

Cargill Grain Limited (*Defendant*) *Appellant*;

and

Davie Shipbuilding Limited (*Plaintiff*)
Respondent.

1975: June 20; 1975: December 4.

Present: Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and
de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Sale of goods — Calculation of weight of steel —
Erroneous interpretation of contract — Inexact nature
of draught displacement method — Inadmissibility of
hearsay evidence — Weights and Measures Act, R.S.C.
1970, c. W-7.*

A number of contracts for the construction of harbour facilities, providing *inter alia* for the supply of steel, were awarded by appellant to respondent. The latter obtained judgment against appellant in the Superior Court for \$594,856.08, and the cross-demand was dismissed. A majority of the Court of Appeal upheld this decision. The dissenting judge would have deducted an amount of \$120,800.61, that is to say the greater part of an invoice of \$130,754.61 for additional steel supplied under contract No. 7. The point in dispute, on which Hyde J. in the Court of Appeal based his dissent, concerns the manner of calculating the additional steel delivered under contract No. 7, having regard to the relevant clauses. This contract stipulated a lump sum price for a certain quantity of steel, but also provided that "should the final shipping weight differ from the tonnage stated", this price would be decreased or increased at certain rates, depending on the type of steel. In order to arrive at the sum of \$130,754.61, respondent calculated the amount of additional steel supplied by using the draught displacement method. According to the trial judge, this method had been stipulated by the parties for contract No. 7, and reference therefore had to be made to it. The Court of Appeal held unanimously that this was a misinterpretation on the part of the trial judge, but the majority held that although this method had not been stipulated by the parties, it was the most appropriate one in the circumstances, and they upheld the conclusions of the Superior Court. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Whereas other contracts between the parties (contracts 6 and 12) stipulate a method for calculating the

Cargill Grain Limited (*Défenderesse*)
Appelante;

et

Davie Shipbuilding Limited (*Demanderesse*)
Intimée.

1975: le 20 juin; 1975: le 4 décembre.

Présents: Les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et
de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Vente de marchandises — Calcul du poids de l'acier
— Interprétation erronée du contrat — Imprécision de
la méthode du tirant d'eau — Inadmissibilité de la
preuve par ouï-dire — Loi sur les poids et mesures,
S.R.C. 1970, c. W-7.*

Plusieurs contrats pour la construction d'installations portuaires, stipulant entre autres la fourniture d'acier, ont été donnés par l'appelante à l'intimée. Cette dernière a obtenu en Cour supérieure un jugement contre l'appelante pour \$594,856.08 et le rejet de la demande reconventionnelle. Un arrêt majoritaire de la Cour d'appel a confirmé cette décision. Le juge dissident aurait retranché une somme de \$120,800.61, soit la majeure partie d'une facture de \$130,754.61 pour acier additionnel fourni conformément au contrat n° 7. Le point en litige, qui fait l'objet de la dissidence du juge Hyde de la Cour d'appel, porte sur la façon de calculer l'acier supplémentaire livré en vertu du contrat n° 7, compte tenu des clauses pertinentes. Ce contrat stipulait un prix à forfait pour une certaine quantité d'acier mais prévoyait également que «si le poids final à l'expédition différait du tonnage stipulé», ce prix serait réduit ou augmenté selon certains taux, variant selon la nature de l'acier. Pour en arriver à la somme de \$130,754.61, l'intimée a calculé l'acier supplémentaire fourni en se basant sur la méthode du tirant d'eau. Selon le juge de première instance, cette méthode avait été stipulée entre les parties pour le contrat n° 7 et il fallait donc s'y référer. La Cour d'appel a été unanime à dire qu'il y avait là erreur d'interprétation du juge de première instance mais la majorité a décidé que cette méthode, même si elle n'avait pas été stipulée par les parties, demeurait la méthode la mieux appropriée aux circonstances et confirmé les conclusions de la Cour supérieure. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Alors que d'autres contrats entre les parties (les contrats 6 et 12) stipulent une méthode de calcul du poids

weight of the steel, the so-called C.I.C.S. method, the contract which is the subject of the dispute is silent on the matter. When the contract talks of shipping weight, it is not contemplating the draught displacement method. The trial judge accepted the submission that this method was the one intended by the parties, and therefore saw no need to consider appellant's evidence on the accuracy of the method.

On the other hand, once it is admitted that the contract is silent on the manner of determining the weight of the steel sold and delivered, the general rules governing commercial contracts must be applied. Generally, when this type of contract speaks of the weight of merchandise to be delivered, it means the weight determined by weighing the object on scales that have been verified in accordance with the *Weights and Measures Act*. Even though in the case at bar the seller, Davie, had no scales on which to weigh the large pieces of steel shipped by water, it had the onus of proving that the method used was normal under such circumstances and that it was a commercially acceptable way of determining the weight of structural steel.

The witnesses all recognized that the draught displacement method was very inaccurate and that in practice it is never used to calculate the weight of steel or other expensive merchandise. This method is also incompatible with the clause in the contract providing for three different prices for the additional steel, depending on the category.

At the trial, plaintiff Davie's sole basis for proof of its calculations was a document prepared by one J. R. Josslyn, deceased. This was thus hearsay evidence, inadmissible unless the document came under one of the exceptions. The document did not contain facts but conclusions, and it is not possible to ascertain and verify the calculations made in order to arrive at the result recorded. This is not a situation where, owing to the sudden death of one of its employees, a business firm would be totally unable to prove a claim, since the structure erected for appellant is still there and there is nothing to prevent respondent from establishing the weight by measuring the pieces, which is the usual method in the case of structural steel.

Since the draught displacement method was not stipulated for the calculation of the weight of steel delivered, and since Josslyn's conclusions were not admissible as evidence, there is no other evidence as to weight than that present by the witness Armstrong on appellant's behalf. According to this witness the additional steel weight is some 21 tons, and the claim under this heading should be reduced from \$130,754.61 to \$5,447.60.

de l'acier, méthode dite C.I.S.C., le contrat qui fait l'objet du litige est silencieux à ce sujet. Lorsque le contrat parle du poids à l'expédition, il n'envisage pas la méthode du tirant d'eau. Pour le juge de première instance, qui a accepté la prétention que cette méthode était celle voulue par les parties, il n'y a pas eu lieu d'apprécier la preuve de l'appelante sur la précision de cette méthode.

En revanche, une fois admis que le contrat est silencieux sur la façon de déterminer le poids de l'acier vendu et livré, il faut appliquer les règles générales des contrats commerciaux. Normalement dans ce genre de contrats, lorsqu'on parle du poids des marchandises à livrer, cela s'entend du poids déterminé par une pesée sur une balance vérifiée conformément à la *Loi sur les poids et mesures*. Même si en l'espèce le vendeur, Davie, n'avait pas de balance pour peser les grosses pièces d'acier expédiées par eau, il lui incombait de prouver que la méthode utilisée était normale en pareille circonstance et commercialement acceptable pour déterminer le poids de la structure d'acier.

Les témoins sont unanimes à reconnaître que la méthode du tirant d'eau est tout à fait imprécise et qu'en pratique elle n'est jamais utilisée pour calculer le poids de l'acier ou d'autres marchandises de grande valeur. La méthode est aussi incompatible avec la clause du contrat prévoyant trois prix différents pour l'acier additionnel, selon les catégories.

Au procès, la demanderesse Davie s'est fondée exclusivement pour faire la preuve de ses calculs sur un document préparé par un nommé J. R. Josslyn, alors décédé. Il s'agissait donc d'une preuve par oui-dire inadmissible à moins que le document puisse faire l'objet d'une exception. Or le document ne faisait pas état de constatations mais de conclusions, sans qu'on puisse y retracer et y vérifier les calculs faits pour en venir au résultat consigné. Il ne s'agit pas d'une situation où par suite du décès inopiné d'un employé une entreprise se verrait complètement empêchée de faire la preuve d'une réclamation puisque l'ouvrage érigé pour le compte de l'appelante est toujours là et que rien n'empêchait l'intimée d'en établir le poids par la mesure des pièces, ce qui est la méthode ordinaire pour les structures d'acier.

La méthode du tirant d'eau n'ayant pas été stipulée pour le calcul du poids de l'acier livré et la preuve des conclusions de Josslyn n'étant pas admissible, il se trouve donc qu'on n'a pas d'autre preuve du poids que celle qui a été présentée par le témoin Armstrong pour le compte de l'appelante. Selon ce dernier, le poids additionnel d'acier est de quelque 21 tonnes et la réclamation sous ce chef est donc réduite de \$130,754.61 à \$5,447.60.

The cross-demand raises only questions of fact on which the Quebec courts agreed; their conclusions should not be disturbed.

Royal Victoria Hospital et al. v. Mary Morrow, [1974] S.C.R. 501; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Quebec upholding a judgment of the Superior Court ordering appellant to pay respondent the sum of \$594,856.08 and dismissing appellant's cross-demand. Appeal allowed and judgment of the Superior Court altered by reducing the amount of the order by \$125,307.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal from a decision of the Quebec Court of Appeal which upheld the judgment of the Superior Court maintaining action by respondent Davie Shipbuilding Limited ("Davie") for the sum of \$594,856.08, and dismissing the cross-demand of appellant ("Cargill"). Hyde J.A., dissenting, would have deducted from the judgment, besides a small sum of \$984.66, an amount of \$120,800.61, that is to say the greater part of an invoice of \$130,754.61 for additional steel.

In its factum and in its argument at the hearing, Cargill limited its appeal to two points: (1) the amount of \$130,754.61; (2) the cross-demand.

With respect to the cross-demand, which is based on alleged defects, the Court has before it concurrent findings of fact in the courts below which led to its dismissal. Cargill did not really raise any question of law in this regard or show any manifest error which would justify this Court's intervention. There is therefore no need to dwell further on this part of the appeal.

The same cannot be said for the amount that is the subject of Hyde J.A.'s dissent. As the judges who heard the case in the Court of Appeal are unanimous in acknowledging, the trial judge misunderstood the meaning of the contract under

La demande reconventionnelle ne soulevant que des questions de fait sur lesquelles les cours du Québec ont été d'accord, il n'y a pas lieu d'intervenir.

Arrêts mentionnés: *Royal Victoria Hospital et al. c. Mary Morrow*, [1974] R.C.S. 501; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure condamnant l'appelante à payer à l'intimée la somme de \$594,856.08 et rejetant la demande reconventionnelle de l'appelante. Pourvoi accueilli et jugement de la Cour supérieure modifié en réduisant de \$125,307 le montant de la condamnation.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure accueillant la poursuite de l'intimée Davie Shipbuilding Limited («Davie») pour la somme de \$594,856.08 et rejetant la demande reconventionnelle de l'appelante Cargill Grain Limited («Cargill»). Le juge Hyde, dissident, aurait retranché de la condamnation, en outre d'un petit montant de \$984.66, une somme de \$120,800.61, soit la majeure partie d'une facture de \$130,754.61 pour acier additionnel.

Par son factum et sa plaidoirie à l'audition, Cargill a limité son pourvoi à deux points: (1) la somme de \$130,754.61; (2) la demande reconventionnelle.

Quant à la demande reconventionnelle qui est fondée sur de prétendues défectuosités, nous sommes en présence de conclusions concordantes des tribunaux du Québec sur les questions de fait qui en ont motivé le rejet. Cargill n'a vraiment soulevé aucune question de droit à ce sujet et elle n'a fait voir aucune erreur manifeste susceptible de justifier l'intervention de cette Cour. Cette partie du pourvoi ne mérite donc pas qu'on s'y arrête davantage.

Il en est autrement de la somme qui fait l'objet de la dissidence du juge Hyde. Ainsi que les juges qui ont entendu l'affaire en Cour d'appel sont unanimes à le reconnaître, le premier juge s'est mépris sur le sens du contrat en vertu duquel

which Davie claimed the amount of \$130,754.61 in question. Furthermore, in order to allow this amount he relied on the result of observations and calculations made by a person who died before the trial, and whose observations and calculations were not preserved. It is therefore necessary to state the essential facts relating to this part of the case.

In the spring of 1959, Cargill decided to erect harbour facilities for the purpose of receiving and delivering grain at Baie Comeau. It awarded a number of contracts to Davie, *inter alia* one designated as "contract No. 7" and dated April 3, 1959 for the construction of warehouse No. 1. It stipulated a lump sum price but with provision for additional payment should the total shipping weight of the steel exceed the quantity anticipated. The two relevant clauses read as follows:

3. TONNAGES

The price tendered is based on the following shipping weights, including erection bolts, etc. . . .

(a) Supplied by Contractor	1,247 tons
(b) Supplied by Owner	1,207 tons
TOTAL	2,454 tons

4. UNIT PRICE ADJUSTMENTS

Should the final shipping weight differ from the tonnage stated, it is agreed that the lump sum tendered will be decreased, or increased at the following unit price rates.

Plate Steel	\$264.00 per ton
Structural Steel	\$237.00 per ton
Miscellaneous Ironwork	\$403.00 per ton

It is agreed that ton shall mean the short ton of 2,000 pounds.

Contracts Nos. 6 and 12 were not drawn up in the same way as contract No. 7. In the first there is, with respect to the structural steel only and not to the hoppers and so forth for which a set price is stipulated, the following provision:

ITEM 102—Extra or credit to Item 101 for Alterations Causing Variation from the Total Weight of Steel Submitted in Item 101.

Davie a réclamé la somme de \$130,754.61 dont il s'agit. De plus, il s'est fondé pour l'accorder sur le résultat d'observations et de calculs faits par une personne qui est décédée avant l'enquête et dont les observations et calculs n'ont pas été conservés. Il y a donc lieu d'exposer les faits essentiels relatifs à cette partie du litige.

Au printemps de 1959, Cargill avait décidé d'ériger à Baie Comeau des installations portuaires de réception et d'expédition de grain. Elle a donné à Davie plusieurs contrats, entre autres celui qu'on a appelé «le contrat n° 7» en date du 3 avril 1959 pour la construction de l'entrepôt n° 1. Ce contrat stipule un prix à forfait, mais un paiement additionnel est prévu pour le cas où le poids total d'acier expédié dépasserait les prévisions. Les deux clauses pertinentes se lisent comme suit:

[TRADUCTION]

3. TONNAGE

L'offre est basée sur le poids suivant à l'expédition, boulons de montage, etc. . . . compris,

a) Fourni par l'entrepreneur	1,247 tonnes
b) Fourni par le propriétaire	1,207 tonnes
TOTAL	2,454 tonnes

4. RAJUSTEMENT AUX PRIX UNITAIRES

Si le poids final à l'expédition diffère du tonnage stipulé, le prix à forfait sera réduit ou augmenté, selon les taux unitaires suivants:

Tôle	\$264.00 la tonne
Acier de structure	\$237.00 la tonne
Autre acier	\$403.00 la tonne

Le mot «tonne» signifie la petite tonne de 2,000 livres.

Les contrats n° 6 et n° 12 n'ont pas été rédigés de la même manière que le contrat n° 7. Dans le premier, on trouve, relativement à la structure d'acier seulement et non aux trémies etc. pour lesquelles seul un prix fixe est stipulé, la disposition suivante:

[TRADUCTION]

ARTICLE 102—Supplément, ou déduction, à l'article 101 pour les modifications changeant le poids total d'acier stipulé à l'article 101.

The quantity used for payment under Item 102 shall be the difference between the total weight quoted under Item 101 and the total weight actually supplied. Measurement for payment shall be as stipulated in C.I.S.C. technical bulletin No. 12, Part 3—Calculation of weights for pound-price bids.

There is a similar provision in contract No. 12 with respect to certain items. The so-called C.I.S.C. method of calculation involves determining the weight of the pieces from their volume, based on the density of steel fixed at 0.2833 lb per cubic inch. Volume is calculated according to the theoretical dimensions of the pieces, without deductions for trimming.

In this regard the trial judge, before quoting the contract provisions, observed:

[TRANSLATION] The adjustment of the lump sum prices stipulated in the three contracts is to be made on two different bases. Under contracts Nos. 6 and 12, the calculation is to be made from the drawings, by finding the volume of the steel or iron used, and establishing its weight according to the so-called C.I.S.C. method, described in the contract and found in C.I.S.C. bulletin No. 12, Part 3. It is quite simple for experts to establish the weight of steel entering into any construction by using this method.

A different method was adopted in contract No. 7 for calculating the weight of steel which entered into the construction. There, the parties stipulated the draught displacement method for the vessels carrying the steel. This method involves reading the draught marks before and after loading the steel. By using this method one can determine how much lower the ship is in the water. Knowing the size of the ship and the weight of various objects on board which are not part of the shipment of steel, and which accordingly must not figure in the calculations, experts can establish the weight of steel carried in this fashion.

There is no need to discuss whether or not these methods are exact. Since the parties stipulated in the contracts that these methods were to apply, it is to these methods that reference must be made. (My italics and my underlining.)

Then, having quoted the contract provisions and rules on the claim under contracts Nos. 6 and 12 which is no longer in dispute, the trial judge added:

La différence entre le poids total stipulé à l'article 101 et le poids total effectivement fourni, sera la quantité servant au calcul du paiement prévu à l'article 102. Les mesures pour ce calcul s'effectueront selon la méthode décrite au bulletin technique C.I.S.C., n° 12, Partie 3 intitulée «Calcul du poids pour les soumissions au prix la livre».

Il y a dans le contrat n° 12 une disposition semblable relativement à certains articles. La méthode de calcul dite C.I.S.C. consiste à déterminer le poids des pièces d'après leur volume en partant de la densité de l'acier fixée à 0.2833 lb. par pouce cube. Le volume est compté selon les dimensions théoriques des pièces sans déduction pour les rognures.

A ce sujet, le premier juge a écrit avant de citer les textes:

L'ajustement des prix forfaitaires stipulés dans les trois contrats se fait sous deux bases différentes. En vertu des contrats 6 et 12, le calcul se fait sur les plans, en faisant le cubage de l'acier ou du fer utilisé et en établissant la pesanteur selon la méthode décrite au contrat et que l'on appelle C.I.S.C. partie 3 du bulletin n° 12. Les experts établissent très facilement la pesanteur de l'acier qui entre dans une construction quelconque d'après cette méthode.

Une méthode différente a été adoptée pour le calcul de l'acier entré dans la construction du contrat n° 7. Les parties y ont stipulé la méthode du tirant d'eau des navires sur lesquels l'acier est chargé. Il s'agit de lire l'échelle d'étiage avant et après le chargement de l'acier. L'on trouve, selon cette méthode, de combien le navire s'est enfoncé dans l'eau. Connaissant la grosseur du navire et la pesanteur des diverses choses qui peuvent s'y trouver, qui ne sont pas de l'acier transporté et qui, par conséquent, ne doivent pas entrer dans le calcul, les experts établissent le poids de l'acier ainsi transporté.

L'on n'a pas à discuter si ces méthodes sont précises ou non. Puisque les parties ont stipulé dans les contrats que ces méthodes s'appliquaient, c'est à ces méthodes qu'il faut se référer. (Italiques et soulignés de moi).

Ensuite, après avoir cité les textes et statué sur la réclamation relative aux contrats nos 6 et 12 qui n'est plus contestée, le premier juge a ajouté:

[TRANSLATION] *However, the situation is different for contract No. 7. As in the other contracts, a lump sum price was stipulated on the basis of an approximate estimate. The contract then goes on to state that the total weight of the steel used in the performance of this contract shall be established by the draught displacement method. The method works as follows. On the side of the vessel there is a graduated scale showing the settling of the vessel in the water. The heavier the load, the greater the settling. The scale is read before and after loading. It is a simple matter for experts to determine the weight of the load; they take into account the size of the vessel, the depth to which it has settled and the weight of the various objects placed on the vessel that were not part of the load, as for example trucks, mechanical cranes and various pieces of equipment. (My italics.)*

The Court of Appeal held unanimously that this was a misinterpretation. Deschênes J.A. stated:

[TRANSLATION] At the outset, I must agree with Appellant that the trial judge misinterpreted contract No. 7 when he wrote:

(text of the two italicized passages in the above quotations).

With all due respect, as my brother Rinfret J.A. has emphasized, it should rather be said that the contract is silent as to the method of calculation to be used, while the other contracts stipulated a specific method. It was accordingly respondent's duty to use the method most appropriate to the circumstances: given the great size of several pieces required by the contract it was decided, and rightly so, to resort to the draught displacement method. Should the Court and the parties lose the benefit of this because architect Josslyn died between the relevant events and the trial?

In my opinion, the trial judge correctly held that they should not, and I adopt his reasoning and the authorities referred to in support of it.

As may be seen, while acknowledging the fundamental error of the trial judge, the majority on appeal still upheld his conclusions. In my opinion Hyde J.A. dissenting, correctly held to the contrary:

Contract No. 7, however, is silent on the method and we have only the term "final shipping weight" as used in clause 4, above quoted, to go by. Of the total 2960 tons which Davie claims were delivered under this contract all but some 80 tons were shipped by boat from its yards

La situation est cependant différente pour le contrat 7. Comme dans les autres contrats, un prix forfaitaire a été stipulé en se basant sur une évaluation approximative. Puis le contrat continue en disant que la pesanteur totale de l'acier utilisé pour exécuter ce contrat sera établie par la méthode de tirant d'eau. Voici en quoi consiste cette méthode. Sur le flanc du navire se trouve une échelle graduée qui indique l'enfoncement du navire dans l'eau. Plus la charge est considérable, plus l'enfoncement est grand. La lecture de l'échelle se fait avant et après le chargement. Des experts déterminent facilement la pesanteur du chargement en prenant en considération la grosseur du navire, le degré d'enfoncement de celui-ci et la pesanteur des diverses choses qui peuvent avoir été mises dans le navire mais qui ne font pas partie du chargement par exemple, des camions, des grues mécaniques, des outils divers. (Italiques de moi).

La Cour d'appel est unanime à reconnaître qu'il y a là une erreur d'interprétation. Le juge Deschênes dit:

Au départ, il faut reconnaître avec l'Appelante que le premier juge a commis une erreur d'interprétation du contrat numéro 7 quand il écrit:

(texte des deux passages en italiques dans les citations ci-dessus).

En toute déférence, comme le souligne mon collègue Monsieur le Juge Rinfret, il faut plutôt tenir que le contrat est silencieux sur la méthode de calcul qu'il fallait employer alors que les autres contrats stipulaient une méthode précise. Il incombait alors à l'intimée d'employer la méthode la mieux appropriée aux circonstances: vu l'énormité de plusieurs pièces requises au contrat, on décida avec raison d'avoir recours à la méthode du tirant d'eau. La Cour et les parties doivent-elles en perdre le bénéfice parce que l'architecte Josslyn est décédé entre les événements pertinents et le procès?

C'est avec raison, dans mon opinion, que le premier juge a décidé dans la négative et je fais mien son raisonnement ainsi que les autorités sur lesquelles il s'est appuyé.

Comme on le voit, tout en reconnaissant l'erreur fondamentale du premier juge, la majorité en appel retient néanmoins ses conclusions. A mon avis, le juge Hyde, dissident, a raison de dire au contraire:

[TRADUCTION] Toutefois, le contrat n° 7 ne parle pas de la méthode et nous ne pouvons nous fonder que sur l'expression «poids final à l'expédition» utilisée dans la clause 4 citée précédemment. Selon Davie, les 2,960 tonnes qu'elle prétend avoir livrées aux termes de ce

at Lauzon to the erection site at Baie Comeau (see Ex. P-257 and supporting invoices filed *en liasse* as Ex. P-78).

Undoubtedly the most exact weights would have been determined by the use of scales, public or otherwise, but Davie claims that the size and shape of a number of pieces made this impractical and furthermore, strange as it may seem, Davie had no scales at its works (Veliotis 5-868). Accordingly it relied on ship draught displacement calculations. Veliotis (Davie's Vice-President) describes the procedure followed (5-800):

From each shipment we had a shipping weight as taken by the method I described—by the additional displacement of the vessel. This all added up to a total weight, from which we deducted the weights of amounts of steel, which are invoiced separately, less an allowance for dunnage and blocking and other items that were not a part of the contract. We arrived at a weight, a net weight, of some 5,920,000 pounds, I believe.

which he said is “in accordance with the contract”. It may have been this comment which led the trial judge astray into stating, quite erroneously, that the parties had stipulated that the weights would be determined by “la méthode de tirant d'eau”.

That this is an error of some consequence may be appreciated by the judge's statement following his description of this method of weighing:

[TRANSLATION] There is no need to discuss whether or not these methods are exact. Since the parties stipulated in the contracts that these methods were to apply, it is to these methods that reference must be made.

The passage quoted shows that the trial judge simply refused to consider the evidence presented by Cargill on the inexact nature of the draught displacement method. He accepted Davie's submission that this was the method stipulated in the contract. It is now agreed that this was wrong. The contract did not state how the quantity of steel delivered was to be measured. It referred only to the “shipping weight”.

Generally, when a commercial contract speaks of the weight of merchandise to be delivered, it means the weight determined by weighing the object on scales that have been verified in accord-

contrat, ont toutes, à l'exception de quelque 80 tonnes, été expédiées par bateau de son chantier à Lauzon à celui de Baie Comeau (voir pièce P-257 et les factures déposées en liasse sous la cote P-78).

L'emploi de balances, publiques ou autres, aurait assurément permis de déterminer les poids avec la meilleure précision, mais, selon Davie, cette façon de procéder était impraticable vu la dimension et la forme d'un certain nombre de pièces; de plus, chose étrange à dire, le chantier de Davie n'était pas équipé de balances (Veliotis 5-868). La méthode du tirant d'eau des bateaux a donc été utilisée pour les calculs. Veliotis (le vice-président de Davie) décrit en ces termes la méthode suivie (5-800):

«Le poids à l'expédition de chaque cargaison était calculé selon la méthode que j'ai décrite—soit le déplacement additionnel du navire. Du poids total ainsi obtenu était soustrait le poids des quantités d'acier facturées séparément, ainsi que le poids alloué pour le fardage, le blocage et tous autres objets exclus du contrat. Je crois que l'on est arrivé à un poids total, un poids total net, d'environ 5,920,000 livres.»

il a donné cela comme étant «conforme au contrat». C'est peut-être ce commentaire qui a induit le juge de première instance en erreur, l'amenant ainsi à déclarer que les parties avaient stipulé dans le contrat que le poids serait déterminé selon «la méthode de tirant d'eau».

Cette erreur est lourde de conséquence comme l'indiquent les conclusions que le juge a formulées après avoir décrit cette méthode de pesée:

«L'on n'a pas à discuter si ces méthodes sont précises ou non. Puisque les parties ont stipulé dans les contrats que ces méthodes s'appliquaient, c'est à ces méthodes qu'il faut se référer.»

Le passage cité démontre que le premier juge a tout simplement refusé de considérer la preuve faite par Cargill sur l'imprécision de la «méthode du tirant d'eau». Il a accepté la prétention de Davie à l'effet que c'était la méthode stipulée au contrat. On en convient aujourd'hui, c'est une erreur. Le contrat ne dit pas comment la quantité d'acier livrée sera mesurée. Il dit seulement «shipping weight», c'est-à-dire le poids à l'expédition.

Normalement, quand on parle dans un contrat commercial du poids des marchandises à livrer, cela s'entend du poids déterminé par une pesée sur une balance vérifiée conformément à la *Loi sur les*

ance with the *Weights and Measures Act*. (R.S.C. c. W-7). Therefore, even in the case of merchandise worth only a few dollars per ton, such as sand or crushed rock, the seller always provides the buyer with a certificate of weight for each delivery. In this case, however, Davie had no scales to weigh the large pieces that it shipped by water from Lauzon to Baie Comeau. Under such conditions, Davie assumed that it could determine the weight of the merchandise shipped by the method known as draught displacement. It seems clear to me that, since Davie was the plaintiff in the action, it had the onus of proving that this was a normal method under such circumstances. This it did not do. It adopted the mistaken attitude that such were the provisions of the contract and the trial judge erroneously accepted this submission.

On appeal the error was unanimously acknowledged, but the majority, as we have seen, still adopted the conclusion of the trial judge. Essentially the reasoning of Rinfret J.A. on the point is as follows:

[TRANSLATION] Pieces of large dimensions were involved, which it proved impossible to weigh after assembly, and which had to be transported by boat: this was obviously the most practical and economical means of transport for both the shipper Davie and the consignee at Baie Comeau, since both had excellent harbour facilities. Furthermore, there was nothing in the contract to exclude water transport.

Under such circumstances, it seemed simpler and more practical to weigh the steel shipments using the method known as draught displacement.

I find no fault with the explanation given by the trial judge:

(passage following the italicized part of the second quotation above).

In its simplest form, the method involved measuring the weight of the cargo using the difference between the weight of the boat when empty and its weight once loaded.

On the question of the validity of the draught displacement method, defendant-appellant called four witnesses, Messrs Kuscher, Armstrong, Simard and Perry.

Some dismissed it out of hand as completely ineffective; others, less adamant, admitted that under certain conditions, as for example in the case of relatively

poids et mesures (S.R.C. c. W-7). Ainsi, même pour des marchandises qui ne valent que quelques dollars la tonne, comme le sable ou la pierre concassée, le vendeur fournit invariablement à l'acheteur un certificat de pesée pour chaque livraison. Ici cependant, Davie n'avait pas de balance pour peser les grosses pièces qu'elle expédiait par eau de Lauzon à Baie Comeau. Dans ces conditions, elle a pris pour acquis qu'elle pouvait déterminer le poids de la marchandise expédiée suivant ce que l'on a appelé la méthode du tirant d'eau. Il me semble clair que, vu qu'elle était demanderesse en l'instance, il lui appartenait de prouver qu'il s'agissait d'une méthode normale en pareille circonstance. Ce n'est pas ce qu'elle a fait. Elle a pris l'attitude erronée que c'est ce que le contrat prévoyait et le premier juge a erronément admis cette prétention.

En appel, on a été unanime à reconnaître que c'était une erreur mais la majorité, comme on l'a vu, a néanmoins retenu la conclusion du premier juge. Voici l'essentiel du raisonnement fait à ce sujet par le juge Rinfret:

Il s'agissait de pièces de fortes dimensions dont la pesée s'avérait impossible après l'assemblage, et qui devaient être expédiées par bateau: moyen de transport évidemment le plus pratique et le plus économique tant pour l'expéditeur Davie que pour le récipiendaire à Baie Comeau, car toutes deux avaient des facilités portuaires excellentes. Le contrat n'exclut d'ailleurs pas le transport par eau.

Dans ces circonstances, il a paru plus simple et plus utile de procéder à la pesée des expéditions d'acier par la méthode dite du tirant d'eau.

Je n'ai rien à reprendre à l'explication qu'en donne le juge de première instance:

(texte suivant la partie en italiques de la seconde citation ci-dessus).

Réduite à sa plus simple expression, la méthode consiste à mesurer le poids du chargement, d'après la différence entre la pesanteur du bateau allège et celle du bateau une fois chargé.

Sur la question de la valeur de la méthode du tirant d'eau, la défenderesse-appelante a fait entendre quatre témoins, MM. Kuscher, Armstrong, Simard et Perry.

Certains l'ont écartée péremptoirement comme étant totalement inefficace; d'autres, moins intransigeants, ont admis que, dans certaines circonstances, comme, par

inexpensive bulk freight, it could be used in weighing within close to one per cent of the exact weight.

Like the trial judge, I am surprised that a distinction was made between freight having a greater or less value; if the weight is accurate within one per cent in one case why would it be different in the other? The financial value is not a consideration here.

With respect, such reasoning seems faulty to me. The trial judge dismissed the question of value, because he believed that the contract stipulated the draught displacement method. However, once it is admitted that the contract did not stipulate this, then it becomes clear that the value of the merchandise is an important factor in determining whether a particular method of measurement is accurate enough to be acceptable. Davie made no attempt to prove that the draught displacement method was accepted business practice in determining the weight of structural steel.

The witness who stated that the draught displacement method is sometimes stipulated for bulk merchandise was Captain Kuscher, who has considerable expertise in the field. He produced the form which he uses to determine with acceptable accuracy the weight of bulk freight by the draught displacement method. This form completely fills a legal-size page and requires another sheet for stores and ballast. When he was shown the exhibits that Davie purportedly used to determine the weight of the steel delivered to Cargill, he stated categorically that, under such conditions, it would be totally impossible to reach an acceptable degree of accuracy. In his opinion, the margin of error for certain cargoes was greater than the weight calculated for contract No. 7.

The witness Armstrong gave the following answers:

Q. Now, wouldn't shipping draughts be another way of determining the shipping weight of steel?

A. To my mind, it would be quite impossible to arrive at even a vaguely accurate weight. There are so many variables.

exemple, pour une cargaison en vrac de valeur relativement moindre, elle pouvait être utilisée et que le degré d'exactitude de la pesée s'approcherait à 1% de la réalité.

Comme le juge de première instance, je m'étonne que l'on ait fait une distinction entre la cargaison de valeur moindre et celle de plus grande valeur; si la pesée est exacte à 1% dans un cas, pourquoi ne la serait-elle pas dans l'autre? La valeur pécuniaire n'entre pas ici en jeu.

Avec respect, ce raisonnement me paraît fautif. Le premier juge a écarté la question de la valeur parce qu'il a considéré que le contrat stipulait la méthode du tirant d'eau. Mais dès que l'on admet que ce n'est pas ce que le contrat stipule, alors il devient évident que la valeur de la marchandise est un facteur important lorsqu'il s'agit de décider si une certaine méthode de mesure est d'une précision acceptable. Davie n'a pas tenté de prouver que la méthode du tirant d'eau était commercialement acceptable pour déterminer le poids de structures d'acier.

Le témoin qui a dit que la méthode du tirant d'eau est parfois stipulée pour des marchandises en vrac de faible valeur, c'est le capitaine Kuscher. C'est un véritable expert dans le domaine. Il a produit la formule dont il se sert pour déterminer avec une précision acceptable, le poids de cargaisons en vrac en partant du tirant d'eau. Cette formule couvre une pleine page grand format et requiert une autre feuille pour les provisions et le lest. Quand on lui a exhibé les pièces d'après lesquelles Davie a prétendu déterminer le poids de l'acier livré à Cargill, il a déclaré catégoriquement que dans de telles conditions, une précision acceptable était tout à fait impossible à obtenir. D'après lui, la marge d'erreur pour certains chargements était plus grande que le poids calculé pour le contrat n° 7.

Quant au témoin Armstrong, voici ce qu'il a répondu:

[TRADUCTION] Q. Maintenant dites-moi, n'est-il pas également possible de calculer le poids à l'expédition de l'acier en utilisant la méthode du tirant d'eau?

R. A mon avis, il est impossible, en utilisant cette méthode, de déterminer quoi que ce soit, ne serait-ce qu'un poids approximatif. Il y a trop d'impondérables.

Q. In your long experience did you have occasion to meet cases where the weight of steel was determined by the draught of a ship?

A. No.

The witness Simard saw the last steel cargo for contract No. 7 shipped by Davie to Baie Comeau. He said he had never used the draught displacement method, and added that at the time of the last shipment, there were no marks on the ship that could have been used for this purpose because it was navigating through ice. The bill of lading shows 42.6 tons, while the tabulation used as the basis of the claim shows 69 tons.

Finally, the witness Perry stated:

... for billing it is unthinkable frankly for structural steel. I can't imagine using the draught of a ship except for a full bulk cargo of a basically cheap material.

It must therefore be said that there is absolutely no evidence that the draught displacement method is commercially acceptable for establishing the weight of structural steel shipped by water. With respect, I find a clear error in the statement that, since some witnesses admit that the method is sometimes used for inexpensive merchandise, it must be considered acceptable for expensive merchandise. The witnesses are unanimous in saying exactly the opposite.

Moreover, it appears to me that the contract implicitly excluded any use of the draught displacement method when it stipulated not just one price for the additional quantity of steel, but three different prices, depending on whether plate steel, structural steel or other ironwork was involved. Through the stipulation of three different prices it was obviously intended that the additional price be determined according to the additional weight for each of the three categories. In the draught displacement method, no such distinctions are possible: it provides a total figure for the weight of the cargo. Because this method was used, it was impossible to make the calculation in the manner provided in the contract and an average had to be taken. In this regard, Rinfret J.A. said:

Q. Au cours de votre longue expérience, avez-vous déjà connu des cas où l'on a utilisé la méthode du tirant d'eau d'un navire pour déterminer le poids d'une cargaison d'acier?

R. Jamais.

Le témoin Simard a eu connaissance du dernier chargement d'acier du contrat n° 7 expédié par Davie à Baie Comeau. Il affirme n'avoir jamais utilisé la méthode du tirant d'eau et ajoute que lors de ce dernier chargement, il ne restait sur le navire aucune marque que l'on pouvait utiliser à cette fin parce qu'il avait navigué dans la glace. Le connaissement porte 42.6 tonnes alors que le tableau d'après lequel la réclamation a été établie en indique 69.

Enfin, quant au témoin Perry, il a dit:

[TRADUCTION] ... pour facturer de l'acier de structure, c'est franchement inimaginable. Je ne puis concevoir l'utilisation de la méthode du tirant d'eau d'un navire pour autre chose qu'une cargaison complète d'une marchandise de peu de valeur.

Il faut donc dire qu'il n'y a absolument aucune preuve à l'effet que la méthode du tirant d'eau serait commercialement utilisable pour fixer le poids de structures d'acier expédiées par eau. Avec respect, je vois une erreur caractérisée dans l'affirmation que puisque certains témoins admettent que la méthode s'utilise parfois pour des marchandises de peu de valeur, on doit la considérer acceptable pour des marchandises de grande valeur. Les témoins sont unanimes à dire exactement le contraire.

De plus, le contrat me paraît exclure implicitement toute utilisation de la méthode du tirant d'eau en stipulant, non pas un seul prix pour la quantité additionnelle d'acier, mais trois prix différents selon qu'il s'agit de tôle, de pièces d'acier de structure ou d'autres pièces. En stipulant trois prix différents, on a évidemment voulu que le supplément de prix soit déterminé suivant le poids additionnel pour chacune des trois catégories. Or, la méthode du tirant d'eau ne permet aucune distinction, elle fournit un chiffre total pour le poids de la cargaison. En s'en servant, on n'a donc pas pu faire le calcul de la façon prévue au contrat et on a dû prendre une moyenne. Le juge Rinfret dit à ce sujet:

[TRANSLATION] Appellant objects to the rate charged being an average rate of \$258.18 per additional ton and submits that the lowest rate of \$237.00 should be adopted.

I see no merit in this submission: the figure of \$258.18 appears to be the result of a calculation based on the proportion of each type of steel transported: "stepped siding, 34%; loose structural steel, 17% and arch pipes, 49% of the total weight".

With respect, this appears illogical. How were the proportions of types of steel transported determined if not by calculating the weight from the quantities and dimensions, as was done, moreover, for the steel used in contracts Nos. 6 and 12. In actual fact, Davie did not make up its invoice according to the draught displacement method. It only resorted to that method in order to establish the total weight. To determine the price in terms of the various categories stipulated in the contract, it was obliged to use another method.

Furthermore, the greater part of the steel pieces supplied in accordance with contracts Nos. 6 and 12 was shipped by water in loads which also contained pieces pertaining to contract No. 7. Since the draught displacement method only gives a total weight, it was necessary to subtract the weight of the pieces pertaining to the other contracts in order to arrive at a figure for those pertaining to contract No. 7. The weight of these other pieces was established using the stipulated method, namely by multiplying the volume by the density of the steel. The use of this procedure meant that, in actual fact, the weight of the whole was determined by the draught displacement method. It is true that invoices for two contracts were established according to the calculation based on the volume of the pieces, but because the rest was charged to contract No. 7, in the end the amount claimed for everything delivered by water was based on the weight as established by the draught displacement method.

It should be emphasized that the bills of lading for shipments by water only give a total figure for

L'appelante s'objecte à ce que le taux chargé soit un taux moyen de \$258.18 la tonne additionnelle et soutient que l'on devrait s'en tenir au taux le plus bas de \$237.00.

Je ne vois aucun mérite à cette prétention: il semble en effet que le chiffre de \$258.18 est la résultante d'un calcul basé sur la proportion de chaque genre d'acier transporté: [TRADUCTION] «Parement à gradins, 34%; pièces détachées d'acier de structure, 17% et cintres tubulaires, 49% du poids total.»

Avec respect, je vois là un illogisme. En effet, comment a-t-on déterminé les proportions de genres d'acier transporté sinon par un calcul du poids en partant des quantités et des dimensions comme on l'a fait, d'ailleurs, pour l'acier utilisé pour les contrats nos 6 et 12. En réalité, Davie n'a pas vraiment établi sa facture suivant la méthode du tirant d'eau. Elle n'a eu recours à cette méthode que pour établir le poids total. Pour déterminer le prix eu égard aux catégories diverses stipulées au contrat, elle a dû avoir recours à une autre méthode.

Ce n'est pas tout. La majeure partie des pièces d'acier fournies en exécution des contrats nos 6 et 12 a été expédiée par eau dans des chargements où il y avait également des pièces relatives au contrat no 7. La méthode du tirant d'eau ne donnant qu'un poids global, il a nécessairement fallu soustraire le poids des pièces relatives aux autres contrats pour en venir à calculer ce qui avait trait au contrat no 7. Le poids de ces autres pièces a été établi par le procédé stipulé, c'est-à-dire le volume multiplié par la densité de l'acier. Le résultat de cette manière de procéder c'est qu'en réalité, le poids du tout a été déterminé par la méthode du tirant d'eau. On a bien facturé pour deux contrats selon le calcul basé sur le volume des pièces mais, comme on a imputé le reste au contrat no 7, on se trouve à avoir réclamé en définitive le poids établi par la méthode du tirant d'eau pour tout ce qui a été livré par eau.

Il importe de souligner que les connaissements pour les expéditions par eau ne comportent qu'un

the steel pieces. The attached lists do not indicate which contract they refer to. This may possibly be deduced from the number assigned to the pieces, but there is nothing to indicate this or to establish the connection. In any event, the position taken by Cargill at the trial was that the bills of lading were not the basis of its claim. Cargill's sole basis for everything shipped by water was a document entitled "Tabulated shipments to Baie Comeau up to date as of 31st December 1959", prepared by one J.R. Josslyn, a naval architect in its employ at the time. This document indicates in tons the quantity of steel that was shipped on each voyage and billed to each of the three contracts. It does not show how this result was reached. At the trial, Davie stated that it was unable to supply the data used or the calculations made in order to arrive at these figures. These calculations are obviously complex. One only has to look at the document produced by the witness Kuscher to realize this. Notwithstanding this fact, the trial judge and the majority on appeal accepted the evidence based on this document.

In *Royal Victoria Hospital and Estate of the late Ewen Cameron v. Mary Morrow*¹, this Court held that, as a rule, hearsay evidence is inadmissible in Quebec. The document in question, as well as those based on data it contained, could accordingly only be admitted under an exception. As Hyde J.A. pointed out, the case at bar is not of the same kind as the one dealt with by this Court in *Ares v. Venner*², a British Columbia case. In the latter, the documents held admissible were records in which facts observed by an employee in the performance of his duties were recorded immediately. Here, however, we have no document in which the facts noted by Josslyn—namely, the draught at the beginning and end of each loading and other data necessary for calculating the weight of the steel when loaded—were recorded. By the same token, the calculations made in order to arrive at the result recorded in the document

chiffre global pour les pièces d'acier. Les listes qui y sont annexées n'indiquent pas à quel contrat elles se rapportent. Il est possible que cela puisse se déduire du numéro attribué aux pièces, mais rien ne le fait voir et rien n'établit la corrélation. Quoiqu'il en soit, l'attitude prise par Cargill au procès a été qu'elle ne se fondait pas sur les connaissances pour établir sa réclamation. Elle s'est fondée exclusivement pour tout ce qui a été expédié par eau, sur un document intitulé [TRADUCTION] «Relevé des expéditions à Baie Comeau, arrêté le 31 décembre 1959» préparé par un nommé J. R. Josslyn, un architecte naval qui était alors à son emploi. Ce document indique en tonnes la quantité d'acier expédié à chaque voyage imputable à chacun des trois contrats. Il ne fait pas voir comment on en est arrivé à ce résultat. Au procès, Davie s'est déclarée incapable de fournir les données d'après lesquelles on en est arrivé à ces chiffres ainsi que les calculs effectués pour y parvenir. Ces calculs sont évidemment complexes. Il suffit pour s'en rendre compte de jeter un coup d'œil sur le document produit par le témoin Kuscher. Malgré cela, le premier juge et la majorité en Cour d'appel ont admis la preuve faite en partant de ce document.

Dans *Royal Victoria Hospital et la Succession de feu Ewen Cameron c. Mary Morrow*¹, la Cour a statué qu'en règle générale la preuve par oui-dire est inadmissible au Québec. Le document dont il s'agit, comme ceux qui ont été établis en partant des données qu'on y trouve, ne pouvait donc être reçu qu'à la faveur d'une exception. Ainsi que le juge Hyde le fait observer, le cas présent n'est pas de la même nature que celui qui a fait l'objet de la décision de cette Cour dans *Ares c. Venner*², une affaire de la Colombie-britannique. Ce que l'on a déclaré admissible en l'occurrence ce sont des écrits constatant des faits observés par un préposé dans l'exercice de ses fonctions et immédiatement consignés par écrit. Ici, on n'a aucun écrit où seraient consignés les faits constatés par Josslyn: le tirant d'eau au début et à la fin de chaque chargement et les autres données nécessaires pour calculer le poids de l'acier chargé. De même, on n'a pas

¹ [1974] S.C.R. 501.

² [1970] S.C.R. 608.

¹ [1974] R.C.S. 501.

² [1970] R.C.S. 608.

produced were not filed. We are therefore dealing here, not with facts, but with conclusions. In short, if the document prepared by Josslyn is admitted, it means that Davie's employee has settled the point at issue by calculating the quantity of steel shipped, without it being possible to verify such quantity.

In any event, I do not think that the contract in the case at bar allowed Davie to claim a weight established by the draught displacement method. It is not enough that a representative of the firm of consulting engineers responsible for supervising the performance of the contract on Cargill's behalf did not object to the draught displacement method when it was first mentioned to him. The fact is that this firm never agreed to approve invoices made up on that basis. It has been said that they were given ample documentation, but it does not appear that they were ever given the detailed data and calculations from which Josslyn made up the claim. The Court was told that there were a great many documents, and that a large commercial undertaking cannot keep everything for an indefinite period. In my view, this argument cannot be sustained. In the case at bar, it was well known that litigation would ensue, since the consulting engineers refused to approve the invoice when it was presented to them, and persisted in their refusal.

This case cannot be viewed as a situation where, owing to the sudden death of one of its employees, a business firm would be totally unable to prove a claim. The structure erected for Cargill is still there, as are the plans and shop drawings. There was nothing to prevent Davie from establishing the weight by measuring the pieces, which is the usual method when dealing with structural steel. Davie did not do this. Even if Josslyn's documents were complete, the question would arise whether they would have been admissible as evidence, in view of the existence of this other simple, practical method. In such case, the question would require further consideration. Since the draught displacement method was not stipulated for the calculation at the weight of steel delivered, and since Josslyn's conclusions were not admissible as evidence, there

retracé les calculs faits pour en venir au résultat consigné dans la pièce produite. Il ne s'agit donc pas de constatations mais de conclusions. En définitive, si l'on admet le document préparé par Josslyn, cela signifie que ce préposé de Davie se trouve à avoir statué sur le point en litige en faisant le calcul de la quantité d'acier expédié sans que cela puisse être vérifié.

De toute façon, je ne crois pas qu'ici le contrat permette à Davie de réclamer un poids établi suivant la méthode du tirant d'eau. C'est en vain qu'on fait valoir qu'un représentant de la firme d'ingénieurs-conseils chargée de la surveillance de l'exécution du contrat pour le compte de Cargill n'aurait pas fait objection à la méthode du tirant d'eau la première fois qu'on lui en a parlé. Le fait est que cette firme n'a jamais consenti à approuver les factures établies sur cette base. On dit qu'on leur a fourni une abondante documentation, mais jamais on ne paraît leur avoir fourni les données et les calculs détaillés selon lesquels Josslyn aurait établi la réclamation. On nous dit qu'il y a avait un nombre immense de documents et qu'une grande entreprise commerciale ne peut pas indéfiniment tout conserver. Cela ne me paraît pas être un argument à retenir. Dans le cas présent, l'on savait pertinemment qu'il y aurait litige puisque les ingénieurs-conseils avaient refusé d'approuver la facture quand elle leur a été présentée et persisté dans ce refus.

On ne saurait voir ici une situation où, par suite du décès inopiné d'un employé, une entreprise se verrait complètement empêchée de faire la preuve d'une réclamation. L'ouvrage érigé pour le compte de Cargill est toujours là, de même que les plans d'exécution et les dessins d'atelier. Rien n'empêchait Davie d'en établir le poids par la mesure des pièces, ce qui est la méthode ordinaire pour les structures d'acier. Elle ne l'a pas fait. Même si les écrits de Josslyn étaient complets, il faut se demander s'ils auraient été admissibles vu l'existence de cette autre méthode simple et praticable. Le cas échéant, il faudrait se pencher sur cette question. La méthode du tirant d'eau n'ayant pas été stipulée pour le calcul du poids de l'acier livré et la preuve des conclusions de Josslyn n'étant pas admissible, il se trouve donc qu'on n'a pas d'autre

is no other evidence as to weight than that presented by the witness Armstrong on Cargill's behalf. The latter did not follow the C.I.S.C. method exactly. Owing to the shipping weight stipulation, he believed that he should deduct the trimmings in calculating the volume of the pieces in order to come as close as possible to the weight that would have been indicated by scales.

Under such circumstances, I believe that Hyde J.A. was right in maintaining that the weight calculated in this manner should be taken. However, he erred in holding that the price must be set at the lowest figure provided by the agreement, namely \$237 per ton. Once the procedure for determining the weight by measuring the pieces is held to be acceptable, the average of \$258.18 established by Davie on that same basis, should be accepted. In fact, this average is not an arithmetical average but a weighted average established according to the proportion of each category of steel in the structure as a whole. On the other hand, the additional weight as established by Cargill's expert is not 42 tons, but 42,209 lbs. or 21.1 tons, or, at \$258.18 per ton, \$5,447.60. I must accordingly conclude that the sum of \$130,754.61 awarded to Davie for additional steel weight on contract No. 7 should be reduced to the above amount; this means a reduction of \$125,307.

Everything considered, it does not appear to me that costs should be awarded on appeal or in this Court.

For these reasons, I am of the opinion that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the judgment of the Superior Court varied by reducing the amount of the judgment by \$125,307, without costs in this Court or in the Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Ahern, de Brabant, Nuss & Drymer, Montreal and P. Casgrain, Montreal.

Solicitors for the respondent: Langlois, Drouin & Laflamme, Quebec, and H. Hansard, Montreal.

preuve du poids que celle qui a été présentée par le témoin Armstrong pour le compte de Cargill. Celui-ci n'a pas suivi exactement la méthode C.I.S.C. Vu la stipulation du poids à l'expédition, il a cru devoir retrancher les rognures en calculant le volume des pièces de façon à s'approcher le plus possible du poids qu'une balance eut indiqué.

Dans ces circonstances, je crois que le juge Hyde a raison de soutenir que c'est au poids ainsi calculé qu'il faut s'arrêter. Cependant, il fait erreur, en disant qu'il faut fixer le prix au chiffre le plus bas prévu à la convention, soit \$237 la tonne. Dès que l'on reconnaît comme acceptable le procédé de détermination du poids en partant de la mesure des pièces, il y a lieu d'accepter la moyenne de \$258.18 établie par Davie sur cette base-là. En effet, cette moyenne n'est pas une moyenne arithmétique mais bien une moyenne pondérée établie suivant la proportion de chaque catégorie d'acier dans l'ensemble de la structure. D'un autre côté, l'excédent de poids établi par l'expert de Cargill n'est pas de 42 tonnes, mais de 42,209 lbs. ce qui fait 21.1 tonnes, c'est-à-dire à \$258.18 la tonne, \$5,447.60. Je conclus donc qu'il y a lieu de réduire à ce chiffre la somme de \$130,754.61 accordée à Davie pour excédent de poids d'acier sur le contrat n° 7, ce qui signifie une réduction de \$125,307.

Tout considéré, il ne me paraît pas y avoir lieu d'accorder de dépens en appel et en cette Cour.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de modifier le jugement de la Cour supérieure en réduisant de \$125,307 le montant de la condamnation, sans dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Ahern, de Brabant, Nuss & Drymer, Montréal et P. Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Langlois, Drouin & Laflamme, Québec, et H. Hansard, Montréal.