombreuses responsabilités. La Cour a déjà élaboré auparavant sur les fautes qu'il a commises. Il importe peu qu'il ait agi de façon fautive en sa qualité de dirigeant de la compagnie comme capitaine de port ou que ses fautes soient attribuables à des erreurs de navigation en tant que maître du remorqueur: il ne peut pour autant dissocier sa responsabilité face à la défenderesse. Si la même personne qui commet une faute de navigation est en même temps celle dont les actes l'identifient aux actes de la compagnie, et qu'en cette qualité, elle est aussi fautive, ses employeurs n'ont pas droit à la limite de responsabilité prévue à l'article 647.

Bref, même en prenant pour acquis que la défenderesse G.L.T. a réussi à prouver l'identité des personnes dont les actes les identifiaient aux actes de la compagnie, elle est loin d'avoir démontré que ces personnes ne sont pas coupables de faute ou de complicité au sens qu'il faut donner à ces mots, comme on l'a précisé dans l'affaire du «Kathy K.» Au contraire, la preuve démontre que le capitaine Lloyd était celui dont les faits et gestes l'identifiaient davantage aux actes de la compagnie en ce qui concernait l'administration et la surveillance générale, et il ressort abondamment de son témoignage qu'il ignorait pratiquement tout de ce qui se passait à bord de ses remorqueurs durant ce voyage, s'en souciait fort peu et laissait toute la latitude voulue à ses capitaines. Quant au bris mécanique survenu à bord du «Ohio», le responsable de l'entretien Jos White, n'en a fourni aucune explication plausible. Enfin, le capitaine Kelch qui était responsable pour la compagnie non seulement de l'approvisionnement à bord des remorqueurs de la documentation nécessaire à un tel voyage, mais entre autres de l'embauche d'un quatrième remorqueur pour mener la barge à bon port, il a lamentablement failli à sa tâche en exerçant de façon négligente, à l'égard du «Rival», ses fonctions de dirigeant de la compagnie.

Bref, la défenderesse G.L.T. n'a pas établi qu'elle avait droit à la limite de responsabilité.

Plusieurs aspects de cette conclusion me causent des difficultés.

En premier lieu, le juge de première instance a, si je ne m'abuse, conclu à la faute ou complicité réelle du capitaine Lloyd en raison de la surveillance inadéquate qu'il aurait exercée sur le capitaine Kelch ou, selon ses termes, du désintérêt qu'il aurait manifesté. Même s'il ne fait aucun doute qu'un propriétaire peut se rendre coupable de faute ou de complicité réelle en raison de péchés d'omission, il reste qu'il doit y avoir un lien de causalité quelconque entre ces omissions et l'accident. Les arrêts de principe sur cette question en fournissent d'éloquents exemples.

Thus, in *The Lady Gwendolen*,<sup>13</sup> where a ship travelling at speed in dense fog collided with a vessel at anchor, it was held that the owners' failure to see that the master was properly instructed in the use of radar and to impress upon him the dangers of navigating at speed in fog, even with radar, constituted actual fault or privity on their part. The following passage from the judgment of Winn L.J., at page 348, is particularly instructive on the issue of causation:

Having been greatly assisted by thorough analyses by learned Counsel, to whom I express my indebtedness, of all the authorities in which in a number of different sets of circumstances and situations Courts have determined the presence or absence of such actual fault or privity, it appears to me that two guiding principles are plain:

First: an owner who seeks to limit his liability must establish that, although for the immediate cause of the occurrence he is responsible on the basis of *respondeat superior*, in no respect which might possibly have causatively contributed was he himself at fault. An *established* causative link is an essential element of any *actionable* breach of duty: therefore, "actual fault" in this context does not invariably connote actionable breach of duty.

Second: an owner is not himself without actual fault if he owed any duty to the party damaged or injured which (a) was not discharged; (b) to secure the proper discharge of which he should himself have done but failed to do something which in the given circumstances lay within his personal sphere of performance.

Similarly, in *The Marion*,<sup>14</sup> where the master, using an out-of-date chart, anchored over an underwater pipeline which broke and caused immense damage, the owners were held in actual fault or privity for having failed to ensure that the ship was equipped only with up-to-date charts and that obsolete charts were destroyed. Once again, the lack of supervision bore a clear causal relation to the damage, as is indicated by the following passage from Lord Brandon's speech, at page 352:

There remains only the question of causation, which presents little difficulty, especially having regard to the incidence of the burden of proof. The appellants could not, and did not, prove that, if FMSL had had a proper system of supervision in relation to charts, Captain Potenza would still in March 1977 have been navigating with a hopelessly obsolete chart, even

Ainsi, dans l'affaire *The Lady Gwendolen*<sup>13</sup>, où un navire naviguant à vive allure par un épais brouillard avait heurté un navire à l'ancre, on a décidé qu'en négligeant de voir à ce que le capitaine reçoive les instructions nécessaires sur le maniement du radar et comprenne les dangers de naviguer à vive allure dans le brouillard, même à l'aide d'un radar, les propriétaires s'étaient rendus coupables de faute ou de complicité réelle. L'extrait suivant du jugement du lord juge Winn, à la page 348, est particulièrement instructif sur cette question de la causalité:

[TRADUCTION] Après avoir pris connaissance, grâce aux analyses approfondies dont je suis grandement redevable aux procureurs, de toutes les décisions où, dans les circonstances et les situations les plus variées, les tribunaux ont statué sur la présence ou l'absence d'une faute ou complicité réelle, j'estime pouvoir en dégager deux principes évidents:

Premièrement: le propriétaire qui veut limiter sa responsabilité doit établir que, même s'il est responsable de la cause immédiate de l'événement en vertu du principe *respondeat superior*, il n'était lui-même d'aucune façon en faute à l'égard de quelque élément causal que ce soit. La *preuve* d'un lien causal est en effet un élément essentiel à l'*ouverture d'une action* en violation d'une obligation, la «faute réelle» dans ce contexte ne signifie donc pas nécessairement qu'il y ait eu violation d'une obligation ouvrant droit à une action.

Deuxièmement: le propriétaire n'est pas lui-même sans avoir commis de faute réelle s'il avait envers la partie ayant subi le dommage ou la blessure une obligation (a) dont il ne s'est pas acquitté, et (b) dont il aurait dû s'acquitter en faisant lui-même quelque chose qu'il a négligé de faire et qui, dans les circonstances, relevait de sa propre compétence.

De même, dans l'affaire *The Marion*<sup>14</sup> où le capitaine s'était, d'après les indications d'une carte désuète, ancré sur un pipeline immergé, lequel s'était rompu en causant des dommages considérables, on a conclu à la faute ou complicité réelle des propriétaires parce qu'ils avaient négligé de faire en sorte que le navire soit uniquement équipé de cartes à jour et que les cartes désuètes soient détruites. Ici encore, il y avait une relation causale manifeste entre le défaut de surveillance et les dommages, comme il ressort du passage suivant de l'opinion de lord Brandon, à la page 352:

[TRADUCTION] Il reste seulement à trancher la question de la causalité, laquelle ne présente que peu de difficulté, compte tenu en particulier de l'incidence du fardeau de la preuve. Les appelants ne pouvaient prouver, et ils ne l'ont pas fait, que même si FMSL avait exercé une surveillance adéquate en ce qui a trait aux cartes, le capitaine Potenza aurait, malgré la

<sup>13</sup> [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.).

<sup>14</sup> *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.).

<sup>13</sup> [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.).

<sup>14</sup> *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.).

though a modern one showing the pipeline was on board and available to him. Equally the appellants could not, and did not, prove that, if Mr. Downard had been informed promptly about the Liberian report and its contents, the same events would still have taken place. The likelihood is, in either case, that Captain Potenza would either have been persuaded by FMSL to abandon his propensity for navigating with obsolete charts or, if he proved to be incapable of reform in that respect, have been relieved of his command. In these circumstances it is impossible for the appellants to establish that the two actual faults of the appellants which I have held were committed did not contribute to the damage to the pipeline.

Finally, on this question reference may be had to the decision of the House of Lords in *The Norman*,<sup>15</sup> where failure to send a wireless message to the master warning him of newly received information regarding suspected hazards in a poorly charted area already known to be hazardous was found to constitute actual fault and privity on the part of the owners. On the issue of causation, Lord Radcliffe put the question as follows [at page 12]:

Did the owners then succeed in establishing that, even though it would have been the reasonable course to send on the information, yet its receipt would have made no contribution to averting the actual disaster? For this purpose, I think that we must look to the owners as plaintiffs to satisfy the Court that, taking one consideration with another, there was no reasonable likelihood that the message, if received, would have affected the actions or decisions of the skipper of the *Norman* in any material direction.

The comparison between these cases and the facts as found by the learned Trial Judge in the case at bar is striking. There is no suggestion that a lack of supervision by the owners contributed in some way, however remote, to the casualty. The specific acts of negligence found against Captain Kelch are without exception ordinary questions of navigation lying within the normal authority and scope of activity of the master. There is no shred of evidence to suggest that a prudent shipowner would have so concerned himself with the details of navigation as to specifically instruct Kelch where to turn the flotilla or at what speed to tackle the St. Mary's current or in what manner to communicate with the other captains. In short and to paraphrase the words of Lord Radcliffe in *The Norman*, *supra*, taking one consideration with another, there was no reasonable likelihood that any closer degree of supervision and reporting

<sup>15</sup> *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

présence à bord d'une carte récente indiquant la présence du pipeline, continué en mars 1977 à naviguer avec une carte désespérément désuète. De même, les appelants ne pouvaient prouver, et ils ne l'ont pas fait, que M. Downard eût-il été promptement informé de l'existence du rapport libérien et de son contenu, les mêmes événements se seraient produits. Dans l'un ou l'autre cas, il est probable soit que le capitaine Potenza aurait été persuadé par FMSL de renoncer à naviguer avec des cartes désuètes, soit, s'il avait manifesté son incapacité à changer à cet égard, qu'il aurait été relevé de son commandement. Dans les circonstances, il est donc impossible pour les appelants d'établir que les deux fautes réelles dont je les ai tenus responsables n'ont pas contribué aux dommages causés au pipeline.

Enfin, on peut également se reporter sur cette question à la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *The Norman*<sup>15</sup>, où on a jugé qu'il y avait eu faute ou complicité réelle des propriétaires qui avaient négligé d'envoyer un message télégraphique au capitaine pour l'avertir qu'ils venaient de recevoir des renseignements sur l'existence présumée de dangers dans une zone mal cartographiée déjà réputée dangereuse. Lord Radcliffe formule ainsi la question de la causalité [à la page 12]:

[TRADUCTION] Les propriétaires ont-ils réussi à établir que même s'il aurait été raisonnable de transmettre l'information, sa réception n'aurait pas contribué à éviter le désastre? À cette fin, j'estime que nous devons considérer les propriétaires comme des demandeurs qui doivent convaincre la Cour que, tout bien considéré, il n'est pas raisonnablement probable de croire que le message, s'il avait été reçu, aurait modifié de façon importante les actions ou les décisions du commandant du *Norman*.

La comparaison de ces affaires avec les faits constatés en l'espèce par le juge de première instance est frappante. Rien n'indique en effet que le défaut de surveillance des propriétaires ait contribué de quelque façon, aussi éloignée soit-elle, à l'accident. Les actes spécifiques de négligence qui ont été imputés au capitaine Kelch sont sans exception des questions ordinaires de navigation relevant de l'autorité et de la compétence normales du capitaine. Il n'y a pas la moindre preuve laissant croire qu'un propriétaire de navire prudent se serait personnellement préoccupé des détails de la navigation au point de donner à Kelch des instructions précises sur l'endroit où effectuer le virage de la flotille, la vitesse à laquelle affronter le courant Ste-Marie ou encore la façon de communiquer avec les autres capitaines. En bref et pour reprendre les mots de lord Radcliffe dans l'affaire *The Norman*, précitée, tout bien considéré, il n'était

<sup>15</sup> *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

imposed by the owners at the company's Head Office in Cleveland would have materially affected the actions or decisions of Captain Kelch when he was navigating his flotilla in the Port of Montréal.

In the second place, it is my view that the Trial Judge has erred in finding that Captain White, another directing mind and will, was in actual fault and privity in the casualty. Here the difficulty lies not with the issue of causation, for there is no question that there was a causal relation between the breaking of the towing machine and the damage. Rather it is my opinion that the Trial Judge has imposed an impossibly high standard upon the owners. He himself describes the company's equipment inspection and maintenance systems as "numerous and sophisticated". He fails to make any finding that they were inadequate or defective. What more, one may ask, can an owner do than institute a proper and prudent programme of inspection and maintenance? The consequence of the Trial Judge's finding, if left undisturbed, is to turn shipowners into insurers every time a casualty results from an equipment failure. In my opinion, that is not the law.

There remains, on this aspect of the matter, the Trial Judge's finding that Captain Kelch was himself a directing mind and will of the corporate shipowner. Here there is no difficulty on the question of personal fault or the causal relationship between such fault and the damage. It is now well settled, that, if Kelch was truly a directing mind and will of the company, the fact that he was also acting as master and that his negligence was committed in that capacity is nothing to the point. The following words of Stone J.A., in *Wishing Star Fishing Co. v. B.C. Baron (The)*,<sup>16</sup> are conclusive [at page 339]:

As I see it, the distinction between an act of a particular individual in his capacity of master and an act in his capacity as owner for purposes of section 649, has no application in determining whether the act was done "without the actual fault or privity" of a corporation for purposes of section 647. In the

pas raisonnablement probable de croire qu'une surveillance plus étroite et des rapports plus fréquents de la part des propriétaires au siège social de la compagnie à Cleveland, auraient modifié de façon importante les actions ou les décisions du capitaine Kelch au moment où il naviguait avec sa flotille dans le port de Montréal.

En second lieu, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu faute ou complicité réelle du capitaine White, une autre âme dirigeante de la compagnie. En l'occurrence, la difficulté ne réside pas dans la question de la causalité puisque la relation causale entre le bris de l'appareil de remorquage et le dommage ne fait aucun doute. J'estime plutôt que le juge de première instance a imposé aux propriétaires une norme d'une rigueur impossible à satisfaire. Il décrit lui-même les systèmes d'inspection et d'entretien de l'équipement de la compagnie comme «nombreux et sophistiqués». Il ne conclut aucunement qu'ils étaient inadéquats ou défectueux. Or, on peut se demander que peut faire un propriétaire de plus que d'instituer un programme adéquat d'inspection et d'entretien. Laisser intactes les conclusions du juge de première instance à cet égard aurait pour effet de transformer les propriétaires de navires en assureurs chaque fois qu'un accident résulte d'un bris d'équipement. À mon avis, telle n'est pas la règle de droit.

Il reste, sur ce point, à examiner la conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine Kelch était lui-même une âme dirigeante de la compagnie propriétaire du navire. Dans son cas, la question de la faute personnelle ou du lien de causalité entre cette faute et le dommage ne pose pas de difficulté. Il est maintenant bien établi que, si Kelch était véritablement une âme dirigeante de la compagnie, le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il avait commis sa négligence n'est pas pertinent. Le passage suivant du juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Wishing Star Fishing Co. c. B.C. Baron (Le)*<sup>16</sup> fait autorité [à la page 339]:

À mon point de vue, la distinction établie pour les fins de l'article 649 entre un acte posé par un individu particulier en sa qualité de capitaine et un acte posé par cet individu en sa qualité de propriétaire ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de déterminer si l'acte visé a été accompli «sans qu'il y ait faute ou

<sup>16</sup> [1988] 2 F.C. 325 (C.A.).

<sup>16</sup> [1988] 2 C.F. 325 (C.A.).

latter case, as the authorities demonstrate, what is important is whether the doer of the act occupied such a position in the corporation that at the time it was done it may be said to have been the very act of the corporation itself. I have concluded that Mr. Krause's acts and omissions were of this kind and, accordingly, the corporation cannot limit its liability. The losses did not occur without its "actual fault or privity".

The real question with regard to Captain Kelch is whether the Trial Judge was justified in finding that he was a directing mind and will of Great Lakes Towing Company. Certainly at first blush this seems surprising. Kelch, after all, although master of a vessel, is an employee and the very purpose of section 575 is surely to relieve shipowners from liability for negligent acts of their employees where they have not themselves participated in the negligence. Surely it cannot be that, by the device of corporate identification, a liability is imposed which it was the very purpose of the legislation to avoid.

On the other hand, it must also be borne in mind that Kelch was more than an ordinary master or simple employee and, acting on behalf of his employers, had extended duties and responsibilities for the conduct of the whole flotilla.

The test established in *Lennard's Carrying, supra*, for the identification of the corporate *ego* has not stood still. In particular, it has not been restricted to the rather arcane purposes of limiting the owners' liability for marine casualties. In *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*,<sup>17</sup> the English Court of Appeal used it to determine whether a corporate landlord had the necessary intention to occupy property under the *Landlord and Tenant Act*. In an oft quoted passage, Denning L.J. (as he then was) said [at page 172]:

So the judge has found that this company, through its managers, intend to occupy the premises for their own purposes. Mr. Albery contests this finding, and he has referred us to cases decided in the last century; but I must say that the law on this matter and the approach to it have developed very considerably since then. A company may in many ways be

<sup>17</sup> [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.).

complicité réelle» de la part de la société pour les fins de l'article 647. Dans ce dernier cas, comme l'affirme la jurisprudence, la question importante est celle de savoir si la personne qui a posé l'acte en cause occupait à ce moment-là au sein de la société un poste tel que son acte puisse être considéré comme l'acte de la société elle-même. J'ai conclu que les actes et les omissions de M. Krause appartenaient à cette catégorie et, en conséquence, la société ne peut limiter sa responsabilité. Les pertes ne se sont pas produites sans qu'il y ait «faute ou complicité réelle» de sa part.

La véritable question qui se pose à l'égard du capitaine Kelch est de savoir si le juge de première instance était justifié de conclure qu'il était une âme dirigeante de la Great Lakes Towing Company. À première vue, cette conclusion est certes étonnante. Somme toute, en dépit de son titre de capitaine, Kelch est un employé et l'objet même de l'article 575 est assurément de dégager les propriétaires de navires de toute responsabilité pour les actes négligents de leurs employés lorsqu'ils n'y ont pas eux-mêmes contribué. Manifestement, il est impossible que, par le biais de l'identification corporative, on impose ainsi une responsabilité que le but même de la loi était d'éviter.

En revanche, il ne faut pas oublier que Kelch était davantage qu'un capitaine ordinaire ou qu'un simple employé et que, pour le compte de ses employeurs, il exerçait, quant à la conduite de la flotille, des obligations et des responsabilités étendues.

Le critère établi dans l'arrêt *Lennard's Carrying*, précité, quant à l'identification de la personnalité corporative n'a pas été sans évoluer. En particulier, il n'a pas été limité aux fins plutôt mystérieuses de limiter la responsabilité des propriétaires pour les accidents maritimes. Dans l'arrêt *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*<sup>17</sup>, la Cour d'appel de l'Angleterre l'a utilisé pour déterminer si une compagnie propriétaire avait l'intention requise pour occuper un immeuble en vertu de la *Landlord and Tenant Act*. Lord Denning (tel était alors son titre) s'est exprimé ainsi dans un passage souvent cité [à la page 172]:

[TRADUCTION] Ainsi le juge a conclu que la présente compagnie, par l'entremise de ses administrateurs, entendait occuper les lieux pour ses propres fins. M. Albery conteste cette conclusion et il nous a renvoyés à des décisions remontant au siècle dernier; toutefois, je dois dire que le droit sur cette question et la manière de l'aborder ont évolué considérablement depuis

<sup>17</sup> [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.).

likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such. So you will find that in cases where the law requires personal fault as a condition of liability in tort, the fault of the manager will be the personal fault of the company. That is made clear in Lord Haldane's speech in *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* So also in the criminal law, in cases where the law requires a guilty mind as a condition of a criminal offence, the guilty mind of the directors or the managers will render the company itself guilty.

Indeed the doctrine of corporate identification now serves principally in the field of criminal law. The most recent and definitive Canadian statement on the subject is the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen* [at pages 684-685]:<sup>18</sup>

The principle of attribution of criminal actions of agents to the employing corporate principal in order to find criminal liability in the corporation only operates where the directing mind is acting within the scope of his authority (*Beamish, supra*, at pp. 890 and 892, and *St. Lawrence, supra*, at p. 320), in the sense of acting in the course of the corporations' business (*Halsbury's* (4th ed.), vol. 14, p. 30, paragraph 34, *supra*). Scattered throughout the submissions on behalf of the four appellants, was a translation of the directing mind rule to a requirement that for its application the directing mind must, at all times, be acting in the scope of his employment. Conversely, the argument went, if the directing mind was acting totally outside the 'scope of that employment', the attribution of the acts of the directing mind to the corporate employer would not occur. The terminological problems arise from the fact that the concept of vicarious liability in the law of torts has been traditionally fenced in by the concept of the employee acting within 'the scope of his employment' and not, in the classic words, "on a frolic of his own". The identification theory, however, is not concerned with the scope of employment in the tortious sense. "Scope of employment" in the *St. Lawrence* judgment, *supra*, and the other discussions of that term in Canadian law have reference to the field of operations delegated to the directing mind. The charge by His Lordship to the jury makes this abundantly clear, as does the Court of Appeal in its analysis of this defence. The Court in *St. Lawrence, supra*, in describing the elements of the delegation theory, concluded by adding that attribution to the corporation occurred only so long as the directing will "was acting in the

cette époque. Une compagnie peut être comparée à un corps humain de plusieurs façons. Elle possède un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a également des mains qui tiennent les outils et agissent conformément aux directives venant de ce centre. Certaines personnes au sein de la compagnie sont de simples préposés et mandataires qui ne sont rien de plus que des mains qui accomplissent le travail et dont on ne peut pas dire qu'elles en représentent l'âme ou l'esprit. D'autres sont des administrateurs et des gérants qui représentent l'âme dirigeante de la compagnie et qui ont la haute main sur son activité. L'état d'esprit de ces gérants est celui de la compagnie et est considéré juridiquement comme tel. Ainsi, on constate que, dans les cas où la loi exige une faute personnelle comme condition de la responsabilité délictuelle, la faute du dirigeant est considérée comme la faute de la compagnie. Ce principe a été clairement énoncé par lord Haldane dans *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* Il en est de même en droit pénal: lorsque la loi exige l'intention criminelle comme condition d'un délit, l'intention criminelle des directeurs et des administrateurs rend la compagnie elle-même coupable.

En fait, la doctrine de l'identification corporative se retrouve principalement aujourd'hui dans le domaine du droit criminel. L'énoncé le plus récent et qui fait autorité à ce sujet en droit canadien est l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine* [aux pages 684 et 685]<sup>18</sup>:

Le principe en vertu duquel les actes criminels des mandataires sont imputés à la compagnie mandante qui est leur employeur afin que l'on puisse conclure à la responsabilité criminelle de celle-ci ne s'applique que dans les cas où l'âme dirigeante agit dans les limites de son pouvoir (*Beamish, précité*, aux pp. 890 et 892; et *St. Lawrence, précité*, à la p. 320), en ce sens que ses actes s'inscrivent dans le cadre de l'activité de la compagnie (*Halsbury's* (4<sup>e</sup> éd.), vol. 14, p. 30, paragraphe 34, *précité*). À plusieurs reprises dans l'argumentation présentée pour le compte des quatre appelantes, on retrouve une transformation de la règle de l'âme dirigeante en une exigence selon laquelle, pour qu'elle s'applique, l'âme dirigeante doit en tout temps agir dans le cadre de son emploi. Inversement, selon cet argument, si les actes de l'âme dirigeante dépassent complètement «le cadre de son emploi», ces actes ne sauraient être attribués à la compagnie dont elle est l'employée. Les problèmes terminologiques procèdent de ce que le concept de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle a traditionnellement connu une restriction. En effet, il faut que l'employé agisse «dans le cadre de son emploi» et non pas, pour employer l'expression bien connue, [TRADUCTION] «uniquement de son propre chef». Toutefois, la théorie de l'identification n'a rien à voir avec le cadre de l'emploi au sens délictuel. L'arrêt *St. Lawrence, précité*, et d'autres discussions de cette expression en droit canadien se réfèrent aux tâches déléguées à l'âme dirigeante. Cela ressort clairement des directives données au jury par le juge du procès et de l'analyse de ce moyen de défense faite par la Cour d'appel. Dans l'arrêt *St. Lawrence, précité*, la Cour a terminé sa description des éléments de la théorie de la

<sup>18</sup> [1985] 1 S.C.R. 662, per Estey J.

<sup>18</sup> [1985] 1 R.C.S. 662, le juge Estey.

scope of his employment.” The expression comes from the law of tort and agency and from master and servant law. It is not apt in relation to the identification theory. It smacks of vicarious liability and it invites the defence that criminal actions must *prima facie* be beyond the scope of an employee’s duty and authority. The learned trial judge, in directing the jury, expressed it more accurately: “... so long as he was acting within the scope of the area of the work assigned to him.” In *Tesco, supra*, at p. 171, Lord Reid employed the phrase acting “within the scope of delegation” of the corporation’s business. The essence of the test is that the identity of the directing mind and the company coincide so long as the actions of the former are performed by the manager within the sector of corporation operation assigned to him by the corporation. The sector may be functional, or geographic, or may embrace the entire undertaking of the corporation. The requirement is better stated when it is said that the act in question must be done by the directing force of the company when carrying out his assigned function in the corporation. It is no defense to the application of this doctrine that a criminal act by a corporate employee cannot be within the scope of his authority unless expressly ordered to do the act in question. Such a condition would reduce the rule to virtually nothing. Acts of the ego of a corporation taken within the assigned managerial area may give rise to corporate criminal responsibility, whether or not there be formal delegation; whether or not there be awareness of the activity in the board of directors or the officers of the company; and, as discussed below, whether or not there be express prohibition. [Underlining added.]

[at page 675]:

... the criminal conduct, including the state of mind, of employees and agents of the corporation is attributed to the corporation so as to render the corporation criminally liable so long as the employee or agent in question is of such a position in the organization and activity of the corporation that he or she represents its *de facto* directing mind, will, centre, brain area or *ego* so that the corporation is identified with the act of that individual.

[at pages 681-682]:

The transition from virtual corporate immunity from criminal liability to virtual equality with humans in like circumstances under the criminal law is traced in greater detail by Jessup J., as he then was, in *R. v. J.J. Beamish Constructions Co., supra*. Three years later Schroeder J.A., of the Court of Appeal of Ontario, in *R. v. St. Lawrence Corp., supra*, at pp. 315-21, again reviewed this transition. In the end Schroeder J.A., at p. 320, adopted the same statement of the governing

délégation par l’observation que la responsabilité de la société n’était engagée que si l’âme dirigeante [TRADUCTION] «agissait dans le cadre de son emploi». Cette expression, qui dérive du droit de la responsabilité délictuelle et du mandat et du droit régissant les rapports entre employeur et employé, ne convient pas à la théorie de l’identification. C’est en plein la responsabilité du fait d’autrui et cela invite le recours au moyen de défense selon lequel les actes criminels doivent *prima facie* sortir du cadre des fonctions et du pouvoir d’un employé. En donnant ses directives au jury, le savant juge du procès a trouvé une expression plus juste: [TRADUCTION] «... pourvu que ses actes entrent dans le cadre du domaine de ses attributions». Dans l’arrêt *Tesco*, précité, à la p. 171, lord Reid emploie l’expression [TRADUCTION] «dans le cadre d’une délégation» faite par la compagnie. Ce critère établit essentiellement qu’il y a identité de l’âme dirigeante et de la compagnie si les actes de celle-là ont été accomplis par le directeur dans son secteur de responsabilité. Ce secteur peut être fonctionnel, géographique, ou encore il peut englober l’ensemble des opérations de la compagnie. En fait, il est plus exact de dire que l’acte en question doit être accompli par l’âme dirigeante de la compagnie dans l’exercice de ses fonctions au sein de celle-ci. On ne saurait chercher à échapper à l’application de cette doctrine en alléguant qu’un acte criminel commis par un employé de la compagnie ne peut pas relever du cadre de son autorité, à moins qu’on ne lui ait expressément ordonné de commettre l’acte en question. Admettre une telle condition serait réduire presque à néant l’effet de la règle. Les actes de l’incarnation d’une compagnie dans son secteur de compétence administrative peuvent entraîner la responsabilité criminelle de cette dernière, peu importe qu’il y ait eu ou non délégation expresse; que le conseil d’administration ou les membres de la direction de la compagnie ait été ou non au courant des activités en cause; et, point qui sera analysé plus loin, qu’il y ait eu ou non interdiction expresse. [Non souligné dans le texte original.]

[à la page 675]:

... la conduite criminelle, y compris l’état d’esprit, d’employés et de mandataires de la compagnie est imputée à celle-ci de manière à entraîner sa responsabilité criminelle. Mais il faut alors que l’employé ou le mandataire en question, par le poste qu’il occupe au sein de l’organisation et dans l’activité de la compagnie, soit réellement son âme dirigeante, son centre, son cerveau et son incarnation si bien que l’acte de l’individu est assimilé à l’acte de ladite compagnie. Selon cette théorie, il n’existe aucune espèce de responsabilité du fait d’autrui ni d’autre forme de mandat; il y a plutôt une responsabilité en droit criminel qui résulte de l’identité de la personne morale et de la personne physique.

[aux pages 681 et 682]:

Dans la décision *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, précitée, le juge Jessup (tel était alors son titre), brosse un tableau plus détaillé de l’évolution par laquelle les compagnies ont perdu leur immunité quasi totale en droit criminel pour se trouver presque sur un pied d’égalité avec les personnes physiques dans les mêmes circonstances. Trois ans plus tard, le juge Schroeder de la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’arrêt *R. v. St. Lawrence Corp.*, précité, aux pp. 315 à 321, a de nouveau examiné cette transition. Le juge Schroeder a fini par adopter, à la p. 320, la même formulation du principe directeur que celle



principle as Jessup J. had in *Beamish, supra*, although the earlier case is not cited:

While in cases other than criminal libel, criminal contempt of Court, public nuisance and statutory offences of strict liability criminal liability is not attached to a corporation for the criminal acts of its servants or agents upon the doctrine of respondant superior, nevertheless, if the agent falls within a category which entitles the Court to hold that he is a vital organ of the body corporate and virtually its directing mind and will in the sphere of duty and responsibility assigned to him so that his action and intent are the very action and intent of the company itself, then his conduct is sufficient to render the company indictable by reason thereof. It should be added that both on principle and authority this proposition is subject to the proviso that in performing the acts in question the agent was acting within the scope of his authority either express or implied. [Underlining added.]

[at page 693]:

The identity doctrine merges the board of directors, the managing director, the superintendent, the manager or anyone else delegated by the board of directors to whom is delegated the governing executive authority of the corporation, and the conduct of any of the merged entities is thereby attributed to the corporation. In *St. Lawrence, supra*, and other authorities, a corporation may, by this means, have more than one directing mind. This must be particularly so in a country such as Canada where corporate operations are frequently geographically widespread. The transportation companies, for example, must of necessity operate by the delegation and sub-delegation of authority from the corporate centre; by the division and subdivision of the corporate brain; and by decentralizing by delegation the guiding forces in the corporate undertaking.

Two earlier cases, also from the criminal law, are cited with approval by Estey J. in *Canadian Dredge & Dock Co.* and are of interest. The first is *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*,<sup>19</sup> where Schroeder J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in a passage immediately following that quoted by Estey J., at page 682, *supra*, said [at pages 320-321]:

The history of the treatment accorded to corporations in the sphere of both civil and criminal law points to a rejection of the earlier narrow conception in favour of a very broad conception of a much wider field of potential corporate responsibility. This trend has a valid basis to support it since corporations are at once more powerful and more materially endowed and equipped than are individuals and, if allowed to roam unchecked in the field of industry and commerce, they are

adoptée par le juge Jessup dans l'affaire *Beamish*, précitée, quoique celle-ci ne soit pas mentionnée expressément:

[TRADUCTION] Bien que dans des cas autres que ceux de la diffamation criminelle, de l'outrage criminel au tribunal, de la nuisance publique et des infractions de responsabilité stricte créées par la loi, la responsabilité criminelle d'une compagnie du fait de ses employés ou de ses mandataires ne soit pas fondée sur la doctrine de *respondeat superior*, il n'en demeure pas moins que, si, en raison de la catégorie de personnes à laquelle appartient le mandataire, la cour peut conclure que, dans l'exercice de ses attributions et responsabilités, il est un organe vital de ladite compagnie et qu'il en est en réalité l'âme dirigeante, de sorte que ses actes et ses intentions deviennent les actes et les intentions de la compagnie elle-même, sa conduite suffit à ce moment-là pour justifier l'inculpation de celle-ci. Ajoutons à ce propos qu'il y a un principe bien établi selon lequel cette proposition est soumise à la condition que, dans l'accomplissement des actes en question, le mandataire n'exécède pas son pouvoir, conféré expressément ou implicitement. [Non souligné dans le texte original.]

d [à la page 693]:

La doctrine de l'identification réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à ladite compagnie. Ainsi, selon l'arrêt *St. Lawrence*, précité, et d'autres décisions, une compagnie peut avoir plus d'une âme dirigeante. C'est particulièrement le cas dans un pays comme le Canada où les activités d'une compagnie s'exercent souvent sur une vaste étendue géographique. Les compagnies de transport, par exemple, doivent nécessairement fonctionner par la délégation et la sous-délégation du pouvoir central; par la division et la sous-division des centres nerveux; et par la décentralisation par délégation des organes directeurs de l'entreprise.

g Deux arrêts antérieurs, également tirés du droit criminel et que cite avec approbation le juge Estey dans *Canadian Dredge & Dock Co.*, sont dignes d'intérêt. Dans le premier, *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*<sup>19</sup>, le juge Schroeder, dans un passage suivant immédiatement celui que cite le juge Estey à la page 682, ci-dessus, s'exprime ainsi au nom de la Cour d'appel de l'Ontario [aux pages 320 et 321]:

[TRADUCTION] L'histoire du traitement accordé aux compagnies, tant en droit civil qu'en droit criminel, révèle un rejet de la conception étroite du passé en faveur d'une conception très large de portée beaucoup plus grande de la responsabilité corporative potentielle. Cette tendance est légitime compte tenu du fait que les compagnies sont à la fois plus puissantes et mieux équipées que les individus. Si elles étaient libres d'agir à leur guise dans le monde de l'industrie et du commerce, elles

<sup>19</sup> [1969] 2 O.R. 305 (C.A.).

<sup>19</sup> [1969] 2 O.R. 305 (C.A.).

potentially more dangerous and can inflict greater harm upon the public than can their weaker competitors.

I am entirely in agreement with the learned Judge's conclusion as above-quoted in the light of the law of corporate responsibility for crime as more recently developed. It follows from the cases which I have discussed that a company can have more than one directing mind or alter ego. A company with branch offices in territories widely separated from its head office can have directing minds in those several territories. Mr. Pim, acting in the sphere of his assignment as vice-president in charge of sales of both appelland companies, was just as much their directing mind in his particular sphere as was Mr. Cooper in a wider sphere. He may have been but a satellite to a major planet, but his position in the galaxy was not an inferior one and the learned Judge was entitled to attach criminal liability to the company by reason of his acts and those of other agents of the company acting under Mr. Pim's direction and control. [Underlining added.]

The second is the even earlier decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*<sup>20</sup> The case is only reported in summary form, the relevant portion of which reads as follows [at pages 666-667]:

On June 20, 1960, respondent entered into a contract with the Minister of Highways for the Province of Quebec for the paving of certain highways in the district of Labelle. The contract provided for payment on the basis of certain unit prices, the estimated total cost being \$311,567. When the contract was signed, the work was actually under way, having been started in the middle of May, 1960. It was carried under the direction of the co-accused, one Barthe, who was the foreman in charge of the work. The trial judge found that Barthe conspired with another co-accused, one Gouin, a subordinate employee, and others to establish a system which resulted in the Crown making payment for loads of asphalt that were in fact never delivered. This was done by means of fictitious delivery receipts which were inserted into batches of the genuine receipts properly forming the basis of payments made from time to time to respondent. The trial judge found that Barthe had conspired with Gouin and also with other employees of respondent and of the Highway Department. He nevertheless acquitted respondent on the ground that it was not criminally responsible for the acts of the guilty employees. His view of the law relating to the criminal responsibility of a corporation is summarized by him in the following terms:

[TRANSLATION] *It is evident that the court must be convinced that the senior executives, i.e. the president, vice-president, etc. and especially the board of directors, without having committed the offence personally, must have been aware of the actions of their servants and agents.*

*To summarize the case law, a company has the mens rea required to be found guilty of a criminal offence if it was*

seraient potentiellement plus dangereuses et risqueraient d'infliger au public de plus graves préjudices que leurs compétiteurs démunis.

Je partage entièrement les conclusions précitées du savant juge à la lumière de cette évolution récente du droit de la responsabilité corporative en matière criminelle. Il ressort des décisions examinées qu'une compagnie peut avoir plus d'une âme dirigeante ou alter ego. Ainsi, une compagnie ayant des divisions dans des territoires éloignés de son siège social peut avoir des âmes dirigeantes dans ces différents territoires. M. Pim, qui agissait dans le cadre de ses attributions de vice-président en charge des ventes des deux compagnies appelantes, en était autant l'âme dirigeante dans son domaine particulier que l'était M. Cooper dans un domaine plus large. Il n'était peut-être qu'un petit satellite d'une grande planète, mais au sein de la galaxie sa position n'avait rien d'inférieur et le savant juge était en droit de tenir la compagnie criminellement responsable de ses actes et de ceux d'autres mandataires de la compagnie qui agissaient sous la direction et le contrôle de M. Pim. [Non souligné dans le texte original.]

The second arrêt est la décision encore plus ancienne de la Cour d'appel du Québec *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*<sup>20</sup>. Cet arrêt n'est publié que sous la forme d'un sommaire dont voici la partie pertinente [aux pages 666 et 667]:

[TRADUCTION] Le 20 juin 1960, l'intimée a conclu avec le ministre de la Voirie de la province de Québec un contrat pour le pavage de certaines routes dans le district de Labelle. Le contrat prévoyait que le paiement se ferait en fonction d'un certain prix à l'unité, le coût total prévu étant de 311 567 \$. Au moment de la signature du contrat, le travail était déjà en cours puisqu'il avait commencé au milieu du mois de mai 1960. Il a été exécuté sous la direction du coaccusé, un dénommé Barthe, le contremaître responsable du chantier. Le juge de première instance a conclu que Barthe avait comploté avec un autre coaccusé, un dénommé Gouin, qui était son subordonné, et avec d'autres personnes pour établir un système grâce auquel la Couronne a effectué des paiements pour de l'asphalte qui n'a jamais été livré: des reçus de livraison fictifs étaient insérés dans des liasses de vrais reçus servant à l'établissement des paiements périodiques versés à l'intimée. Le juge de première instance a estimé que Barthe avait comploté avec Gouin ainsi qu'avec d'autres employés de l'intimée et du ministère de la Voirie. Il a néanmoins acquitté l'intimée au motif qu'elle n'était pas criminellement responsable des actes commis par les employés coupables. Le juge résume ainsi son interprétation des règles de droit relatives à la responsabilité criminelle d'une compagnie:

*Il est évident que le tribunal doit être convaincu que les officiers supérieurs, c'est-à-dire les président, vice-président, etc., et surtout le bureau d'administration, sans avoir commis l'offense personnellement, devaient nécessairement être au courant des faits et gestes de leurs préposés ou agents.*

*Pour résumer la jurisprudence, une compagnie a le mens rea nécessaire pour être trouvée coupable d'une offense crimi-*

<sup>20</sup> [1962] B.R. 666 (Que. C.A.).

<sup>20</sup> [1962] B.R. 666 (C.A. Qué.).

*committed by one of its officers or the board of directors, i.e. those who are responsible for the control of the company's operations, but it cannot be held liable for the actions of a subordinate employee who was only a local agent. In other words, a concurrence of wills in the minds of the officers must be clearly established between them and their agent in charge for the company to be found as guilty as the agent would be.*

The Crown's principal ground of appeal is that the trial judge misdirected himself on this question of the criminal liability of a corporation for the acts of its agents. Respondent made a motion for the dismissal of the appeal. It argued that the Crown's appeal was not one on a question of law. The Court of Appeal is of opinion that the judgment is based upon the trial judge's appreciation of the law as above set forth. If this is incorrect, the judgment is wrong in law, and the Court may intervene. Respondent's motion is therefore dismissed.

While the Criminal Code makes it clear that corporations may be guilty of crimes, there is nothing in it that sheds any light on the specific problem now before the Court. A corporation may at least under certain circumstances be liable for the acts of agents other than its president, vice-president or general manager. In this instance, there is evidence to the effect that Barthe had complete control over the operations of respondent in so far as they related to that particular contract and to other operations in the same district. He could refer problems to respondent's head office but was apparently not expected to do so. His responsibility extended to the point that he had discretion to carry out minor contracts which could conveniently be executed in conjunction with the main contract and was not held to any precise accounting for monies received by him under these contracts. Under the circumstances, the Court of Appeal declares that it does not know what the trial judge's decision would have been had he not considered, in the Court's opinion incorrectly, that respondent could not be criminally liable for the acts of an agent who was not a senior executive unless such acts were known to its directors. [Underlining added; footnote omitted.]

From this jurisprudence it seems to me that we can derive principles which are of importance to the solution of the present problem:

1. The question of who is a corporation's alter ego or directing mind and will is essentially one of fact, depending on the circumstances of each particular case and the way in which the corporation in question, in fact, manages its affairs.

2. A corporation may have more than one "directing mind and will" and different persons may constitute the alter ego of the corporation for

*nelle si [sic] l'offense a été commise par un de ses officiers ou le bureau de direction qui ont la responsabilité de diriger les activités de la compagnie, mais elle ne peut pas être tenue responsable de l'acte d'un employé subordonné qui n'était qu'un agent local. Autrement dit, il faut qu'un concours de volontés dans l'esprit des administrateurs soit clairement établi entre eux et leur agent en autorité pour trouver la compagnie coupable de la même façon que l'agent serait lui-même trouvé coupable.*

Comme principal motif d'appel, la Couronne allègue que le juge du procès a mal interprété cette question de la responsabilité criminelle d'une compagnie pour les actes de ses mandataires. Par requête, l'intimée demande le rejet de l'appel en faisant valoir que l'appel de la Couronne n'était pas fondé sur une question de droit. Or, la Cour d'appel est d'avis que le jugement repose sur l'appréciation de la règle de droit telle qu'elle ressort du passage cité précédemment. Si cette appréciation est incorrecte, le jugement est erroné en droit et la Cour peut intervenir. La requête de l'intimée est en conséquence rejetée.

Le Code criminel établit clairement que les compagnies peuvent être coupables de crimes, mais il ne contient aucune disposition qui puisse nous éclairer sur le problème particulier dont la Cour est maintenant saisie. Une compagnie peut, du moins dans certaines circonstances, être tenue responsable des actes de mandataires autres que son président, vice-président ou directeur général. En l'espèce, il ressort de la preuve que Barthe avait le plein contrôle des activités de la compagnie dans la mesure où elles étaient reliées à ce contrat particulier ainsi qu'à d'autres activités se déroulant dans le même district. S'il rencontrait des difficultés, il pouvait en référer au siège social de l'intimée, mais apparemment on ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse. Ses responsabilités lui permettraient même d'exécuter à sa discrétion des contrats mineurs susceptibles d'être facilement réalisés en même temps que le contrat principal. Il n'avait d'ailleurs aucun compte à rendre sur les sommes qu'il pouvait dans ces cas percevoir. Dans les circonstances, la Cour d'appel affirme ignorer quelle aurait été la décision du juge de première instance s'il n'avait pas considéré, incorrectement de l'avis de la Cour, que l'intimée ne pouvait être tenue criminellement responsable des actes d'un mandataire qui n'était pas un haut dirigeant, à moins que ces actes aient été commis au su de ses administrateurs. [Non souligné dans le texte original, renvois omis.]

À partir de cette jurisprudence, il me semble que nous pouvons dégager des principes pertinents pour la solution du présent problème:

1. La question de savoir qui est l'âme dirigeante ou l'alter ego d'une compagnie est essentiellement une question de fait, variant selon les circonstances de chaque espèce et la façon dont la compagnie gère concrètement ses activités.

2. Une compagnie peut avoir plus d'une «âme dirigeante» et différentes personnes peuvent incarner l'alter ego de la compagnie pour des fins

specific purposes and within specific fields of activity.

3. An individual may, by reason of geographical isolation or other circumstances, be considered to be the corporation's alter ego for certain purposes even though that individual may not, in formal terms and by title, occupy a position at the top of the corporate hierarchy.

Bearing these principles in mind, let us look again at the position of Captain Kelch.

There is no doubt that Kelch was, in fact, the towmaster of the flotilla and vested with authority to give commands to all the captains of the fleet, of which he was *de facto* commodore.

A. Captain Kelch was the tow master, designated by the owners of the tug and the barge which puts him in command of the whole tow no matter how many tugs we would add or subtract. Captain Kelch was the tow master.

(Captain R. B. Lyons, Commission evidence, at page 14).

Q. Alright ... Can you describe to us, generally speaking, what the duties are of a Tow Master such as yourself ... obviously, you are the man in charge, like you take all the decisions?

A. Oh, yes.

Q. Do you tell each tug where to position itself?

A. Yes, I do.

Q. Do you give specific engine orders to each tug?

A. Yes, I do.

Q. You tell them to go ahead half power, full power and that?

A. Yes, I do.

Q. To pull or push in a certain direction?

A. Yes, I do.

(Paul A. Kelch, Examination for discovery, Common appendix, volume 3, at page 465).

Q. Were you in a position to give orders to the captains of the other tugs?

A. Oh, yes, absolutely.

(Paul A. Kelch, Commission evidence, Appeal Book, appendix I, volume 3, at page 419).

spécifiques et dans le cadre particulier de certaines activités.

3. Un individu peut, en raison de l'isolement géographique ou d'autres circonstances, être considéré comme l'alter ego de la compagnie pour certaines fins, même s'il n'occupe pas officiellement une position au sommet de la hiérarchie.

À la lumière de ces principes, examinons à nouveau la position du capitaine Kelch.

Il n'y a aucun doute que Kelch était, dans les faits, le maître du remorquage et de la flotille, et qu'il était investi du pouvoir de donner des ordres à tous les capitaines de la flotte dont il était le commandant de facto.

[TRADUCTION]

R. Le capitaine Kelch était le maître du remorquage désigné par les propriétaires du remorqueur et de la barge, ce qui en faisait le commandant de toute la flotille, quel que soit le nombre de remorqueurs ajoutés ou retirés. Le capitaine Kelch était le maître du remorquage.

(Capitaine R. B. Lyons, commission rogatoire, à la page 14).

[TRADUCTION]

Q. Très bien ... Pouvez-vous nous dire, de façon générale, quelles sont les fonctions d'un maître de remorquage tel que vous ... manifestement, vous êtes le responsable, celui qui prend toutes les décisions?

R. Oh, oui.

Q. Est-ce vous qui dites à chaque remorqueur quelle position il doit prendre?

R. Oui.

Q. Donnez-vous des ordres de marche spécifiques à chaque remorqueur?

R. Oui.

Q. Vous leur dites d'aller à demi-régime, à plein régime, ce genre de choses?

R. Oui.

Q. De tirer ou de pousser dans une certaine direction?

R. Oui.

(Paul A. Kelch, interrogatoire préalable, annexe conjointe, volume 3, à la page 465).

[TRADUCTION]

Q. Étiez-vous en position de donner des ordres aux capitaines des autres remorqueurs?

R. Oh oui, absolument.

(Paul A. Kelch, commission rogatoire, dossier d'appel, annexe 1, volume 3, à la page 419).

Even more significant, although rather surprising, is the fact, which appears abundantly from the evidence, that Kelch's appointment to command the flotilla (as opposed to his command of the tug *Ohio*) was not made by or with the knowledge of anyone senior to him in the organization of Great Lakes Towing Company:

Q. ... did you have any communications with Captain Kelch before the beginning of that tow?

A. I just sent him to do the job, that was his job. He did all the outside towing for our company, at that time—on the "Ohio". He was strictly on the "Ohio".

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 44.)

Q. Let me ask you this, on the Lakes, when a tow is undertaken with more than one tug, you have a lead tug—which I understand is usually the largest size, and you have smaller tugs. Who onboard these tugs acts, normally, as the towmaster?

A. They work together.

Q. Is there not, necessarily, one towmaster?

A. No, not as far as we're concerned. They work together.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 45.)

Q. It is your evidence, then, that in situations where tows are undertaken by Great Lakes Towing, using more than one tug, the company doesn't insure that there is one person in charge of the operation?

A. That's absolutely right, it does not.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at pages 45 and 46.)

Q. Do I understand you correctly then, Captain Lloyd, that until the time of the accident, if you will, in Montreal, that the management of Great Lakes Towing did not know who was in charge of that operation?

A. That is absolutely right.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 47.)

In other parts of the evidence, Kelch is described as being part of management, as being a salaried (as opposed to hourly-paid) employee, as the fleet captain, the "trouble shooter" and the person responsible for breaking in new captains.

Encore plus significatif, bien que surprenant, est le fait, abondamment révélé par la preuve, que la nomination de Kelch aux commandes de la flotille (par opposition à son commandement du remorqueur *Ohio*) n'émanait pas ni n'avait été faite à la connaissance d'une personne occupant un rang supérieur au sein de l'organisation de Great Lakes Towing Company:

[TRADUCTION]

Q. ... avez-vous communiqué avec le capitaine Kelch avant le début du remorquage?

R. Je l'ai seulement envoyé faire le travail, son travail. C'était son travail. C'est lui qui faisait tous les remorquages à l'extérieur pour notre compagnie à cette époque—sur l'«Ohio». Il était strictement sur l'«Ohio».

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 44 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Permettez-moi de vous demander ceci: sur les Grands Lacs, lorsque vous faites un remorquage avec la participation de plus d'un remorqueur, vous avez un remorqueur de tête—qui est habituellement le plus gros si je ne m'abuse—et vous avez des remorqueurs plus petits. Qui à bord de ces remorqueurs agit normalement comme maître du remorquage?

R. Ils travaillent ensemble.

Q. N'y a-t-il pas nécessairement un maître du remorquage?

R. Non, pas que je sache. Ils travaillent ensemble.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 45 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Votre témoignage est-il alors que dans les cas où Great Lakes Towing entreprend un remorquage requérant l'utilisation de plus d'un remorqueur, la compagnie ne s'assure pas qu'il y ait une personne responsable de l'opération?

R. Vous avez tout à fait raison. Non, elle ne le fait pas.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, pages 45 et 46 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Si j'ai bien compris, capitaine Lloyd, vous dites que jusqu'au moment de l'accident à Montréal, si vous voulez, la direction de Great Lakes Towing ne savait pas qui était en charge de l'opération?

R. C'est rigoureusement exact.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 47 de la transcription.)

Ailleurs dans la preuve, Kelch est décrit comme faisant partie de la direction de la compagnie, employé salarié (par opposition à employé payé à l'heure), capitaine de la flotte, expert en dépannage et responsable de l'entraînement des nouveaux capitaines.

Kelch himself describes another part of his responsibilities in the following terms:

A. ...

Another job is taking care of the ship's papers, making sure everything is taken care of, telephone licenses, all the documents on all the tugs. I tried to have them all dated the same date at the same time.

Q. For all the tugs in the fleet?

A. Yes, for all of them.

At one time I had my name on every one of the ship's papers in the fleet.

(Paul A. Kelch, Commission evidence, Appeal Book, appendix I, volume 3, at pages 438 and 439.)

Since Great Lakes Towing Company's fleet of tugs consisted of a total of forty-four ships in 1980, the extent of his responsibilities was considerable indeed.

Bearing in mind the heavy burden which lies on a shipowner who invokes the statutory limitation, it is my view that these circumstances taken together were enough to permit the Trial Judge to find as a fact that Captain Kelch constituted a directing mind and will of Great Lakes Towing Company, at least for the purposes of carrying out the company's obligations in relation to towing the *Widener* to the Port of Montréal. As a Court of Appeal, we should only interfere with such a finding if we are satisfied that the Trial Judge misapprehended the law or made a manifest error in his factual determinations. While the case is, in my view, at the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification, I have not been persuaded that there has been any error of principle or palpable misunderstanding of the facts. Accordingly and notwithstanding that I have earlier indicated that, in my opinion, the Trial Judge erred in law in his findings with respect to Captains Lloyd and White, his finding with respect to Captain Kelch is enough to support his dismissal of the claim by Great Lakes Towing Company to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*.

Kelch décrit lui-même ainsi un autre aspect de ses responsabilités:

[TRANSDUCTION]

R. ...

<sup>a</sup> Un autre travail consiste à s'occuper des documents du navire, à s'assurer qu'on a veillé à tout, les permis pour le téléphone, tous les documents de tous les remorqueurs. J'ai essayé de les faire dater du même jour au même moment.

<sup>b</sup> Q. Pour tous les remorqueurs de la flotte?

R. Oui, tous.

À un certain moment, j'avais mon nom sur chacun des documents des navires de la flotte.

<sup>c</sup> (Paul A. Kelch, commission rogatoire, dossier d'appel, annexe I, volume 3, aux pages 438 et 439.)

<sup>d</sup> La flotte de remorqueurs de Great Lakes Towing Company comportant en 1980 un total de quarante-quatre navires, l'étendue des responsabilités du capitaine Kelch était effectivement considérable.

<sup>e</sup> Compte tenu du lourd fardeau qui incombe au propriétaire de navire invoquant la limitation de responsabilité prévue par la loi, je suis d'avis que l'ensemble de ces circonstances permettait au juge de première instance de conclure que le capitaine Kelch constituait de fait une âme dirigeante de <sup>f</sup> Great Lakes Towing Company, du moins aux fins d'exécuter les obligations de la compagnie relativement au remorquage du *Widener* jusqu'au port de Montréal. En tant que tribunal d'appel, nous ne devons intervenir dans une telle conclusion que si <sup>g</sup> nous sommes convaincus que le juge de première instance a mal interprété le droit ou a commis une erreur manifeste dans ses constatations de fait. Or, bien que le présent cas, à mon avis, se situe à la limite extrême de l'application de la doctrine de <sup>h</sup> l'identification corporative, on ne m'a pas convaincu qu'il y a eu erreur de principe ou incompréhension manifeste des faits. En conséquence et même si j'ai auparavant indiqué que le juge de <sup>i</sup> première instance avait, à mon sens, commis une erreur de droit dans ses conclusions à l'égard des capitaines Lloyd et White, la conclusion qu'il tire à l'endroit du capitaine Kelch suffit à justifier son <sup>j</sup> rejet de la limitation de responsabilité revendiquée par Great Lakes Towing Company en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

C. Liability arising from damage caused to the  
Widener

1. Contributory negligence

It will be recalled that, in the action brought by the owners of the *Rhône* (Court file No. T-5225-80, Appeal No. A-409-88), the Trial Judge apportioned liability as between the owners of the *Ohio* and the owners of the *Widener* eighty per cent—twenty per cent. In the action brought by the owners of the *Widener* (Court file No. T-1066-81, Appeal No. A-408-88), the Trial Judge, however, allowed the claim for the entire amount of the agreed damages. The appellants argue that this is inconsistent. Their entire submission on the point is contained in the following paragraph of their factum:

Firstly, we wish to submit that the trial judge was manifestly wrong in condemning G.L.T. to pay 100% of North Central's damages. In effect, Denault J. in dealing with G.L.T.'s liability vis-à-vis the *Rhône*, decided that G.L.T. was 80% at fault for the collision. On the other hand, the trial judge also decided that North Central was 20% at fault for the collision (page 28 of the judgment, A.B., Vol 4, 751). Bearing this in mind, how can the trial judge then condemn G.L.T. to pay 100% of North Central's damages. We submit that the trial judge, in order to be logical, should have condemned G.L.T. to pay 80% of the damages claimed by North Central. We see no purpose in discussing this point further as it seems to us that it is quite obvious that the trial judge is wrong.

This is not helpful.

Appellants' counsel appears to be unaware of, or at the very least to overlook, the entire vexed question of the role of contributory negligence in contractual claims<sup>21</sup> and the state of Canadian maritime law (which, of course, is not touched by provincial negligence statutes) on this subject.

Furthermore, the appellants' suggestion that the Trial Judge has not been "logical" is far from being as self-evident as counsel seems to think. That two tortfeasors should have breached in different degrees their duty of care towards an innocent third party does not necessarily and inevitably exclude the possibility of a contract between them

<sup>21</sup> Conveniently and concisely summarized in Waddams, S. M., *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984, at pp. 581-583.

C. Responsabilité résultant du dommage causé au  
Widener

1. Négligence concourante

<sup>a</sup> Rappelons que, dans l'action intentée par les propriétaires du *Rhône* (N° T-5225-80, appel n° A-409-88), le juge de première instance a partagé la responsabilité entre les propriétaires du *Rhône* et ceux du *Widener* à quatre-vingt pour cent contre vingt pour cent. Cependant, dans l'action intentée par les propriétaires du *Widener* (n° T-1066-81, appel n° A-408-88), il a accordé le plein montant non contesté des dommages. Les appellants soutiennent que cette position est incohérente. Leur argumentation à ce sujet est entièrement contenue dans le paragraphe suivant de leur mémoire:

[TRADUCTION] En premier lieu, nous soumettons que le juge de première instance était manifestement dans l'erreur en condamnant G.L.T. à payer 100 % des dommages subis par North Central. En effet, lorsqu'il a statué sur la responsabilité de G.L.T. à l'égard du *Rhône*, le juge Denault a décidé que la part de la faute de cette compagnie dans la collision s'établissait à 80 %. Par ailleurs, il a également décidé que 20 % de la responsabilité incombait à North Central (page 28 du jugement, A.B., vol 4, 751). Cela étant, comment le juge de première instance pouvait-il alors condamner G.L.T. à payer 100 % des dommages de North Central? Nous prétendons que le juge de première instance aurait dû, pour être logique, condamner G.L.T. à payer 80 % des dommages réclamés par North Central. Nous ne croyons pas utile d'insister sur ce point puisqu'il nous semble très évident que le juge de première instance a commis une erreur.

Cette argumentation ne nous éclaire pas.

<sup>g</sup> L'avocat des appelants paraît ignorer, ou à tout le moins oublier, toute la question controversée du rôle de la faute partagée dans les demandes de nature contractuelle<sup>21</sup> ainsi que l'état du droit maritime canadien (lequel échappe naturellement à la législation provinciale en matière de négligence) sur ce sujet.

<sup>i</sup> De plus, l'argument des appelantes selon lequel le juge de première instance n'a pas été «logique» est loin d'être aussi évident que semble le penser leur avocat. Le fait que les coauteurs de la faute aient violé à des degrés différents leur devoir de prudence envers une tierce partie innocente n'exclut pas nécessairement et inévitablement la possi-

<sup>21</sup> Pour un résumé commode et concis, voir Waddams, S. M., *The Law of Contracts*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984, aux p. 581 à 583.

resulting in one of them being required wholly to indemnify the other.<sup>22</sup>

While the foregoing observations are not, of course, in themselves enough to justify the dismissal of appellants' argument on the point, they serve to show that such argument is, in fact, an afterthought asserted for the first time on appeal. A reference to the pleadings in the Trial Division makes this abundantly clear: in the amended statement of defence and counterclaim in action file No. T-1066-81, the sum total of what appellants had to say on the question of negligence is contained in the following paragraphs:

10. The collision which occurred between the M.V. "RHÔNE" and the "PETER A.B. WIDENER" was due to the negligence, imprudence, fault and want of skill on the part of those in charge of the tugs "RIVAL" and "SAULT STE. MARIE II";

11. The said collision did not result in any way from the negligence, imprudence, fault and want of skill on the part of those in charge of the tugs "OHIO" and "SOUTH CAROLINA";

12. All the manoeuvres carried out by the tugs "OHIO" and "SOUTH CAROLINA" prior to the collision were reasonable and prudent under the circumstances existing at such time.

(Appeal Book, at page 8.)

There is no assertion whatever of any alleged negligence on the part of the *Widener*.

The claim of the owners of the *Widener* in action no. T-1066-81 sounded in contract and was maintained by the Trial Judge on that basis. Contributory negligence was not pleaded in defence and accordingly was not considered. Contributory negligence as a defence to claims in contract not only raises difficult questions of law but also requires specific and detailed findings of fact, notably on the question of causation. Those questions were not before the Trial Judge and were not considered by him in action no. T-1066-81. The fact that the negligence of the *Widener* was pleaded in the tort action brought by the *Rhône* against all the members of the flotilla (Court file No. T-5225-80) does not allow Great Lakes Towing

<sup>22</sup> Insurance is an obvious example, but there are others such as the provision found in many collective agreements where the employer agrees to indemnify employees against third party claims for which the employer may itself be independently liable.

bilité qu'en raison d'un contrat, l'un des coauteurs soit tenu d'indemniser l'autre pour le tout<sup>22</sup>.

Quoique les remarques qui précèdent ne justifient évidemment pas le rejet de l'argument des appelants sur ce point, elles montrent que cet argument n'est, en fait, qu'une idée après coup invoquée pour la première fois en appel. On le constate d'emblée en se référant aux actes de procédures produits en Section de première instance: dans la défense et demande reconventionnelle modifiée déposée dans l'action portant le n° T-1066-81, tout ce que les appelants avaient à dire sur la question de la négligence est contenu dans les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] 10. La collision survenue entre le navire «RHÔNE» et le «PETER A.B. WIDENER» a été causée par la négligence, l'imprudence, la faute et l'inhabileté de la part de ceux qui étaient en charge des remorqueurs «RIVAL» et «SAULT STE. MARIE II»;

11. Ladite collision ne résulte d'aucune façon de la négligence, imprudence, faute ou inhabileté de la part de ceux qui étaient en charge des remorqueurs «OHIO» et «SOUTH CAROLINA»;

12. Toutes les manoeuvres exécutées par les remorqueurs «OHIO» et «SOUTH CAROLINA» avant la collision étaient raisonnables et prudentes dans les circonstances du moment.

(Dossier d'appel, à la page 8.)

Or, on n'y retrouve aucune allégation quelle qu'elle soit de négligence de la part du *Widener*.

La demande des propriétaires du *Widener* dans l'action n° T-1066-81 était fondée sur un contrat et c'est sur cette base que le juge de première instance l'a accueillie. La négligence concourante n'a pas été plaidée en défense et n'a donc pas été examinée. En tant que défense à une demande de nature contractuelle, ce moyen ne soulève pas seulement de difficiles questions de droit mais exige des conclusions de fait précises et détaillées, en particulier sur la question de la causalité. Or, le juge de première instance n'était pas saisi de ces questions et n'a donc pas pu les prendre en considération dans l'action n° T-1066-81. Le fait que la négligence du *Widener* a été plaidée en défense à l'action délictuelle qu'a intentée le *Rhône* contre

<sup>22</sup> L'assurance en est un exemple patent mais il y en a d'autres, telle la disposition contenue dans nombre de conventions collectives et en vertu de laquelle l'employeur convient d'indemniser les employés contre les demandes, émanant de tierces parties, pour lesquelles il pourrait lui-même être tenu indépendamment responsable.



Company to import those pleadings into the contract claim. It would be wrong and unjust to give effect to appellants' attempt to raise these issues now, for the first time, in appeal.

## 2. Limitation of liability

Great Lakes Towing's principal defence to the contract claim asserted by the *Widener* was that a limitation of liability clause contained in its published tariff of rates formed part of the contract between the parties and should therefore be given effect to. Since the hiring of Great Lakes Towing was effected orally by telephone, the question as to what was or was not included in the agreement became one of fact. Likewise, since it was Great Lakes Towing that contended for a term of such contract limiting its liability for breach, the burden of proving such term fell upon it.<sup>23</sup>

The Trial Judge dealt with the question concisely and clearly [at page 114]:

For the plaintiff to be bound by this tariff, and in particular by the clause limiting its liability, the defendant must show that it received a copy of the tariff. Not only was there no such evidence, the evidence actually tended to show that in the telephone agreement a daily tariff was agreed on and that the plaintiff was not informed of any provision of this tariff, still less of the clause limiting liability.

In my view, this passage correctly states the law and makes a finding of fact which was clearly available on the evidence. We should not interfere.

## CONCLUSIONS AND DISPOSITION

For all the foregoing reasons:

In Court file no. A-408-88 (T-1066-81) I would dismiss the appeal with costs;

In Court file no. A-409-88 (T-5225-80), I would allow the appeal solely for the purpose of striking from the trial judgment the condemnation against the tug *South Carolina*. In all other respects, I would dismiss the appeal. Since the appellants' success is limited to one very minor aspect of the

<sup>23</sup> See *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

tous les membres de la flotille (n° de greffe T-5225-80) n'autorise pas Great Lakes Towing Company à importer ce moyen dans l'action contractuelle. Aussi serait-il erroné et injuste de faire droit à la tentative des appelants de soulever maintenant ces questions pour la première fois en appel.

## 2. La limitation de la responsabilité

En défense à l'action contractuelle du *Widener*, Great Lakes Towing a principalement fait valoir que la clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié de ses taux faisait partie du contrat conclu entre les parties et qu'on devait donc y donner effet. Les services de Great Lakes Towing ayant été retenus par téléphone, la question de savoir quelles clauses ont ou n'ont pas été incluses dans l'entente devient une question de fait. De même, étant donné que c'est Great Lakes Towing qui allègue l'existence d'une telle clause limitative de responsabilité en cas d'inexécution, c'est à elle qu'incombe le fardeau d'en faire la preuve<sup>23</sup>.

Le juge de première instance a traité de la question en termes clairs et concis [à la page 114]:

Pour que la demanderesse soit liée par ce tarif et en particulier par la clause limitative de sa responsabilité, la défenderesse doit prouver qu'on lui en a livré un exemplaire. Non seulement cette preuve n'a-t-elle pas été faite, mais la preuve tend plutôt à démontrer que lors de l'entente par téléphone, on a convenu d'un tarif quotidien et on n'a pas porté à l'attention de la demanderesse quelque disposition que ce soit de ce tarif et encore moins cette clause limitative de responsabilité.

À mon avis, ce passage énonce correctement le droit et comporte une conclusion de fait qui ressort clairement de la preuve. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir.

## CONCLUSIONS ET DISPOSITIF

Pour les motifs qui précèdent:

Dans l'action n° A-408-88 (T-1066-81), je rejetterais l'appel avec dépens;

Dans l'action n° A-409-88 (T-5225-80), j'accueillerais l'appel uniquement à l'égard de la condamnation prononcée à l'encontre du remorqueur *South Carolina* afin de la radier du jugement de première instance. À tous autres égards, je rejetterais l'appel. Le succès des appelants étant limité

<sup>23</sup> Voir *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

case, which is in the circumstances wholly without practical consequence, I would give the respondents their costs of the appeal. I would dismiss the cross-appeal by the owners of the *Widener* with costs in favour of those respondents only who were plaintiffs in the Court below.

PRATTE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

à un aspect de la cause très mineur et, dans les circonstances, sans aucune incidence pratique, j'adjugerais aux intimés les frais de l'appel. Je rejetterais l'appel incident formé par les propriétaires du *Widener*, avec dépens en faveur seulement des intimés qui étaient parties demandereses en première instance.

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

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