

T-531-03
2006 FC 409

T-531-03
2006 CF 409

JP Morgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Limited (*Plaintiffs*)

JP Morgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Limited (*demandereses*)

v.

c.

Mystras Maritime Corporation, the Owners and All Others Interested in the Ship “Lanner” and The Ship “Lanner” (*Defendants*)

Mystras Maritime Corporation, les propriétaires du navire « Lanner » et toutes autres personnes ayant un droit sur ce navire et Le Navire « Lanner » (*défendeurs*)

INDEXED AS: JP MORGAN CHASE BANK v. LANNER (THE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : JP MORGAN CHASE BANK c. LANNER (LE) (C.F.)

Federal Court, Gauthier J.—Montréal, November 1, 2005; Ottawa, March 29, 2006.

Cour fédérale, juge Gauthier—Montréal, 1^{er} novembre 2005; Ottawa, 29 mars 2006.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Appeal from Prothonotary’s decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale of Liberian ship Lanner, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities not outranking plaintiff’s mortgage on ship — Plaintiffs’ foreign loan agreement, registered mortgage valid under Canadian, Liberian laws — Foreign maritime lien may be recognized, enforced by Federal Court once proven — Under Canadian law, suppliers of necessities only having statutory right in rem (statutory lien), not maritime lien — Maritime lien privilege against property (ship) which attaches, gains priority without any court action, deed or registration — Creating bundle of rights, passes with ship when ship changing owner — Under American law, American supplier of necessities benefiting from maritime lien even if services provided in foreign port — Such lien would outrank plaintiffs’ mortgage under Canadian law — All but two claimants not establishing having maritime lien under American law — As to issue of creditors’ priorities, not a case where judicial discretion should be exercised in favour of claimants.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l’hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien Lanner — La convention de prêt-étrangère et l’hypothèque enregistrée des demandereses étaient valides en vertu du droit canadien et du droit libérien — Le privilège maritime acquis en vertu du droit étranger peut être reconnu et peut être exécuté par la Cour fédérale si la preuve en est faite — En vertu du droit canadien, les fournisseurs d’approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d’un privilège maritime; ils ne détiennent qu’un droit réel prévu par la loi — Le privilège maritime est un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu’une mesure judiciaire, la constitution d’un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires — Le privilège maritime constitue un ensemble de droits et est transféré avec le navire lorsque celui-ci change de propriétaire — En vertu du droit américain, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires américain jouit d’un privilège maritime même si les services ont été fournis dans un port étranger — En droit canadien, un tel privilège prendrait rang avant l’hypothèque des demandereses — Seules deux réclamantes ont établi qu’elles sont titulaires d’un privilège maritime en vertu du droit américain — Pour ce qui est des rangs de priorité des créanciers, il ne s’agissait pas d’un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire devait être exercé en faveur des réclamantes.

Conflict of Laws — Appeal from Prothonotary’s decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale

Conflit de lois — Appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières

of Liberian ship Lanner, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities not outranking plaintiff's mortgage on ship — Claimants contending contracted with owner of ship Lanner, contracts specifying American law governing transactions — Evidence of foreign law to prove validity of foreign documents (plaintiffs' mortgage) may be required depending on circumstances, evidence put forward — If evidence on foreign law absent, assumed to be same as Canadian law (lex fori) — Canadian rules of conflict of laws governing to determine proper law to apply to determine existence of maritime lien — While Prothonotary's approach (rule that law having closest, most substantial connection to transaction, i.e. supply of necessities, applicable) preferred, Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheve (The) binding — Rule of conflict of law applicable to determine proper law of maritime lien that used to determine proper law of contract — Except for two suppliers, other claimants' evidence insufficient to support contention American law governing transactions, having American maritime lien.

This was an appeal from a Prothonotary's decision that, with respect to the distribution of the proceeds of the judicial sale of the Liberian ship *Lanner*, the claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities did not outrank the plaintiff's mortgage on the ship. Most of the necessities were supplied outside of Canada and pursuant to contracts allegedly governed by the law of the United States. Under that law, necessities men enjoy in specific circumstances a maritime lien, which under Canadian law, outranks a mortgage. The claimants allegedly contracted with the owner of the *Lanner* through its managing agent and their contracts purportedly specified that the law applicable to these transactions was American law. The plaintiffs had lent a principal amount of US \$27,500,000 to the owners of the *Lanner* and its sister ships. As part security and under the terms of the loan agreement, a general assignment dated August 2, 2000, in favour of the plaintiffs and a first preferred mortgage on the *Lanner* was executed. The mortgage was apparently registered against the ship's title on August 3, 2000. The borrowers initially defaulted on the loan in February 2002 and failed to make subsequent payments. After demanding immediate payment of all sums owed in early March 2003, the plaintiffs took possession of the *Lanner* which was sold for US \$6,900,000 on June 9, 2003. According to the plaintiffs, on

(les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien Lanner — Les réclamantes affirmaient avoir conclu un marché avec le propriétaire du navire Lanner et que leurs contrats précisaient que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain — Une preuve du droit étranger peut être exigée pour prouver la validité des documents étrangers (l'hypothèque des demanderesse) selon la situation et les éléments de preuve présentés — En l'absence de preuve quant au droit étranger, celui-ci est présumé être semblable au droit canadien (lex fori) — La Cour devait se servir des règles canadiennes de droit international privé pour déterminer quel droit appliquer pour décider si un privilège maritime existait — Bien que l'approche adoptée par le protonotaire était préférable (soit que la règle selon laquelle le droit qui a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, c.-à-d. la fourniture d'approvisionnements nécessaires, s'appliquait), la Cour était liée par la décision rendue dans Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheve (Le) — La règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est celle qui s'applique pour déterminer le droit applicable au contrat — Exception faite de deux fournisseurs, les réclamantes n'ont pas déposé de preuve qui étayait leur argument selon lequel le droit américain s'appliquait aux transactions et qu'elles étaient titulaires d'un privilège maritime en vertu du droit américain.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*. La plus grande partie des approvisionnements nécessaires a été fournie à l'extérieur du Canada, et ce, en vertu de contrats prétendument régis par le droit des États-Unis. En vertu de ce droit, les fournisseurs jouissent, dans certaines circonstances précises, d'un privilège maritime qui, en droit canadien, prend rang avant une hypothèque. Les réclamantes ont prétendument conclu un marché avec le propriétaire du *Lanner*, par l'entremise de son directeur non fondé de pouvoir, et leurs contrats précisaient censément que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain. Les demanderesse avaient prêté un capital de 27 500 000 \$US aux propriétaires du *Lanner* et de ses navires jumaux. À titre de garantie partielle et aux termes des modalités de la convention de prêt, une cession générale datée du 2 août 2000 en faveur des demanderesse et une hypothèque de premier rang sur le *Lanner* ont été consenties. L'hypothèque avait censément été enregistrée le 3 août 2000 contre le titre du navire. En février 2002, les emprunteurs ont fait défaut de

December 30, 2004, the amount owed after deducting money obtained from the execution of other securities was US \$10,772,659.37. The issues were whether the plaintiffs' right to claim was valid, what law applied to determine the nature of the claimants' substantive rights and whether the Court should depart from the normal order of priorities because the plaintiffs took an inordinate amount of time to arrest the vessel and execute their security.

Held, the appeal should be allowed in part.

There was no evidence that the loan agreement or registered mortgage were deficient in any way under the laws of Liberia or Canada given that, in the absence of evidence regarding Liberian law, it is presumed to be identical to Canadian law. Evidence of foreign law may be required depending on the circumstances and the evidence put forward by the party contesting the validity of the documents filed by a mortgagee in support of its claim. The relevance of foreign law is a question of fact that needs to be established. If it is not pleaded and proved or insufficiently proved, then the foreign law is assumed to be the same as the *lex fori*. Under Canadian law, the loan agreement and the registered mortgage were valid. The plaintiffs established the basis of their claim.

A maritime lien acquired under a foreign law will be recognized and may be enforced by the Federal Court. But once the nature of the right has been assessed under its proper law, the priority to be given to that right will be assessed under Canadian law (*lex fori*). In ascertaining what proper law should be applied to determine whether a maritime lien exists, the Court must use Canadian rules of conflict of laws. However, before doing so, the Court must ascertain that there are significant differences between Canadian and foreign law creating a conflict. There was no evidence in this case that any law other than American law might apply. Under Canadian law, suppliers of necessities do not have the benefit of a maritime lien but only have a statutory right *in rem*, sometimes referred to as a "statutory lien", which ranks after a mortgage. A maritime lien constitutes a bundle of rights and is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any court action, deed or registration. It

paiement pour la première fois et ils ont omis de faire des paiements ultérieurs. Après avoir demandé, au début de mars 2003, le paiement immédiat de toutes les sommes dues, les demanderesse ont pris possession du *Lanner*, qui a été vendu pour la somme de 6 900 000 \$US le 9 juin 2003. Selon les demanderesse, le montant qui leur était dû en date du 30 décembre 2004, après déduction des montants obtenus par suite de l'exécution d'autres garanties, était de 10 772 659,37 \$US. Les questions soulevées étaient celles de savoir si le droit de réclamation des demanderesse était valable, quel droit devait être appliqué pour déterminer la nature des droits fondamentaux des réclamantes et si la Cour devait déroger à l'ordre traditionnel des priorités parce que les demanderesse avaient pris un temps excessif à faire saisir le navire et à réaliser leur garantie.

Jugement : l'appel est accueilli en partie.

Il n'existait pas la moindre preuve que la convention de prêt ou l'hypothèque enregistrée étaient incomplètes d'une quelconque façon en vertu des lois du Libéria ou en vertu des lois du Canada, compte tenu qu'en l'absence de preuve quant au droit libérien, celui-ci est présumé semblable au droit canadien. Une preuve du droit étranger peut être exigée selon la situation et les éléments de preuve présentés par la partie qui conteste la validité des documents déposés par un créancier hypothécaire à l'appui de sa réclamation. La pertinence du droit étranger est une question de fait qui doit être établie. Si le droit étranger n'est pas plaidé et établi ou s'il est établi d'une façon insuffisante, il est présumé être le même que celui du tribunal saisi. En vertu du droit canadien, la convention de prêt et l'hypothèque enregistrée étaient valides. Les demanderesse avaient établi le fondement de leur réclamation.

Un privilège maritime acquis en vertu du droit étranger sera reconnu et pourra être exécuté par la Cour fédérale. Mais, dès que la nature du droit a été évaluée en vertu du droit qui lui est applicable, la priorité qui doit être accordée à ce droit sera évaluée en vertu du droit canadien (*lex fori*). Pour déterminer quel droit devrait s'appliquer pour décider si un privilège maritime existe, la Cour devait se servir des règles canadiennes de droit international privé. Cependant, avant de faire cela, la Cour devait vérifier s'il existait des différences importantes entre le droit canadien et le droit étranger qui créent un conflit. Rien ne prouvait qu'un droit autre que le droit américain pouvait s'appliquer en l'espèce. En vertu du droit canadien, les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d'un privilège maritime. Ils ne détiennent qu'un droit réel prévu par la loi, parfois appelé « privilège d'origine législative », qui prend rang après une hypothèque. Un privilège maritime constitue un ensemble de

passes with the ship when the ship is sold to another owner. Under American law, an American supplier of necessities will benefit from a maritime lien even if the services were provided to the ship in a foreign port. Under the Canadian law of priority and ranking, such a lien would rank before the plaintiffs' mortgage. A conflict of laws did in fact arise with respect to such claims. There was a dispute as to whether American law grants a maritime lien for necessities directly provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

The applicable Canadian rule of conflict of laws was that of the closest and most substantial connection with the supply of necessities. The Prothonotary chose this approach because there was no direct contractual relationship between the plaintiffs and the claimants and he felt bound to apply the Federal Court of Appeal case of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.* in which the law that had the closest connection to the transaction was applied. But the claimants argued that Stone J.A. in *Imperial Oil* meant to apply the rule of conflict of laws applicable to contracts. In *Richardson International, Ltd. v. Myschikhacheva (The)* the Federal Court of Appeal found that *Imperial Oil* confirmed the applicability of the usual rules for determining the proper law of a contract. These decisions appear contradictory because Stone J.A. stated that the choice of law in the supply contract with the demise charterer was but one factor among many to consider and that the Court should still examine all the factors to determine the law that has the closest and most substantial connection to the transaction. By simply applying the choice of law made by the two parties to the contract, the parties would be permitted to do indirectly what they cannot do directly, i.e. create a maritime lien. Courts respect and enforce the choice of a law provisions in a contract because the parties must not be allowed to renege on their bargain. It is difficult to understand how this justification applies when one deals with a substantive right granted against a fictive person, i.e. a ship not party to the contract. Although the approach taken by the Prothonotary was preferred, the Federal Court of Appeal's decision in *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)* and its general view that the rule of conflict applicable to determine the proper law of a maritime lien is that used to determine the proper law of the contract, was binding. The evidence the claimants filed to support their contention that they had a contract directly with the shipowner through its managing agent and that the shipowner was therefore

droits et il s'agit d'un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu'une mesure judiciaire, la constitution d'un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire. En vertu du droit américain, un fournisseur d'approvisionnements nécessaires américain jouira d'un privilège maritime même si c'est dans un port étranger que les services ont été fournis au navire. En vertu du droit canadien de priorité de rang, un tel privilège prendrait rang avant l'hypothèque des demandesses. Les réclamations en l'espèce donnaient effectivement lieu à un conflit de lois. Les parties ne s'entendaient pas quant à savoir si le droit américain prévoit un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires livrés directement par un fournisseur étranger à l'égard d'un navire étranger dans un port étranger.

La règle du droit international privé canadien applicable était celle qui prévoyait le lien le plus étroit et le plus important avec la fourniture d'approvisionnements nécessaires. Le protonotaire a choisi cette approche parce qu'il n'existait aucune relation contractuelle directe entre les demandesses et les réclamantes et il s'est senti obligé d'appliquer l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.* de la Cour d'appel fédérale, qui a appliqué le droit qui avait le lien le plus étroit avec la transaction. Mais les réclamantes ont prétendu que le juge Stone voulait, dans l'affaire *Imperial Oil*, appliquer la règle concernant les conflits de lois applicables aux contrats. Dans *Richardson International, Ltd. c. Myschikhacheva (Le)*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'arrêt *Imperial Oil* confirmait l'applicabilité des règles habituelles servant à déterminer le droit applicable au contrat. Ces décisions semblent se contredire parce que le juge Stone a conclu que le choix du droit applicable dans le contrat d'approvisionnement conclu avec l'affrètement en coque nue n'était qu'un facteur parmi tant d'autres dont il fallait tenir compte et que la Cour devrait examiner l'ensemble des facteurs pour déterminer quel droit a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction. En appliquant tout simplement le choix du droit applicable fait par les deux parties au contrat, les parties pourraient faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement, c.-à-d. créer un privilège maritime. Les cours de justice respectent et appliquent les dispositions concernant la désignation du droit applicable parce que les parties ne doivent pas avoir le droit de renier le marché qu'elles ont conclu. Il est difficile de comprendre comment cette justification s'applique lorsque l'on a affaire à un droit formel accordé contre une personne fictive, c'est-à-dire un navire qui n'est pas partie au contrat. Bien que l'approche adoptée par le protonotaire était préférable, la Cour était liée par la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Richardson*

personally liable under the contract was insufficient. But, this point was only material to the determination of the applicable rule of conflict of law and pointed toward the application of the approach taken in *Imperial Oil*; it did not affect the substantive right created under American law. There was no reason to believe that in these particular cases the necessities were not ordered by a person presumed to have authority to procure such necessities and thus to create a right against the vessel.

The American and Greek suppliers had a lien under American law which was the proper law to be applied, either as the express choice of law or as the law having the closest connection with the transaction. Therefore, those two specific claimants were entitled to be paid in priority to the plaintiffs' mortgage. As to the other claimants, even if the Court were to apply American law, they failed to establish by preponderance of evidence that their claims gave rise to a maritime lien under such law for the specific services rendered to the *Lanner* outside of the United States. In so concluding, more weight was given to the expert evidence that, American law does not provide for a lien with respect to necessities provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

The Prothonotary's refusal to reorder the creditors' priorities was a question vital to the final issue of the matter. The Court reviewed the issue *de novo* and came to the same conclusion as the Prothonotary that this was not a case where judicial discretion based on equity should be exercised in favour of the claimants. There was no evidence that, because of the services they rendered, the plaintiffs were able to receive additional payments from the owner of the *Lanner*. It appears that the plaintiffs did not receive any money from the borrowers until they executed their securities. The claimants simply failed to meet their burden of establishing very special circumstances, which warranted departure from the law-

International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le) et l'opinion générale que la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est celle qui s'applique pour déterminer le droit applicable au contrat. La preuve que les réclamantes ont déposé à l'appui de leur argument selon lequel elles avaient conclu un contrat directement avec le propriétaire du navire par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir et selon lequel le propriétaire du navire avait donc engagé sa responsabilité personnelle aux termes du contrat n'était pas suffisante. Mais ce point n'était important que pour la question de savoir quelle était la règle de conflit de loi qui lui était applicable et faisait pencher la balance du côté de l'application de l'approche adoptée dans l'arrêt *Imperial Oil*; il n'avait aucune incidence sur le droit formel créé en vertu du droit américain. Il n'y avait aucune raison de croire que dans ces cas particuliers les approvisionnements nécessaires n'avaient pas été commandés par une personne présumée avoir le pouvoir de se procurer ces approvisionnements nécessaires et par conséquent de créer un droit sur le navire.

Le fournisseur américain et le fournisseur grecque étaient titulaires d'un privilège en vertu du droit américain, qui était le droit qu'il convenait d'appliquer, soit en raison du choix exprès du droit applicable, soit parce qu'il s'agissait du droit le plus étroitement lié à la transaction. Par conséquent, ces deux réclamantes précises avaient le droit d'être payées avant l'hypothèque des demandereses. Pour ce qui est des autres réclamantes, même si la Cour devait appliquer le droit américain, elles n'avaient pas réussi à établir par prépondérance de la preuve que leurs réclamations donnaient naissance à un privilège maritime en vertu de ce droit quant aux services particuliers rendus au *Lanner* à l'extérieur des États-Unis. Pour en arriver à cette conclusion, plus d'importance a été accordée au témoignage d'expert selon lequel le droit américain ne prévoit aucun privilège en rapport avec les approvisionnements nécessaires livrés par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un port étranger.

Le refus du protonotaire de reclasser les rangs de priorité était une question déterminante pour l'issue de la présente affaire. La Cour a examiné cette question *de novo* et a tiré la même conclusion que le protonotaire qu'il ne s'agissait pas d'un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire fondé sur l'équité devait être exercé en faveur des réclamantes. Rien ne prouvait que, en raison des services rendus, les demandereses avaient pu recevoir des paiements additionnels de la part du propriétaire du *Lanner*. Il semble que les demandereses n'ont reçu un montant d'argent de la part des emprunteurs que lorsqu'elles ont réalisé leurs garanties. Les réclamantes n'avaient tout simplement pas réussi à s'acquitter de

established order of priorities to prevent an obvious injustice.

l'obligation qu'elles avaient d'établir l'existence de circonstances très particulières justifiant la dérogation à l'ordre de priorité établi par la loi afin d'empêcher une injustice évidente.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(m) (as am. *idem*, s. 31), 43(3) (as am. *idem*, s. 40).

Harter Act, 46 U.S.C. App. § 181 (2000).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

Harter Act, 46 U.S.C. App. § 181 (2000).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)(m) (mod., *idem*, art. 31), 43(3) (mod., *idem*, art. 40).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The), [2001] 3 F.C. 41; (2001), 200 F.T.R. 76; 2001 FCT 13; affd [2002] 4 F.C. 80; (2002), 288 N.R. 96; 2002 FCA 97.

APPLIED:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Royal Bank of Scotland plc v. Golden Trinity (The)* (2000), 254 F.T.R. 1; 2004 FC 795; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182; 2001 FCA 391.

DISTINGUISHED:

Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002); *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D. Md. 1996).

CONSIDERED:

Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The), [2001] 1 F.C. 408; (2000), 189 F.T.R. 230 (T.D.); *Backman v. Canada*, [2000] 1 F.C. 555; (1999), 178 D.L.R. (4th) 126; 46 B.L.R. (2d) 225; [1999] 4 C.T.C. 177; 99 DTC 5602; 246 N.R. 309 (C.A.); affd [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 277 N.R. 246; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Romero v.*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le), [2001] 3 C.F. 41; 2001 CFPI 13; conf. par [2002] 4 C.F. 80; 2002 CAF 97.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Royal Bank of Scotland plc c. Golden Trinity (Le)*, 2004 CF 795; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190; 2001 CAF 391.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002); *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D. Md. 1996).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le), [2001] 1 C.F. 408 (1^{re} inst.); *Backman c. Canada*, [2000] 1 C.F. 555 (C.A.); conf. par [2001] 1 R.C.S. 367; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.*, [1999] A.C.F. n° 947 (1^{re} inst.) (QL); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024

International Terminal Operating Co., 358 U.S. 354 (1959); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981); *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D.Va. 2003); *Kirgan Holding S.A. v. Panamax Leader (The)* (2002), 225 F.T.R. 273; 2002 FCT 1235.

REFERRED TO:

Ontario Bus Industries v. Federal Calumet (The) (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972); *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)* (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEAL from a Prothonotary's decision ((2005), 275 F.T.R. 159; 2005 FC 864) that, with respect to the distribution of the proceeds of the judicial sale of the Liberian ship *Lanner*, the claims of creditors who had supplied necessities did not outrank the plaintiff's mortgage on the ship. Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Anil K. Mohan and James E. Gould, Q.C. for plaintiffs.
No one appearing for defendants.
Gassim Bangoura and Jean-Marie Fontaine for claimants.

SOLICITORS OF RECORD:

Metcalf & Company, Halifax, for plaintiffs.

(2nd Cir. 1973); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981); *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D.Va. 2003); *Kirgan Holding S.A. c. Panamax Leader (Le)*, 2002 CFPI 1235.

DÉCISIONS CITÉES :

Ontario Bus Industries c. Federal Calumet (Le), [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972); *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (Le)*, [1997] A.C.F. n° 139 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 1997.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal : International Shipping Publications, 1998.

APPEL à l'encontre de la décision d'un protonotaire (2005 CF 864) portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Anil K. Mohan et James E. Gould, c.r. pour les demandereses.
Personne n'a comparu pour les défendeurs.
Gassim Bangoura et Jean-Marie Fontaine pour les réclamantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Metcalf & Company, Halifax, pour les demandereses.

Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for claimants.

Borden Ladner Gervais s.r.l., Montréal, pour les réclamantes.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] GAUTHIER J.: On June 9, 2003, the Liberian ship *Lanner* was sold for US \$6,900,000 by this Court in an admiralty action *in rem* at the behest of her mortgage holder, JP Morgan Chase.

[1] LA JUGE GAUTHIER : Le 9 juin 2003, le navire libérien *Lanner* a été vendu par la Cour pour la somme de 6 900 000 \$US dans une action réelle en matière d'amirauté sur l'ordre de son créancier hypothécaire, JP Morgan Chase.

[2] In accordance with sound practice, the sale was advertised and other creditors were given the opportunity of asserting their claims. As often happens, the amount of the claims exceeds the proceeds of the sale.

[2] Conformément aux usages éprouvés, la vente a été annoncée et les autres créanciers ont eu la possibilité de faire valoir leurs réclamations. Comme c'est souvent le cas, le montant des réclamations est supérieur au produit de la vente.

[3] It fell upon Prothonotary Morneau to rule on the validity of the claims and to determine which, if any, enjoyed priority. This is an appeal from his order dated June 17, 2005, by five creditors who supplied necessities to the *Lanner* or to other ships alleged to be sister ships. They submit that their claims outrank the mortgage. Prothonotary Morneau held the opposite [*sub nom. JP Morgan Chase v. Mystras Maritime Corp.* (2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)].

[3] C'est au protonotaire Morneau qu'a incombé la tâche de se prononcer sur la validité des réclamations et de décider laquelle, le cas échéant, avait priorité. Il s'agit d'un appel interjeté par cinq créanciers qui ont fourni les approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* ou à l'égard d'autres navires qui sont prétendument des navires jumeaux à l'encontre de l'ordonnance que le protonotaire Morneau a rendue le 17 juin 2005. Ils prétendent que leurs réclamations prennent rang avant l'hypothèque. Le protonotaire Morneau était d'avis contraire [*sub nom. JP Morgan Chase c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864].

[4] If all the claims were to be adjudged in accordance with domestic Canadian maritime law, Prothonotary Morneau's decision would be unassailable. Although necessities men are given a statutory right *in rem* and are entitled to arrest the ship if she has not been already sold, their claims carry no priority. They are outranked by a mortgage.

[4] Si toutes les réclamations étaient jugées selon le droit maritime canadien, la décision du protonotaire Morneau serait inattaquable. Bien que les fournisseurs soient titulaires d'un droit réel créé par une loi et aient le droit de saisir le navire s'il n'a pas déjà été vendu, leurs réclamations n'ont aucune priorité. Elles prennent rang après l'hypothèque.

[5] However, most of the necessities were supplied outside of Canada and pursuant to contracts allegedly governed by the law of the United States. Under that law, necessities men enjoy in certain specific circumstances a maritime lien, which under Canadian law outranks a mortgage.

[5] La plus grande partie des approvisionnements nécessaires a toutefois été fournie à l'extérieur du Canada, et ce, en vertu de contrats prétendument régis par le droit des États-Unis. En vertu de ce droit, les fournisseurs jouissent, dans certaines circonstances précises, d'un privilège maritime, lequel en droit canadien prend rang avant une hypothèque.

[6] Prothonotary Morneau also awarded costs to the mortgage holder. The five creditors who appealed his decision with respect to the distribution of the proceeds of the sale also appealed this order.

[7] There is no doubt, and the parties agree, that the distribution of the proceeds of the sale of the ship *Lanner* is an issue that is vital to the final outcome of this matter. Applying the standard of review set out in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), at paragraph 19, where the Prothonotary exercised a discretionary power, the Court will exercise its discretion *de novo*. All other issues being issues of law, the standard will be correctness.

[8] As to costs, it is obvious that if my decision on the merits differs from that of the Prothonotary, this issue will also have to be considered *de novo*. With respect to the question of law raised by the creditors, the Court will intervene if the Prothonotary's decision is incorrect.

BACKGROUND

[9] The five creditors who appealed the orders of the Prothonotary are:

(a) Ashland Specialty Chemical Company, an American company, which claims a maritime lien for the supply of necessities to the *Lanner* at Cape Town, South Africa. In support of its claim, it filed the affidavit of Lawrence Steinhauer, manager of business analysis;

(b) Kent Trade & Finance Inc., a company from the British Virgin Islands, which supplied fuel and oil to the *Lanner* at Halifax, Canada and Cartagena, Spain. Kent Trade also claims a maritime lien for fuel and oil supplied to the ship *Hobby*, allegedly a sister ship of the *Lanner*, at St. Eustatius. In support of its claim, Kent Trade filed the affidavit of George Saroglou, managing director of Marine Fuels Ltd. dated July 25, 2003;

[6] Le protonotaire Morneau a également adjugé des dépens au créancier hypothécaire. Les cinq créanciers qui ont interjeté appel de sa décision concernant la distribution du produit de la vente ont également interjeté appel de cette ordonnance.

[7] Il ne fait aucun doute, et les parties le reconnaissent, que la distribution du produit de la vente du navire *Lanner* est une question qui aura une influence déterminante sur l'issue du litige. Appliquant la norme de contrôle mentionnée dans *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), au paragraphe 19, où le protonotaire a exercé un pouvoir discrétionnaire, la Cour exercera son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. Toutes les autres questions étant des questions de droit, la norme de contrôle sera la norme de la décision correcte.

[8] Il est évident que si ma décision sur le fond est différente de celle du protonotaire, la question des dépens devra également être examinée de nouveau. Quant à la question de droit soulevée par les créanciers, la Cour interviendra si la décision du protonotaire est erronée.

L'HISTORIQUE

[9] Les cinq créanciers qui ont interjeté appel des ordonnances du protonotaire sont les suivants :

a) Ashland Specialty Chemical Company, une société américaine, qui invoque un privilège maritime pour la fourniture, effectuée au Cap (Afrique du Sud), d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner*. À l'appui de sa revendication, celle-ci a déposé l'affidavit de Lawrence Steinhauer, directeur de l'analyse commerciale;

b) Kent Trade & Finance Inc., une société des Îles Vierges britanniques qui a fourni, à Halifax (Canada) et à Carthagène (Espagne), du carburant et de l'huile au *Lanner*. Kent Trade invoque également un privilège maritime pour le carburant et l'huile fournis à St-Eustatius au navire *Hobby*, lequel serait le navire jumeau du *Lanner*. À l'appui de sa revendication, Kent Trade a déposé l'affidavit daté du 25 juillet 2003 de

(c) Praxis Energy Agents S.A., a Greek company, which supplied bunker fuel to the *Lanner* at the port of Pointe à Pierre, Trinidad. It also appears from the invoice attached to the affidavit of Dimitris Chasabalis, filed in support of this claim and dated August 1, 2003, that Praxis claims a certain amount for the supply of necessities to the *Lanner* at Charleston in the United States;¹

(d) CP3500 International Ltd., a Cypriot company, which supplied various combustion catalysts to the *Lanner* at Singapore. The affidavit of Georgina Tsikkou, its account manager, dated July 29, 2003, was filed in support of its claim;

(e) Marine Fuels Ltd., another Greek company, which supplied fuel to the ship *Peregrine*, another alleged sister ship of the *Lanner*, at Houston. In support of its claim, Marine Fuels Ltd. filed the affidavit of George Saroglou, its managing director, also dated July 25, 2003;

[10] I shall hereinafter refer to the above creditors as the claimants.

[11] As mentioned, these claimants say that they contracted with the owner of the *Lanner*, through its managing agent Arrow Ltd., and that their contracts specified that the law applicable to these transactions was American law.

[12] The plaintiffs filed the affidavit of Parisa Suvarnatemee, an officer of JP Morgan Chase Bank, stating that the plaintiffs had lent a principal amount of US \$27,500,000 to Mystras Maritime, the then-owner of the *Lanner*, as well as to Twin Seas Shipping, the then-owner of the *Peregrine*, and to Alchemy Shipping, the then-owner of the *Hobby*.

[13] As part security and under the terms of the loan agreement, Mystras Maritime executed in favour of the

George Saroglou, directeur général de Marine Fuels Ltd.;

c) Praxis Energy Agents S.A., une société grecque qui a fourni du combustible de soute au *Lanner* au port de Pointe à Pierre (Trinidad). Il appert également de la facture datée du 1^{er} août 2003, jointe à l'affidavit de Dimitris Chasabalis et déposée à l'appui de cette revendication, que Praxis revendique un certain montant pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* à Charleston (États-Unis)¹;

d) CP3500 International Ltd., une société chypriote qui a fourni divers catalyseurs de combustion au *Lanner* à Singapour. L'affidavit de Georgina Tsikkou, la directrice des comptes, daté du 29 juillet 2003, a été déposé à l'appui de sa revendication;

e) Marine Fuels Ltd., une autre société grecque, qui a fourni, à Houston, du carburant au navire *Peregrine*, un autre prétendu navire jumeau du *Lanner*. À l'appui de sa réclamation, Marine Fuels Ltd. a déposé un affidavit daté du 25 juillet 2003, signé par George Saroglou, son directeur général;

[10] Je désignerai ci-après les créancières susmentionnées comme étant les réclamantes.

[11] Comme il a déjà été mentionné, les réclamantes affirment qu'elles ont conclu un marché avec le propriétaire du *Lanner*, par l'entremise de son directeur non fondé de pouvoir Arrow Ltd., et que leurs contrats précisaient que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain.

[12] Les demandereses ont déposé l'affidavit de M^{me} Parisa Suvarnatemee, une représentante de JP Morgan Chase Bank, dans lequel celle-ci affirme que les demandereses avaient prêté un capital de 27 500 000 \$US à Mystras Maritime, qui était alors propriétaire du *Lanner*, à Twin Seas Shipping, qui était alors propriétaire du *Peregrine*, et à Alchemy Shipping, qui était alors propriétaire du *Hobby*.

[13] À titre de garantie partielle et en vertu des modalités de la convention de prêt, Mystras Maritime a

plaintiffs a general assignment dated August 2, 2000, and a first preferred mortgage on the *Lanner*.

consenti en faveur des demanderessees une cession générale datée du 2 août 2000 et une hypothèque de premier rang sur le *Lanner*.

[14] In February 2002, the borrowers failed to deposit the revenues derived from the operation of their ships with the bank. This was the initial event of default.

[14] En février 2002, les emprunteurs ont omis de déposer auprès de la banque les revenus tirés de l'exploitation de leurs navires. Ce fut le premier type de manquement.

[15] At the end of June 2002 and at the end of December 2002, the borrowers failed to make their payments.

[15] À la fin de juin 2002 et à la fin de décembre 2002, les emprunteurs ont omis de faire leurs paiements.

[16] After demanding immediate payment of all sums owed in early March 2003, the plaintiffs took possession of and later sold the *Lanner*.

[16] Après avoir demandé, au début de mars 2003, le paiement immédiat de toutes les sommes dues, les demanderessees ont pris possession du *Lanner* et l'ont vendu.

[17] According to the affidavit of Maxine Graves, a second affidavit filed by the plaintiffs, as of December 30, 2004, the amount owed to the plaintiffs after deducting money obtained from the execution of other securities was US \$10,772,659.37.

[17] Selon l'affidavit de Maxine Graves, un deuxième affidavit déposé par les demanderessees, en date du 30 décembre 2004, le montant dû aux demanderessees, après déduction des montants obtenus suite à l'exécution d'autres garanties, était de 10 772 659,37 \$US.

[18] The claimants have also relied on an expert affidavit from Andrew S. de Klerk, which deals with the American law applicable to their particular claims. The plaintiffs filed a reply affidavit from William Juska on the same subject.

[18] Les réclamantes ont également invoqué un affidavit d'expert émanant d'Andrew S. de Klerk. Cet affidavit traite du droit américain applicable à leurs réclamations. Les demanderessees ont déposé un affidavit en réponse émanant de William Juska quant au même sujet.

[19] Originally, 15 creditors filed claims against the proceeds of sale of the *Lanner*. Only the claimants appealed the two decisions of the Prothonotary.

[19] À l'origine, 15 créanciers ont déposé des réclamations à l'égard du produit de la vente du *Lanner*. Seules les réclamantes ont interjeté appel des deux décisions du protonotaire.

THE ISSUES

The claimants raise the following issues:

- (i) have the plaintiffs established their right to claim against the *Lanner*?
- (ii) what law should be applied to determine the nature of their substantive rights?

LES QUESTIONS

Les réclamantes ont soulevé les questions suivantes :

- i) Les demanderessees ont-elles établi leur droit de réclamation à l'égard du *Lanner*?
- ii) Quel droit devrait être appliqué pour déterminer la nature de leurs droits fondamentaux?

- (iii) what is the nature of their rights under such law?; iii) Quelle est la nature de leurs droits en vertu de ce droit?
- (iv) should the Court depart from the normal order of priorities because the plaintiffs took an inordinate amount of time to arrest the vessel and execute their security?; iv) La Cour devrait-elle déroger à l'ordre traditionnel des priorités parce que les demandereses ont pris un temps excessif à faire saisir le navire et à réaliser leur garantie?

ANALYSIS

(A) Validity of plaintiffs' claims

[20] As mentioned, the plaintiffs claim that they hold a first preferred mortgage on the ship *Lanner* which was registered on August 3, 2000 against the ship's title, maintained by the Bureau of Maritime Affairs of the Republic of Liberia. This fact is attested to at paragraph 13 of the affidavit of Mrs. Suvarnatemee.

[21] The claimants submit that the Prothonotary erred in accepting the validity of the plaintiffs' foreign mortgage without proof of its validity being put in evidence through experts' affidavits on Liberian law.

[22] They rely on a passage of the decision of Prothonotary John A. Hargrave in *Royal Bank of Scotland plc v. Golden Trinity (The)* (2004), 254 F.T.R. 1 (F.C.) where at paragraph 23, the Prothonotary refers to the expert evidence filed by the mortgagee evidencing that its mortgage was properly authorized, executed and delivered and constituted a legal, valid and binding obligation.

[23] The claimants have not cross-examined Mrs. Suvarnatemee on her affidavit and have produced no evidence that would put into question the validity of the loan agreement or of the registered mortgage. There is no evidence whatsoever that these documents are deficient in any way under the laws of Liberia or under the laws of Canada given that in the absence of evidence with respect to Liberian law, same is presumed to be identical to Canadian law.

[24] It is to be noted that the claimants did not themselves raise this issue at the hearing before the

L'ANALYSE

A) La validité des réclamations des demandereses

[20] Tel qu'il a été mentionné, les demandereses prétendent qu'elles détiennent une hypothèque de premier rang sur le navire *Lanner* qui a été enregistrée le 3 août 2000 contre le titre du navire, conservée par le Bureau of Maritime Affairs de la République du Libéria. Ce fait est certifié au paragraphe 13 de l'affidavit de M^{me} Suvarnatemee.

[21] Les réclamantes prétendent que le protonotaire a commis une erreur en acceptant la validité de l'hypothèque étrangère des demandereses sans que la preuve de sa validité ne soit déposée par le biais d'affidavits émanant d'experts en droit libérien.

[22] Elles invoquent un passage de la décision rendue par le protonotaire John A. Hargrave dans *Royal Bank of Scotland plc c. Golden Trinity (Le)*, 2004 CF 795 où, au paragraphe 23, le protonotaire renvoie à la preuve d'expert déposée par le créancier hypothécaire attestant que son hypothèque avait été valablement autorisée, signée et délivrée et qu'elle constituait une obligation légale, valide et contraignante.

[23] Les demandereses n'ont pas contre-interrogé M^{me} Suvarnatemee quant à son affidavit et n'ont produit aucun élément de preuve qui mettrait en doute la validité de l'entente de prêt ou de l'hypothèque enregistrée. Il n'existe pas la moindre preuve que ces documents sont incomplets d'une quelconque façon en vertu des lois du Libéria ou en vertu des lois du Canada, compte tenu qu'en l'absence de preuve quant au droit libérien, celui-ci est présumé semblable au droit canadien.

[24] Il convient de souligner que ce ne sont pas les réclamantes qui ont soulevé cette question à l'audience

Prothonotary. This argument was originally made by other claimants who have not appealed from the Prothonotary's decision.

[25] The Court agrees with the finding of the Prothonotary and particularly with his comment that it is unlikely that Prothonotary Hargrave intended to create a requirement with precedential value or to establish that the Court could not accept a mortgage registered outside of Canada as valid and effective without the production of expert evidence on the applicable foreign law.

[26] In a previous decision in *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [2001] 1 F.C. 408 (T.D.), Prothonotary Hargrave certainly did not allude to such a requirement.

[27] Obviously, that is not to say that evidence of foreign law is never required. It all depends on the circumstances and the evidence put forward by the party contesting the validity of the documents filed by a mortgagee in support of its claim.

[28] The Court subscribes to Prothonotary Hargrave's comments in *Golden Trinity*, above, at paragraph 20 where he says:

In the determination of priorities by way of a motion a plaintiff seeking to establish a priority must lay out its case in advance. The plaintiff cannot necessarily forecast all of the approaches that the various other *in rem* claimants may take, or the attacks on the security or the position of the plaintiff that they might make.^[2] In the result, from time to time, there may be a deficiency in the record before the court. It would be unfortunate if in future, priorities will come to be established with the full panoply of trial, rather than in a summary and inexpensive manner on a motion. . . .

[29] That being said, the plaintiffs and the claimants do have to establish the essential elements of their claims.

[30] The Court carefully reviewed the affidavit of Mrs. Suvarnateme and her exhibits. She included a true

devant le protonotaire. Cet argument a été invoqué à l'origine par d'autres réclamants qui n'ont pas interjeté appel de la décision du protonotaire.

[25] La Cour souscrit aux conclusions du protonotaire, notamment à son commentaire qu'il est peu probable que le protonotaire Hargrave avait l'intention de créer une exigence ayant valeur de précédent ou d'établir que la Cour ne pouvait pas accepter qu'une hypothèque enregistrée à l'extérieur du Canada soit valide et exécutoire sans la production d'une preuve d'expert quant au droit étranger applicable.

[26] Dans une décision antérieure rendue dans *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [2001] 1 C.F. 408 (1^{re} inst.), le protonotaire Hargrave n'a certainement fait aucune allusion à cette exigence.

[27] Manifestement, cela ne veut pas dire qu'une preuve du droit étranger n'est jamais exigée. Tout dépend de la situation et des éléments de preuve présentés par la partie qui conteste la validité des documents déposés par un créancier hypothécaire à l'appui de sa réclamation.

[28] La Cour souscrit aux commentaires formulés par le protonotaire Hargrave dans la décision *Golden Trinity*, précitée, paragraphe 20, où il affirme ce qui suit :

Dans l'établissement, par voie de requête, de l'ordre de priorité, un demandeur qui veut établir sa priorité doit exposer préalablement ses arguments. Le demandeur ne pourra pas nécessairement prédire toutes les approches qu'adopteront les divers autres titulaires de droits réels, ou les arguments qu'ils feront valoir à l'encontre de la sûreté ou de la position du demandeur^[2]. Finalement, il se pourrait que le dossier soumis au tribunal comporte des lacunes. Il serait regrettable que l'ordre de priorité finisse par être établi à la faveur d'un procès en bonne et due forme plutôt que par voie de requête, d'une manière sommaire et peu coûteuse [. . .]

[29] Cela dit, les demandresses et les réclamantes doivent établir les éléments essentiels de leurs revendications.

[30] La Cour a examiné attentivement l'affidavit de M^{me} Suvarnateme ainsi que ses pièces à l'appui. Elle a

copy of the loan agreement which was executed by Mystras Maritime and is subject to English law. It is not disputed that at the relevant times Mystras was the registered owner of the *Lanner*. This document clearly provides for a mortgage.

[31] Pursuant to paragraph 3 of Schedule 2 of the loan agreement entitled “Conditions Precedent Documents”, Mystras had to produce evidence that the mortgage in respect of the *Lanner* had been duly recorded in New York in accordance with Liberian law and constituted a first priority security over these vessels.

[32] Mystras also had to provide a legal opinion confirming same (paragraph 6 of the said schedule). These preconditions were to be met prior to the disbursement of the loan or they had to be provided at the latest 14 days from the date of the loan agreement. There is no evidence that there was a default in that respect and, as a matter of fact, it can logically be inferred that the documents produced as exhibit PS3 of the affidavit of Mrs. Suvarnatemee were transmitted to the plaintiffs in performance of such an obligation.

[33] Moreover, as mentioned, where foreign law is relevant, it is a question of fact that needs to be established. As indicated in *Golden Trinity*, above, and in *Backman v. Canada*, [2000] 1 F.C. 555 (C.A.), at paragraphs 38-41; affd [2001] 1 S.C.R. 367, “[i]f foreign law is not pleaded and proved or insufficiently proved, it is assumed to be the same as the *lex fori*”.³

[34] A review of the documentation produced satisfies the Court that under Canadian law, the loan agreement and the registered mortgage are valid. Like the Prothonotary, I am satisfied that the plaintiffs have established the basis of their claim.

(B) Applicable law

[35] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, it is clear that a

joint une copie authentique de l’entente de prêt qui a été exécutée par Mystras Maritime et qui est assujettie au droit anglais. Il n’est pas contesté que, à l’époque pertinente, Mystras était la propriétaire enregistrée du *Lanner*. Ce document prévoit clairement l’existence d’une hypothèque.

[31] En vertu du paragraphe 3 de l’annexe 2 de l’entente de prêt intitulée « Documents de conditions préalables », Mystras a dû produire une preuve que l’hypothèque concernant le *Lanner* avait été dûment enregistrée à New York en conformité avec le droit libérien et constituait une garantie de rang prioritaire sur les navires.

[32] Mystras a également dû fournir une opinion juridique confirmant ceci (paragraphe 6 de ladite annexe). Ces conditions préalables devaient être satisfaites avant le débours du prêt ou elles devaient être fournies au plus tard 14 jours après la date de l’entente de prêt. Rien ne prouve qu’il y a eu manquement à cet égard et, en fait, on peut logiquement conclure que les documents produits comme pièce PS3 de l’affidavit de M^{me} Suvarnatemee ont été transmis aux demandresses en exécution de cette obligation.

[33] En outre, comme il a été mentionné, lorsque le droit étranger est pertinent, c’est une question de fait qui doit être établie. Comme il a été mentionné dans *Golden Trinity*, susmentionnée, et dans *Backman c. Canada*, [2000] 1 C.F. 555 (C.A.), aux paragraphes 38 à 41, conf. par [2001] 1 R.C.S. 367, « [s]i le droit étranger n’est pas plaidé et établi ou s’il est établi d’une façon insuffisante, il est présumé être le même que celui du tribunal saisi »³.

[34] Un examen des documents produits convainc la Cour que, en vertu du droit canadien, l’entente de prêt et l’hypothèque enregistrée sont valides. À l’instar du protonotaire, je suis convaincu que les demandresses ont établi le fondement de leur réclamation.

B) Le droit applicable

[35] Depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248, il est

maritime lien acquired under a foreign law will be recognized and may be enforced by the Federal Court. In coming to that conclusion, the Supreme Court of Canada recognized the substantive nature of maritime liens. But once the nature of the right has been assessed under its proper law, the priority to be given to that right will be assessed under Canadian law (*lex fori*).

[36] In ascertaining what proper law should be applied to determine whether a maritime lien exists, the Court must use Canadian rules of conflict of laws.

[37] Naturally, before doing this, the Court must ascertain that there are significant differences between Canadian and American law creating a conflict. There is no evidence that any other law might apply in this case.

[38] It is not disputed that the claimants are ship suppliers and that the supplies they provided are necessities. As mentioned, under Canadian law, such suppliers of necessities do not have the benefit of a maritime lien. They only have a statutory right *in rem*, sometimes referred to as a “statutory lien” (paragraph 25 of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.) and paragraph 22(2)(m) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 31] and subsection 43(3) [as am. *idem*, s. 40] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]), which ranks after a mortgage.

[39] It is common ground that under American law, an American supplier of necessities will benefit from a maritime lien even if the services were provided to the *Lanner* in a foreign port. The same will also apply if a foreign supplier uses an American agent to provide those services on his behalf. As was said, under the Canadian law of priority and ranking, such a lien would rank before the plaintiffs’ mortgage.⁴

clair qu’un privilège maritime acquis en vertu du droit étranger sera reconnu et pourra être exécuté par la Cour fédérale. En arrivant à cette conclusion, la Cour suprême du Canada a reconnu le caractère fondamental du privilège maritime. Mais, dès que la nature du droit a été évaluée en vertu du droit qui lui est applicable, la priorité qui doit être accordée à ce droit sera évaluée en vertu du droit canadien (*lex fori*).

[36] Pour déterminer quel droit devrait s’appliquer pour décider si un privilège maritime existe, la Cour doit se servir des règles canadiennes de droit international privé.

[37] Naturellement, avant de faire cela, la Cour doit vérifier s’il existe des différences importantes entre le droit canadien et le droit américain qui créent un conflit. Rien ne prouve qu’un autre droit pourrait s’appliquer en l’espèce.

[38] Il n’est pas contesté que les réclamantes sont des approvisionneuses de navires et que les approvisionnements qu’elles ont fournis sont essentiels. Comme il a été mentionné, en vertu du droit canadien, ces fournisseurs d’approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d’un privilège maritime. Ils ne détiennent qu’un droit réel prévu par la loi, parfois appelé « privilège d’origine législative » (paragraphe 25 de *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.), alinéa 22(2)m) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 31] et paragraphe 43(3) [mod., *idem*, art. 40] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]), lequel prend rang après une hypothèque.

[39] Il est reconnu que, en vertu du droit américain, un fournisseur d’approvisionnements nécessaires américain jouira d’un privilège maritime même si c’est dans un port étranger que les services ont été fournis au *Lanner*. Le même principe s’applique si un fournisseur étranger se sert d’un agent américain pour fournir ces services en son nom. Comme il a été mentionné, en vertu du droit canadien de priorité de rang, un tel privilège prend rang avant l’hypothèque des demanderesse⁴.

[40] The Court is satisfied that a conflict of laws arises with respect to these claims.

[41] There is a dispute between the parties as to whether American law actually provides for a maritime lien for necessities supplied directly by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port. The Court is not satisfied that the claimants have met their burden of establishing on a balance of probability that American law does grant a maritime lien for such services, even if it was the proper law to be applied. This issue will be discussed later.

[42] Finally, at the hearing, Kent Trade and Marine Fuels advised the Court that they now recognize that under American law, they would have no maritime lien on the *Lanner* for necessities provided to a sister ship of that vessel.⁵

[43] There is therefore no issue of conflict of laws arising with respect to those specific claims.

[44] That said, the claimants and the plaintiffs disagree as to what Canadian rule of conflict of laws the Court should apply to determine the law applicable to these claims.

[45] The Prothonotary found that he should adopt the approach taken by the Federal Court of Appeal in *Imperial Oil*, above, where Justice Arthur J. Stone applied the law that had the closest and most substantial connection with the supply of necessities.

[46] The Prothonotary chose this approach because there was no direct contractual relationship between the plaintiffs and the claimants and he felt bound to apply *Imperial Oil*, above. The Prothonotary did not accept the claimants' argument that *Imperial Oil*, above, should be distinguished on the ground that, in that case, the contracts were twice removed from the plaintiff shipowner⁶ whereas, here, the contract was made

[40] La Cour est convaincue que les présentes réclamations donnent lieu à un conflit de lois.

[41] Les parties ne s'entendent pas quant à savoir si le droit américain prévoit vraiment un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires livrés directement par un fournisseur étranger à l'égard d'un navire étranger dans un port étranger. La Cour n'est pas convaincue que les réclamantes ont établi selon la prépondérance des probabilités que le droit américain prévoit un privilège maritime pour de tels services, même si c'est le droit qu'il convient d'appliquer. Cette question sera discutée plus loin.

[42] Enfin, à l'audience, Kent Trade and Marine Fuels ont informé la Cour qu'elles reconnaissaient maintenant que, en vertu du droit américain, elles n'avaient aucun privilège maritime sur le *Lanner* quant aux approvisionnements nécessaires fournis à l'égard d'un navire jumeau de ce navire⁵.

[43] Par conséquent, ces réclamations particulières ne donnent lieu à aucun conflit de lois.

[44] Ceci étant dit, les réclamantes et les demanderessees ne s'entendent pas quant à savoir quelle règle du droit international privé canadien devrait s'appliquer pour déterminer le droit applicable à ces réclamations.

[45] Le protonotaire a conclu qu'il devrait adopter l'approche suivie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, dans lequel le juge Arthur J. Stone a appliqué le droit qui avait le lien le plus étroit et le plus important avec la fourniture d'approvisionnement nécessaires.

[46] Le protonotaire a choisi cette approche parce qu'il n'existait aucune relation contractuelle directe entre les demanderessees et les réclamantes et il s'est senti obligé d'appliquer l'arrêt *Imperial Oil*, précité. Le protonotaire n'a pas accepté l'argument des réclamantes que l'arrêt *Imperial Oil*, précité, devrait être distingué au motif que, dans cette cause, les contrats étaient éloignés à double niveau du propriétaire du navire demandeur⁶

directly between the claimants and the then-owner of the *Lanner*.

[47] In coming to this conclusion as to the appropriate rule of conflict, the Prothonotary found that in *Imperial Oil*, above, the Federal Court of Appeal was looking at a contractual situation and had decided to apply the rule of the closest and most substantial connection, which had also been adopted by the U.S. Supreme Court in *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) and had been described as a suitable guide in the application of maritime law generally by the U.S. Supreme Court in *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

[48] Applying this approach, he found that no connecting factor other than Ashland's residence in the U.S. linked the procurements by the claimants to the United States. He added at paragraph 61 that even considering Ashland's residence and the choice of law clauses in each of the contracts referred to by the claimants, the United States cannot be taken to be the jurisdiction with the closest and most substantial connection. In *Imperial Oil*, above, Justice Stone had indicated that the choice of law in the supply contract was not necessarily the most determining factor.

[49] The Prothonotary concluded that the claimants were not maritime lien holders against the balance of the proceeds of the judicial sale of the *Lanner*.

[50] The difficulty here lies in the fact that there are two ways of looking at this problem. Are we looking strictly at a matter of contract or is it a question of general maritime law where the "transaction" is the set of facts which, according to the proper law, will give rise to a maritime lien?

[51] The approach taken by the Prothonotary appears to be the right one when one considers the nature of maritime liens.

alors que, en l'espèce, le contrat a été conclu directement entre les réclamantes et le propriétaire de l'époque du *Lanner*.

[47] En arrivant à cette conclusion quant à la règle de conflit appropriée, le protonotaire a conclu que, dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, la Cour d'appel fédérale examinait une situation contractuelle et avait décidé d'appliquer la règle du lien le plus étroit et le plus important, règle qui avait également été adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) et qui avait été décrite par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959) comme étant, dans l'ensemble, un guide approprié dans l'application du droit maritime.

[48] Appliquant cette approche, il a conclu qu'aucun facteur de rattachement autre que la résidence de Ashland aux États-Unis ne liait les approvisionnements effectués par les réclamantes aux États-Unis. Il a ajouté, au paragraphe 61, que même en tenant compte de la résidence d'Ashland et du choix des clauses juridiques dans chacun des contrats mentionnés par les réclamantes, les États-Unis ne peuvent être considérés comme étant la juridiction ayant le lien le plus étroit et le plus important. Dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, le juge Stone a mentionné que le choix du droit applicable au contrat d'approvisionnement n'était pas nécessairement le facteur le plus déterminant.

[49] Le protonotaire a conclu que les réclamantes n'étaient titulaires d'aucun privilège maritime à l'égard du produit de la vente judiciaire du *Lanner*.

[50] La difficulté en l'espèce réside dans le fait qu'il y a deux façons d'examiner le problème. Examinons-nous uniquement une affaire de contrat ou une question de droit maritime général où la « transaction » est l'ensemble de faits qui, selon le droit applicable, donnera naissance à un privilège maritime?

[51] L'approche adoptée par le protonotaire semble être la bonne lorsqu'on examine la nature du privilège maritime.

[52] As mentioned by Justice Stone in *Imperial Oil*, above, at paragraph 23, “a maritime lien constitutes a bundle of rights rather than a single right”.

[53] In *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montréal, International Shipping Publication, 1998, at pages 59 and 60, Professor W. Tetley defines maritime liens as follows:

A traditional maritime lien is a secured right peculiar to maritime law (the *lex maritima*). It is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any Court action or any deed or any registration. It passes with the ship when the ship is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather, it fulfills the concept of a “privilege” under the civil law and the *lex mercatoria*.

[54] In *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave defines United States maritime liens as follows [at paragraph 90]:

My understanding of an American maritime lien is that it is a privilege in the form of a substantive right in property, a right against a given ship, travelling with the ship, unconditionally, until discharged and which is the foundation of an American *in rem* proceeding. Under the American theory of maritime liens the lien is separate and apart from the action in personam. . . . It is this substantive right, a right against a given ship, which the American maritime lien holder brings into Canada to enforce, procedurally under Canadian law, against the particular ship with which the lien is travelling. The lien is not a substantive right against or attached to any other ship.

[55] At paragraphs 26 and 27 of his decision in *Imperial Oil*, above, Justice Stone specifies that:

A maritime lien for claims of this nature arises by operation of law rather than from the fact that they may originate either in tort or in contract.

[52] Comme le juge Stone l’a mentionné dans l’arrêt *Imperial Oil*, précité, au paragraphe 23 : « un privilège maritime constitue non pas un seul droit, mais plutôt un ensemble de droits ».

[53] Dans *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., Montréal, International Shipping Publication, 1998, aux pages 59 et 60, le professeur W. Tetley définit le privilège maritime de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Le privilège maritime a été défini comme étant un droit garanti propre au droit maritime. Il s’agit d’un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu’une mesure judiciaire, la constitution d’un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire, qui ne connaît peut-être pas l’existence du privilège. En ce sens, le privilège maritime est un privilège secret qui n’a pas d’équivalent en common law; il correspond davantage à la notion de « priorité » du droit civil et de la *lex mercatoria*.

[54] Dans *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.*, [1999] A.C.F. n° 947 (1^{re} inst.) (QL), le protonotaire Hargrave définit les privilèges maritimes américains de la manière suivante [au paragraphe 90] :

Si je comprends bien, les privilèges maritimes américains sont un droit fondamental de propriété, un droit opposable à un navire donné, qui est rattaché au navire d’une façon inconditionnelle, et ce, tant qu’il n’est pas éteint; tel est le fondement de l’action réelle aux États-Unis. Selon la théorie américaine relative aux privilèges maritimes, le privilège est distinct de l’action personnelle [. . .] C’est ce droit fondamental, un droit opposable à un navire donné, que le titulaire américain d’un privilège maritime fait valoir au Canada, en se fondant sur la procédure prévue par la législation canadienne, contre le navire auquel ce privilège se rattache. Le privilège n’est pas un droit fondamental opposable à un autre navire ou se rattachant à un autre navire.

[55] Aux paragraphes 26 et 27 de la décision qu’il a rendue dans *Imperial Oil*, précité, le juge Stone précise ce qui suit :

Le privilège maritime relatif aux demandes de cette nature découle de l’effet de la loi plutôt que d’un délit ou d’un contrat.

The courts of the United States have recognized that the lien arises by operation of law.

[56] Strictly speaking, the ship is not a party to the contract for the supply of necessaries. Nevertheless, the law will create a substantive right against her in certain circumstances. For example, under American law, certain persons are presumed to have authority to procure such necessaries to the ship and a lien will arise when the necessaries are ordered by an owner from an American supplier or when an agent appointed by a charterer contracts for such supply with an American company.⁷

[57] In such a context, it is difficult to see why one should apply a rule of conflict which gives a determinative effect to the choice of law clause found in a contract between a shipowner acting through a managing agent, and a supplier when one does not give such a determinative effect to the choice of law clause in a contract between a demise charterer acting through its managing agent, and a supplier.

[58] In fact, the United States Court of Appeals in *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973), found that even though the lien holder (in that case a charterer) had a direct contract with the owner of the *Tequila* in respect of the damages resulting from a breach of the charter party, it should not apply American law simply because it was the law applicable to the charter party. In that respect, the Court said [at page 1026]:

Rainbow argues that the court below was correct in applying United States law because it was so intended by the parties to the charter. But maritime liens arise separately and independently from the agreement of the parties, and rights of third persons cannot be affected by the intent of the parties to the contract. . . .

[59] Even if it were clear that the parties intended to apply U.S. law to their contract,⁸ the United States Court

Les tribunaux des États-Unis ont reconnu que le privilège découle de l'effet de la loi.

[56] À vrai dire, le navire n'est pas partie au contrat de fourniture d'approvisionnements nécessaires. Néanmoins, le droit créera un droit fondamental à son égard dans certaines circonstances. Par exemple, en vertu du droit américain, certaines personnes sont présumées avoir le pouvoir de se procurer les approvisionnements nécessaires à l'égard d'un navire et un privilège naîtra lorsque les approvisionnements nécessaires seront commandés par un propriétaire à un fournisseur américain ou lorsqu'un agent nommé par un affréteur conclura un contrat quant à ces approvisionnements avec une société américaine⁷.

[57] Dans ce contexte, il est difficile de voir pourquoi on devrait appliquer une règle de conflit qui donne un effet déterminant au choix du droit applicable figurant dans un contrat entre un propriétaire de navire agissant par l'intermédiaire d'un directeur non fondé de pouvoir, et un fournisseur, lorsqu'on ne donne pas un effet déterminant au choix du droit applicable dans un contrat entre un affréteur à coque nue agissant par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir et un fournisseur.

[58] En fait, la Cour d'appel des États-Unis dans *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973) a conclu que même si le titulaire du privilège (dans cette cause il s'agissait d'un affréteur) avait un contrat direct avec le propriétaire du *Tequila* quant aux dommages résultant d'un manquement à la charte-partie, elle ne devrait pas appliquer le droit américain simplement parce que c'était le droit applicable à la charte-partie. À cet égard, la Cour a affirmé ce qui suit [à la page 1026] :

[TRADUCTION] Rainbow prétend que la cour d'instance inférieure a eu raison d'appliquer le droit américain parce que c'était ce que voulaient les parties à l'affrètement. Mais les privilèges maritimes naissent séparément et indépendamment de l'accord intervenu entre les parties et les droits des tierces parties ne peuvent être touchés par l'intention des parties au contrat [. . .]

[59] Même s'il était clair que les parties voulaient que le droit américain s'applique à leur contrat⁸, la Cour

of Appeals proceeded to examine the factors described in *Lauritzen* by the Supreme Court of the United States for ascertaining which law had the closest connection to the transaction. This is exactly what was done by the Federal Court of Appeal in *Imperial Oil*, above. This was the approach taken by the Prothonotary.

[60] But the claimants argue that, all along, Justice Stone meant to apply the rule of conflict of laws applicable to contracts (paragraphs 28 and 29 of the decision). In doing so, he recognized the validity of the rule of conflict set out in the decision of the Federal Court of Appeal in *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.) and applied by Justice Dubé in *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2001] 3 F.C. 41 (T.D.), at paragraph 34. Such rule is described as follows in *Richardson*, above, at paragraph 34:

1. Where the parties expressly or by implication choose the system of law that is to govern the contract, that will normally be held to be the proper law of the contract.
2. Where the parties have not chosen the proper law, the court determines, in light of all the circumstances, the system of law with which the contract has the closest and most real connection.

[61] In *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2002] 4 F.C. 80 (C.A.), at paragraphs 27 and 28, the Federal Court of Appeal referred to its then recent decision in *Imperial Oil*, above, and found that that case confirmed the applicability of the usual rules for determining the proper law of a contract.

[62] In *Richardson*, above, the Court of Appeal confirmed Justice Dubé's finding that the contract under which the necessities were provided contained an express choice of law and found that, in any event, if he was wrong on this point, the parties should be taken to have implicitly chosen to apply American law to their contract when they agreed to arbitrate their dispute in Seattle, Washington, U.S.A.

d'appel des États-Unis a examiné les facteurs décrits dans *Lauritzen* par la Cour suprême des États-Unis pour déterminer quel droit avait les liens les plus étroits avec la transaction. C'est exactement ce qu'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Imperial Oil*, précité. C'est l'approche adoptée par le protonotaire.

[60] Mais les réclamantes prétendent que, depuis le début, le juge Stone voulait appliquer la règle concernant les conflits de lois applicables aux contrats (paragraphes 28 et 29 de la décision). Ce faisant, il a reconnu la validité de la règle de conflit mentionnée dans la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL) et appliquée par le juge Dubé dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2001] 3 C.F. 41 (1^{re} inst.), au paragraphe 34. Cette règle est décrite de la façon suivante dans *Richardson*, précité, au paragraphe 34 :

1. Si les parties choisissent expressément ou implicitement le système de droit qui doit régir le contrat, le droit existant selon ce système sera normalement considéré comme étant celui qui s'applique au contrat.
2. Si les parties n'ont pas choisi le droit applicable, la cour détermine, eu égard aux circonstances dans leur ensemble, le système de droit dont le contrat se rapproche réellement le plus.

[61] Dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002] 4 C.F. 80 (C.A.), aux paragraphes 27 et 28, la Cour d'appel fédérale a renvoyé à la décision qu'elle venait de rendre dans *Imperial Oil*, précité, et a conclu que l'arrêt confirmait l'applicabilité des règles habituelles servant à déterminer le droit applicable au contrat.

[62] Dans *Richardson*, précité, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge Dubé que le contrat en vertu duquel les approvisionnements nécessaires ont été fournis comprenait un choix exprès du droit applicable et a conclu que, quoi qu'il en soit, s'il avait tort sur ce point, on devait tenir pour acquis que les parties avaient choisi implicitement d'appliquer le droit américain à leur contrat lorsqu'elles ont convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage à Seattle (Washington), États-Unis.

[63] In *Richardson*, above, it is clear that the American supplier never contracted with the owner of the *Mys Chikhacheva*. Its contract was with the demise charterer like in *Imperial Oil*, above.

[64] At first glance, these decisions appear contradictory for Justice Stone expressly found that the choice of law in the supply contract with the demise charterer was only one factor among many to consider. He stated that the Court should still go on to examine all the factors to determine the law that has the closest and most substantial connection to the transaction.

[65] Although the Court is not bound by American precedents, it can, as mentioned by Justice Stone, still be useful to review them and look at the reasoning adopted to determine the rule of conflict applicable to maritime liens.

[66] There is no decision of the U.S. Supreme Court directly on this point. As mentioned in *Rainbow*, above, the U.S. Court of Appeals (Second Circuit) found that the approach set out by the U.S. Supreme Court in *Lauritzen*, above, should apply even when the contract from which the lien arises contains a choice of law.

[67] The claimants relied heavily on the decision of the U.S. Court of Appeals in *Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV*, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002). This decision deals with two consolidated appeals involving the interpretation of a choice of law provision in an insurance contract (P&I [protection and indemnity] cover). The essential question in both cases was how to construe the choice of law clause and whether English or American law was chosen to determine the existence of a maritime lien for unpaid insurance premiums.⁹

[63] Dans *Richardson*, précité, il est clair que le fournisseur américain n'a jamais conclu de contrat avec le propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Son contrat avait été conclu avec l'affrètement en coque nue comme dans *Imperial Oil*, précité.

[64] À première vue, ces décisions semblent se contredire car le juge Stone a expressément conclu que le choix du droit applicable dans le contrat d'approvisionnement conclu avec l'affrètement en coque nue n'était qu'un facteur parmi tant d'autres dont il fallait tenir compte. Il a déclaré que la Cour devrait continuer à examiner l'ensemble des facteurs pour déterminer quel droit a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction.

[65] Bien que la Cour ne soit pas liée par la jurisprudence américaine, comme l'a mentionné le juge Stone, il peut toujours être utile de la consulter et d'examiner le raisonnement qui a été adopté pour déterminer la règle de conflit applicable au privilège maritime.

[66] La Cour suprême des États-Unis n'a rendu aucune décision précise sur ce point. Comme il a été mentionné dans *Rainbow*, précité, la Cour d'appel des États-Unis (Deuxième Circuit) a conclu que l'approche décrite par la Cour suprême des États-Unis dans *Lauritzen*, précité, devrait s'appliquer même lorsque le contrat qui a donné naissance au privilège comprend une disposition portant sur le choix du droit applicable.

[67] Les réclamantes se sont largement inspirées de la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis dans *Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV*, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002). Cette décision porte sur deux appels réunis comportant l'interprétation d'une clause concernant la désignation du droit applicable dans un contrat d'assurance (couverture de protection et d'indemnités). La question essentielle dans les deux causes était de savoir comment interpréter la clause concernant la désignation du droit applicable et de savoir si le droit anglais ou américain avait été choisi pour déterminer l'existence d'un privilège maritime quant aux primes d'assurance impayées⁹.

[68] In the *Queen of Leman*, the U.S. Court of Appeals did not specifically refer to the decision in *Rainbow*. The party contesting the application of the express choice of law was relying on *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981).¹⁰ The Court said the following in respect of this decision [at page 355]:

Interforce relies primarily, but unpersuasively, on *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981). It characterizes *Gulf Trading* as holding that because a maritime lien arises by operation of law, not by contract, the P&I choice of law provisions do not bind those who are not parties to the contract. *Gulf Trading*, however, does not control the outcome here. In that case, the court applied a conflict of laws analysis to the issue of a maritime lien. *Id.* at 367-68. In doing so, it declined to use the conflicts analysis appropriate to contracts, see Restatement (Second) Conflicts of Law § 188, noting that the maritime lien was not contractual in nature. *Id.* at 366-68. Importantly, however, it noted that the contract at issue there did not have a choice of law provision governing the existence of a maritime lien. *Id.* at 368. In light of this distinction with the present case, we decline to read *Gulf Trading* as invalidating the parties' decision in the P&I rules to apply local law to the issue of the existence of a maritime lien. See also *Arochem Corp. v. Wilomi, Inc.*, 962 F.2d 496, 498-99 (5th Cir. 1992) (applying conflicts analysis in absence of any indication that contract dictated choice of law for existence of maritime lien).

[69] It is evident that the U.S. Court of Appeals in *Queen of Leman*, could not so easily have distinguished the decision in *Rainbow*.

[70] By simply applying the choice of law made by the two parties to the contract, one is in fact permitting such parties to do indirectly what they could not do directly, that is create a maritime lien that will be opposable to third parties and may well outrank them.

[71] Courts respect and enforce the choice of a law provisions because the parties must not be allowed to

[68] Dans l'arrêt *Queen of Leman*, la Cour d'appel des États-Unis n'a pas mentionné précisément la décision rendue dans *Rainbow*. La partie qui contestait l'application du choix exprès quant au droit applicable invoquait *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981)¹⁰. La Cour a affirmé ce qui suit en rapport avec cette décision [à la page 355] :

[TRADUCTION] Interforce invoque surtout, de façon peu convaincante, *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981). Elle décrit *Gulf Trading* comme jugeant que parce qu'un privilège maritime naît en application de la loi, non pas de l'application d'un contrat, les clauses concernant la désignation du droit applicable à la protection et aux indemnités ne lient pas ceux qui ne sont pas parties au contrat. *Gulf Trading*, toutefois, ne contrôle pas l'issue en l'espèce. Dans cette cause, la cour a appliqué une analyse du conflit des lois à la question d'un privilège maritime. *Id.* p. 367 et 368. Ce faisant, elle a refusé d'utiliser l'analyse des conflits appropriée aux contrats, voir Restatement (Second) Conflicts of Law § 188, soulignant que le privilège maritime n'est pas de nature contractuelle. *Id.* p. 366 et 368. Toutefois, plus important encore, elle a souligné que le contrat en litige dans cette cause ne comprenait pas de clause concernant la désignation du droit applicable régissant l'existence d'un privilège maritime. *Id.* p. 368. Compte tenu de cette distinction d'avec la présente cause, nous refusons d'interpréter *Gulf Trading* comme invalidant la décision des parties dans les règlements de la protection et des indemnités d'appliquer le droit local à la question de l'existence d'un privilège maritime. Voir également *Arochem Corp. v. Wilomi, Inc.*, 962 F.2d 496, 498-99 (5th Cir. 1992) (appliquant l'analyse des conflits en l'absence d'indication que le contrat désignait le droit applicable quant à l'existence d'un privilège maritime).

[69] Il est évident que la Cour d'appel des États-Unis dans *Queen of Leman*, n'aurait pas pu distinguer aussi facilement la décision rendue dans *Rainbow*.

[70] En appliquant tout simplement le choix du droit applicable fait par les deux parties au contrat, on se trouve en fait à permettre à ces parties de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement, c'est-à-dire créer un privilège maritime qui sera opposable aux tiers et qui pourra même les supplanter dans leur rang.

[71] Les cours de justice respectent et appliquent les dispositions concernant la désignation du droit

renew on their bargain. It is difficult to understand how this justification applies when one deals with a substantive right granted against a fictive person, i.e. a ship which is not a party to the contract, and which will affect third parties that have nothing to do with this contract.

[72] Based on the foregoing, the Court would have adopted the approach taken by Prothonotary Morneau. But, the Court is bound by *Richardson*, and the general view taken by the Federal Court of Appeal that the rule of conflict applicable to determine the proper law of a maritime lien is the rule of conflict applicable to determine the proper law of the contract.

[73] Although the claimants have argued their case on the basis that they have a contract directly with the shipowner through its managing agent, the evidence they filed in support of that contention is not clear. In fact, none of the affiants actually aver that they have contracted with the shipowner. It appears from some of the documentation attached to the affidavits that the supplies were ordered by Arrow Ltd. and that in certain cases receipts were signed by the master of the vessel.

[74] The contract between Arrow Ltd. and the ship owner is not before the Court.¹¹ There is no evidence as to whether or not the *Lanner* was under charter at any of the relevant times when those supplies were delivered to the vessel. The various invoices filed in support of the claims are vaguely addressed to a number of parties:

Kent Trade: Master and Owners and/or Charterers and/or Operators and/or Managers and/or Disponent Owners of M/V *Hobby* and Arrow Co. Ltd.;

Marine Fuels: M/V *Lanner* and/or Owners / Managing Owners / Operators / Managers / Disponent Owners / Charterers and Arrow Co. Ltd.;

applicable parce que les parties ne doivent pas avoir le droit de renier le marché qu'elles ont conclu. Il est difficile de comprendre comment cette justification s'applique lorsque l'on a affaire à un droit formel accordé contre une personne fictive, c'est-à-dire un navire qui n'est pas partie au contrat, et qui touchera les tiers qui n'ont rien à voir avec ce contrat.

[72] À la lumière de ce qui précède, la Cour aurait adopté l'approche adoptée par le protonotaire Morneau. Mais, la Cour est liée par *Richardson*, et par l'opinion générale adoptée par la Cour d'appel fédérale que la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable au contrat.

[73] Bien que les réclamantes aient plaidé leur cause en faisant valoir qu'elles ont conclu un contrat directement avec le propriétaire du navire par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir, la preuve qu'elles ont déposée à l'appui de cet argument n'est pas claire. En fait, aucun des souscripteurs d'affidavit n'affirme vraiment qu'il a conclu un contrat avec le propriétaire du navire. Il ressort de certains des documents joints aux affidavits que les approvisionnements ont été commandés par Arrow Ltd. et que dans certains cas des reçus ont été signés par le maître du navire.

[74] Le contrat conclu entre Arrow Ltd. et le propriétaire du navire n'a pas été soumis à la Cour¹¹. Rien ne permet de savoir si le *Lanner* faisait l'objet d'une charte-partie aux moments où ces approvisionnements ont été livrés au navire. Les diverses factures déposées à l'appui des réclamations ont été vaguement adressées à un certain nombre de parties :

Kent Trade : Capitaine et propriétaires et (ou) Affréteurs et (ou) Exploitants et (ou) Gestionnaires et (ou) Armateur-disposant du M/V *Hobby* et Arrow Co. Ltd.;

Marine Fuels : M/V *Lanner* et (ou) Propriétaires / armateurs titulaires / Exploitants / Gestionnaires / Armateur-disposant / Affréteurs et Arrow Co. Ltd.;

Praxis: M/V *Lanner* and/or Master and/or Owners and/or Managers and/or Operators and/or Aran Shipping & Trading S.A. and/or Pegasus Ocean Services Ltd. and/or Arrow Co. Ltd.;

Ashland and CP3500: Arrow Co. Ltd.

[75] Like Justice Stone in *Imperial Oil*, I find that this evidence is insufficient to establish that the shipowner was personally liable under the contract. But this point is only material to the determination of the applicable rule of conflict of law. It points toward the application of the approach taken in *Imperial Oil*; it does not affect the substantive right created under American law.

[76] In effect, like Mr. de Klerk, the expert on American law produced by the claimants, I find no reason to believe that in these particular cases the necessities were not ordered by a person presumed to have authority to procure such necessities and thus to create a right against the vessel.

[77] Having considered the two expert affidavits, the Court finds that Ashland, the American supplier, has a lien under American law and that in respect of this transaction, American law is the proper law to be applied whether one looks only at the express choice of law or one weights all the factors considered in *Imperial Oil* and in *Richardson*, which includes the residence of the supplier and the choice of law in the contract with such supplier.

[78] The same conclusion applies to the supply of fuel by Praxis at Charleston in the United States. Here again, the Court is prepared to accept that American law would apply either because of the express choice of law or as the law having the closest connection with the transaction because of the relative weight I give to the fact that the supplies were provided in the United States under a contract which expressly provides for the

Praxis : M/V *Lanner* et (ou) Capitaine et (ou) Propriétaires et (ou) Gestionnaires et (ou) Exploitants et (ou) Aran Shipping & Trading S.A. et (ou) Pegasus Ocean Services Ltd. et (ou) Arrow Co. Ltd.;

Ashland et CP3500 : Arrow Co. Ltd.

[75] À l'instar du juge Stone dans *Imperial Oil*, je conclus que ces éléments de preuve ne suffisent pas à établir que la responsabilité personnelle du propriétaire du navire était engagée en vertu du contrat. Mais ce point n'est important que pour la question de savoir quelle est la règle de conflit de loi qui est applicable. Il fait pencher la balance du côté de l'application de l'approche adoptée dans l'arrêt *Imperial Oil*; il n'a aucune incidence sur le droit formel créé en vertu du droit américain.

[76] En effet, à l'instar de M. de Klerk, l'expert en droit américain produit par les réclamantes, je ne vois aucune raison de croire que dans ces cas particuliers les approvisionnements nécessaires n'ont pas été commandés par une personne présumée avoir le pouvoir de se procurer ces approvisionnements nécessaires et par conséquent de créer un droit sur le navire.

[77] Après examen des deux affidavits d'expert, la Cour conclut que Ashland, le fournisseur américain, est titulaire d'un privilège en vertu du droit américain et que, en ce qui concerne cette transaction, le droit américain est le droit qu'il convient d'appliquer que l'on ne tienne compte que du choix exprès quant au droit applicable ou que l'on apprécie tous les facteurs examinés dans les arrêts *Imperial Oil* et *Richardson*, lesquels comprennent la résidence du fournisseur et le choix du droit applicable dans le contrat conclu avec le fournisseur.

[78] La même conclusion s'applique à la fourniture de carburant par Praxis à Charleston (États-Unis). Ici encore, la Cour est prête à accepter que le droit américain s'applique, soit en raison du choix exprès du droit applicable, soit parce qu'il s'agit du droit le plus étroitement lié à la transaction en raison de l'importance relative que j'accorde au fait que les approvisionnements nécessaires ont été fournis aux États-Unis en vertu

application of that law.

[79] In respect of those two claims, the Court cannot agree with the analysis of the Prothonotary as to the law applicable to the determination of the maritime lien.

[80] With respect to *Kent Trade* (supply to the *Lanner* only), CP3500 and *Praxis* (supplies outside of the U.S.), the Court agrees with the analysis of the Prothonotary that American law is not the law that has the closest and most substantial connection with the transaction.

[81] Furthermore, in respect of those claims as mentioned earlier, even if the Court was to apply American law simply because of the express choice of law in those contracts,¹² the Court finds that those claimants have failed to establish by preponderance of evidence that their claims give rise to a maritime lien under such law.

[82] In coming to that conclusion, the Court has very carefully examined the affidavit of both experts and gives more weight to the evidence of Mr. Juska that American law does not provide for a lien with respect to necessities provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

[83] The affidavit of Mr. de Klerk is more general and vague when it touches on issues where the claimants' rights appear to be weaker. For example, it is evident from a review of the affidavit filed in support of *Kent Trade's* claim that such claim includes the supplies provided to the *Hobby*.

[84] In his affidavit, Mr. de Klerk deals generally with the claims of *Ashland*, *Praxis*, *Kent Trade* and CP3500. Even though the invoices relating to the services provided to the *Hobby* are included as part of the claim of *Kent Trade*, he does not expressly state that he excludes those services from the ambit of his opinion. The only way one is alerted to the fact that these

d'un contrat qui prévoit expressément que c'est le droit américain qui s'applique.

[79] Quant à ces deux réclamations, la Cour ne peut pas souscrire à l'analyse du protonotaire quant au droit qu'il convient d'appliquer en rapport avec la détermination du privilège maritime.

[80] En ce qui concerne *Kent Trade* (elle n'a approvisionné que le *Lanner*), CP3500 et *Praxis* (elle a fourni des approvisionnements à l'extérieur des États-Unis), la Cour souscrit à l'analyse du protonotaire que le droit américain n'est pas le droit qui a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction.

[81] De plus, comme il a déjà été mentionné en rapport avec ces réclamations, même si la Cour devait appliquer le droit américain simplement en raison du choix exprès du droit applicable formulé dans ces contrats¹², la Cour estime que les réclamantes n'ont pas réussi à établir par prépondérance de la preuve que leurs réclamations donnent naissance à un privilège maritime en vertu de ce droit.

[82] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a examiné très attentivement l'affidavit des deux experts et accorde plus d'importance au témoignage de M. Juska selon lequel le droit américain ne prévoit aucun privilège en rapport avec les approvisionnements nécessaires livrés par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un port étranger.

[83] L'affidavit de M. de Klerk est plus général et plus vague lorsqu'il a trait à des questions où le droit des réclamantes semble plus faible. Par exemple, il ressort clairement de l'examen de l'affidavit déposé à l'appui de la réclamation de *Kent Trade* que cette réclamation comprend les approvisionnements fournis au *Hobby*.

[84] Dans son affidavit, M. de Klerk traite d'une manière générale des réclamations de *Ashland*, *Praxis*, *Kent Trade* et CP3500. Même si les factures ayant trait aux services fournis au *Hobby* font partie de la réclamation de *Kent Trade*, M. de Klerk ne mentionne pas expressément qu'il exclut les services de la portée de son opinion. Le seul avertissement du fait que ces

services may be excluded is that in the last sentence of paragraph 5, Mr. de Klerk states:

In my opinion, these four claimants have a maritime lien pursuant to the laws of the United States against the M/V LANNER for necessities provided to the vessel. [My emphasis.]

[85] In the same manner, the affidavit is not specific when it states at paragraph 15 that: “even if the necessities are not actually delivered in the United States, their supply is still accorded lien status, where the parties have chosen to apply United States law”. The affiant does not say whether this statement applies to all cases of foreign supply including those by foreign suppliers to foreign ships.

[86] As noted by Mr. Juska, the only case referred to by Mr. de Klerk to support this statement at paragraph 15 is *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D.M. 1996). This case does involve the supply of necessities outside of the United States but those necessities were provided by an American supplier.

[87] The main premise of Mr. de Klerk’s opinion is that American courts will give effect to the choice of law clauses in the supply contracts. This is a general concept that is firmly established but was apparently only recently applied in a context involving a maritime lien. Mr. de Klerk relies on the U.S. Court of Appeals decision in the *Queen of Leman*.¹³

[88] But in that case, the U.S. Court of Appeals never considered the issue of whether American law provides for a lien when these necessities are supplied by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign country.¹⁴

services peuvent être exclus se trouve dans la dernière phrase du paragraphe 5, où M. de Klerk affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Selon moi, ces quatre réclamantes sont titulaires d’un privilège maritime en vertu des lois des États-Unis à l’égard du M/V LANNER quant aux approvisionnements nécessaires fournis à l’égard de ce navire. [Non souligné dans l’original.]

[85] De même, l’affidavit n’est pas précis lorsqu’il y est mentionné ce qui suit au paragraphe 15 : [TRADUCTION] « même si les approvisionnements nécessaires ne sont pas vraiment livrés aux États-Unis, leur fourniture possède toujours le statut de privilège, lorsque les parties ont choisi d’appliquer le droit des États-Unis ». Le souscripteur d’affidavit ne dit pas si cette déclaration s’applique à tous les cas de fourniture à l’étranger, notamment les fournitures effectuées à l’étranger par des fournisseurs étrangers à des navires étrangers.

[86] Comme il a été souligné par M. Juska, la seule cause à laquelle M. de Klerk a fait renvoi à l’appui de cette déclaration au paragraphe 15 est *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D.M. 1996). Cette cause porte principalement sur la fourniture d’approvisionnements nécessaires à l’extérieur des États-Unis mais ces approvisionnements nécessaires ont été livrés par un fournisseur américain.

[87] La prémisse principale de l’opinion de M. de Klerk est que les cours de justice américaines donneront effet aux clauses concernant la désignation du droit applicable dans les contrats d’approvisionnement. Il s’agit d’un concept général qui est bien établi mais qui, apparemment, n’a été appliqué que récemment dans un contexte de privilège maritime. M. de Klerk invoque la décision rendue par la Cour d’appel des États-Unis dans l’arrêt *Queen of Leman*.¹³

[88] Mais dans cette cause, la Cour d’appel des États-Unis n’a jamais examiné la question de savoir si le droit américain prévoit l’existence d’un privilège lorsque ces approvisionnements nécessaires sont livrés par un fournisseur étranger à l’égard d’un navire étranger dans un pays étranger¹⁴.

[89] In contrast, Mr. Juska's evidence is very specific. At paragraphs 11-14, he explains why in his view, even if one gives effect to the choice of law clauses, this does not mean that all the claimants would have a maritime lien. He cites the decision of the U.S. Court of Appeals in *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992) where the Court said [at page 617]:

Alternatively, Trinidad argues that the *in rem* action against the *Camilla* was permissible under Rule C(1)(b), pursuant to the Maritime Lien Act, 46 U.S.C. § 31342 (1990). We reject that argument for two reasons. First, § 31342 does not provide for a maritime lien for goods and services supplied by a foreign plaintiff to foreign flag vessels in foreign ports. *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42, 46 (1st Cir.1986); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F.Supp. 1542, 1545-46 (S.D.Fla.1989). In the present case, it is undisputed that all of the parties and the vessel are foreign, and the repairs to the vessel were furnished in a foreign port. Accordingly, Trinidad has no lien under § 31342.

[90] More recently in *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D. Va. 2003), at page 641, note 2, the Court noted:

The existence of a lien is not a foregone conclusion even if American law applies. The court notes that this case involves a contract amongst foreign parties, over a foreign ship, regarding transactions that occurred in foreign ports. There is case law holding that a lien does not arise under such circumstances. See *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. CAMILLA*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992).

[91] Mr. Juska's opinion was also accurate when he said that there is no maritime lien for supplies provided to a sister ship. This was acknowledged by the claimants.

[92] The claimants argue that the Court should accept Mr. de Klerk's opinion because his evidence was accepted by Justice Blais in *Kirgan Holding S.A. v.*

[89] Au contraire, le témoignage de M. Juska est très précis. Aux paragraphes 11 à 14, il explique pourquoi, selon lui, même si on donne effet aux clauses concernant la désignation du droit applicable, cela ne signifie pas que toutes les réclamantes seraient titulaires d'un privilège maritime. Il invoque la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis dans *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir.1992) dans laquelle la Cour a affirmé ce qui suit [à la page 617] :

[TRADUCTION] Subsidiairement, Trinidad prétend que l'action réelle contre le *Camilla* était permise en vertu de la Règle C(1)(b), en conformité avec le Maritime Lien Act, 46 U.S.C. § 31342 (1990). Nous rejetons cet argument pour deux raisons. Premièrement, § 31342 ne prévoit aucun privilège maritime pour les biens et services fournis par un demandeur étranger à des navires battant pavillon étranger dans des ports étrangers. *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42, 46 (1st Cir.1986); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F.Supp. 1542, 1545-46 (S.D.Fla.1989). En l'espèce, il n'est pas contesté que toutes les parties et les navires sont étrangers, et les réparations au navire ont été effectuées dans un port étranger. Par conséquent, Trinidad ne possède aucun privilège en vertu de § 31342.

[90] Plus récemment, dans *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D. Va. 2003), à la page 641, note 2, la Cour a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION] L'existence d'un privilège n'est pas assurée même si le droit américain s'applique. La Cour souligne que la présente cause concerne un contrat conclu entre des parties étrangères en rapport avec un navire étranger concernant des transactions qui se sont produites dans des ports étrangers. Il existe une jurisprudence selon laquelle aucun privilège ne naît dans de telles circonstances. Voir *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. CAMILLA*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992).

[91] L'opinion de M. Juska était également juste lorsqu'il a affirmé qu'il n'existe aucun privilège maritime pour des approvisionnements fournis à un navire jumeau. Cela a été reconnu par les réclamantes.

[92] Les réclamantes prétendent que la Cour devrait accepter l'opinion de M. de Klerk parce que son témoignage a été accepté par le juge Blais dans *Kirgan*

Panamax Leader (The) (2002), 225 F.T.R. 273 (F.C.T.D.), a case where the supplier was foreign, the ship was foreign and the supply was made in a foreign port.

[93] As I said at the hearing, those issues are issues of fact which depend entirely on the evidence before the Court. It may well be that Mr. de Klerk's opinion in that case was more detailed or that the affidavit in reply to his evidence was different. It may be that this specific point was not raised.

[94] The Court is bound to make its own detailed analysis of the evidence before it. I have done so and decided that these foreign claimants have not clearly established by preponderance of evidence that they have a maritime lien under American law for the specific services rendered to the *Lanner* outside of the United States.

(C) Should the Court depart from the normal order of priorities

[95] Thus, apart from Ashland's claim and Praxis' claim with respect to the services provided at Charleston, none of the claimants would normally rank before the plaintiffs' mortgage.

[96] The claimants argue that the plaintiffs were negligent in failing to realize on their securities without undue delay and that the inordinate delay between the first event of default in February 2002 and the time the vessel was arrested by the bank in March 2003 constitutes a special circumstance which justifies the Court to conduct an equity-based arrangement in which all the other claimants would rank before the plaintiffs' claim.

[97] Here again, there is no dispute that the Prothonotary's refusal to reorder priorities is a question vital to the final issue of this matter (*Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)* (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.)).

[98] The Court reviewed this issue *de novo* and came to the same conclusion as the Prothonotary that this is

Holder S.A. c. Panamax Leader (Le), 2002 CFPI 1235, une cause dans laquelle le fournisseur était étranger, le navire était étranger et l'approvisionnement a été effectué dans un port étranger.

[93] Comme je l'ai affirmé à l'audience, il s'agit de questions de fait qui dépendent entièrement de la preuve soumise à la Cour. Il se peut fort bien que l'opinion de M. de Klerk dans cette cause était plus détaillée ou que l'affidavit en réponse était différent. Il se peut que ce point précis n'ait pas été soulevé.

[94] La Cour est tenue de faire sa propre analyse détaillée de la preuve dont elle est saisie. C'est ce que j'ai fait et j'ai décidé que ces réclamantes étrangères n'ont pas clairement établi par prépondérance de la preuve qu'elles sont titulaires d'un privilège maritime en vertu du droit américain quant aux services particuliers rendus au *Lanner* à l'extérieur des États-Unis.

C) La Cour devrait-elle s'écarter de l'ordre traditionnel des priorités?

[95] Donc, à l'exception des réclamations de Ashland et de Praxis concernant les services fournis à Charleston, aucune des réclamantes ne prendrait normalement rang avant l'hypothèque des demanderesse.

[96] Les réclamantes prétendent que les demanderesse ont été négligentes en ne réalisant pas leurs garanties dans les meilleurs délais et que le délai inacceptable entre le premier manquement en février 2002 et le moment où le navire a été saisi par la banque en mars 2003 constitue une circonstance spéciale qui fonde la Cour à établir une entente fondée sur l'équité dans laquelle les autres réclamantes prendraient rang avant la réclamation des demanderesse.

[97] Ici encore, nul ne conteste que le refus du protonotaire de reclasser les rangs de priorité est une question déterminante pour l'issue de la présente affaire (*Scott Steel Ltd. c. Alarissa (Le)*, [1997] A.C.F. n° 139 (1^{re} inst.) (QL)).

[98] La Cour a examiné cette question *de novo* et a tiré la même conclusion que le protonotaire qu'il ne

not a case where judicial discretion based on equity should be exercised in favor of the claimants. The decision of the Prothonotary is very well articulated and the Court adopts the views expressed at paragraphs 80-91.

[99] The Court also agrees with Professor William Tetley who noted in *Maritime Liens and Claims*, at pages 855 and 856 that Courts should use their discretion in that respect with great prudence.

[100] The claimants have relied almost entirely on the simple fact that several months elapsed between the first technical event of default and the arrest of the ship by the plaintiffs. There is no evidence that, because of the services they rendered, the plaintiffs were able to receive additional payments from the owner of the *Lanner*. In fact, it appears that the plaintiffs did not receive any money from the borrowers until they executed their securities.

[101] There is no evidence that the supplies of necessaries in this case increased the value of the ship. There is no evidence that the plaintiffs knew that the borrowers were in a situation that could not be rectified with time.

[102] The claimants have simply failed to meet their burden of establishing very special circumstances which warranted departure from the law-established order of priorities to prevent an obvious injustice.

(D) Costs

[103] As mentioned, the Court agrees that Ashland and Praxis with respect to the services supplied at Charleston, U.S.A., are entitled to be paid in priority to the plaintiffs' mortgage. Because of the divided success of the appeal and considering the state of the law with respect to the issues raised in this matter, the Court finds that each party should support its own costs.

s'agit pas d'un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire fondé sur l'équité devrait être exercé en faveur des réclamantes. La décision du protonotaire est très bien formulée et la Cour adopte les opinions exprimées aux paragraphes 80 à 91.

[99] La Cour est également d'accord avec le professeur William Tetley qui a souligné dans *Maritime Liens and Claims*, aux pages 855 et 856, que les cours de justice devraient utiliser leur pouvoir discrétionnaire à cet égard avec grande prudence.

[100] Les réclamantes ont invoqué presque uniquement le simple fait que de nombreux mois se sont écoulés entre le premier manquement technique et la saisie du navire par les demanderesse. Rien ne prouve que, en raison des services rendus, les demanderesse ont pu recevoir des paiements additionnels de la part du propriétaire du *Lanner*. En fait, il semble que les demanderesse n'ont reçu un montant d'argent de la part des emprunteurs que lorsqu'elles ont réalisé leurs garanties.

[101] Rien ne prouve que les fournitures d'approvisionnement nécessaires en l'espèce ont augmenté la valeur du navire. Rien ne prouve que les demanderesse savaient que les emprunteurs se trouvaient dans une situation qui ne pouvait pas être corrigée avec le temps.

[102] Les réclamantes n'ont tout simplement pas réussi à s'acquitter de l'obligation qu'elles avaient d'établir l'existence de circonstances très particulières justifiant la dérogation à l'ordre de priorité établi par la loi afin d'empêcher une injustice évidente.

D) Les dépens

[103] Comme il a été mentionné, la Cour convient que Ashland et Praxis, en rapport avec les services fournis à Charleston (É.-U.), ont le droit d'être payées avant l'hypothèque des demanderesse. Compte tenu que l'appel n'a été accueilli qu'en partie et compte tenu de l'état du droit concernant les questions soulevées dans la présente affaire, la Cour conclut que chacune des parties devrait assumer ses propres dépens.

[104] With respect to costs awarded by the Prothonotary, the Court agrees with the claimants that in the particular circumstances of this case where the caveat releases were not transferred from T-470-03 and the claimants were not made parties to the proceedings, the Prothonotary should not have awarded costs against them.

[105] In the future, the parties to the action should ensure that claimants who file claims against the proceeds of a sale have either filed a caveat release or have been made a party (amending the style of cause). If they have not, the matter should be brought to the attention of the Court so that claimants do not take undue advantage of the situation to avoid payment of costs.

[106] That said, in the present case, the Court would not, for the reasons explained with respect to this appeal, have granted costs against the claimants.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The amounts owed to Ashland Specialty Chemical Company for services provided to the *Lanner* at Cape Town, South Africa, and any amount owed to Praxis Energy Agents S.A. with respect to the supply of necessities to the *Lanner* at Charleston in the United States, shall be paid in priority to the plaintiffs' claim out of the proceed of the sale of the *Lanner*. The plaintiffs shall then be entitled to receive the balance of the said proceeds;

2. The appeal in respect of the order dated October 5, 2005, is allowed and the said order is quashed. There shall be no costs against the claimants in respect of the proceedings before the Prothonotary and no costs in this appeal.

¹ The claimants did not refer to this invoice at all in their representations but for the purpose of this analysis, the Court must assume that it has not been paid.

[104] En ce qui concerne les dépens accordés par le protonotaire, la Cour est d'accord avec les réclamantes que, dans les circonstances particulières de l'espèce où les *caveat*-mainlevées n'ont pas été transférés du dossier T-470-03 et que les réclamantes n'ont pas été constituées parties à l'instance, le protonotaire n'aurait pas dû les condamner au paiement des dépens.

[105] À l'avenir, les parties à l'instance devraient s'assurer que les réclamants qui ont déposé une réclamation contre le produit d'une vente ont déposé un *caveat*-mainlevée ou ont été constitués partie (modifiant l'intitulé). Si elles ne le font pas, l'affaire devrait être portée à l'attention de la Cour de telle sorte que les réclamants ne profitent pas indûment de la situation pour éviter le paiement des dépens.

[106] Cela dit, en l'espèce, pour les motifs exposés en rapport avec le présent appel, la Cour n'aurait pas condamné les réclamantes à payer les dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Les montants dus à Ashland Specialty Chemical Company pour services fournis au *Lanner* à Cape Town (Afrique du Sud) et tout montant dû à Praxis Energy Agents S.A. en rapport avec la fourniture d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* à Charleston (États-Unis) devront être payés en priorité à la réclamation des demanderesse sur le produit de la vente du *Lanner*. Les demanderesse auront alors le droit de recevoir le solde dudit produit;

2. L'appel relatif à l'ordonnance datée du 5 octobre 2005 est accueilli et ladite ordonnance est annulée. Aucuns dépens ne sont adjugés à l'encontre des réclamantes en rapport avec l'instance instruite devant le protonotaire ainsi qu'en rapport avec le présent appel.

¹ Les réclamantes n'ont fait aucune mention de cette facture dans leurs observations, mais, aux fins de la présente analyse, la Cour doit présumer qu'elle n'a pas été payée.

² The affidavit of Mrs. Suvarnatemee and the documents attached to it were in the claimants' possession for over 16 months when the Court set the deadline of December 10, 2004 for completion of all cross-examinations. The first notice that any of the claimants might challenge the validity of the mortgage is found in the written representation of Kent Trade and Marine Fuels dated November 1, 2004, where these claimants simply say that in any event, they reserve the right to challenge the validity of the plaintiffs' security as against the *Lanner*.

³ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997) at p. 161.

⁴ Under American law, it would rank after a foreign mortgage registered before the lien arose.

⁵ Affidavit evidence had to be filed by the plaintiffs with respect to this issue of whether or not the *Hobby* and *Peregrine* were sister ships of the *Lanner* and on whether or not American law provides for a maritime lien for necessities provided to such sister ships.

⁶ In *Imperial Oil*, the supplier had contracted with the demise charterer of the ship through a managing agent of the said charterer.

⁷ Affidavit of Mr. de Klerk, at para. 8.

⁸ The charter party was a NYPE Form and included an U.S. arbitration clause. It also specifically referred to the *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 181 (2000)] and the *United States Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)] (*Rainbow Line Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972) (Metzner S., District Judge)).

⁹ One must exercise caution because the lien holder under American law is entitled to waive its right. One way of so doing is by choosing a law that does not recognize the existence of a maritime lien in the particular set of circumstances.

¹⁰ This decision is also referred to in Justice Stone's decision, at para. 27.

¹¹ The Court notes that the evidence with respect to Arrow Ltd. should have been easily available to the claimants as their counsel also represented Arrow Ltd. in a related action where the *Lanner* was also arrested.

¹² At this stage, the Court is prepared to accept that the terms and conditions referred to in the exhibits were brought to the attention of Arrow Ltd. at the time the contracts were entered into.

¹³ The United States Court of Appeals for the Second Circuit reaffirmed this position that it will give effect to an appropriate choice of law provision in an insurance contract

² L'affidavit de M^{me} Suvarnatemee et les documents qui y étaient joints ont été en possession des réclamantes pendant plus de 16 mois lorsque la Cour a fixé l'échéance du 10 décembre 2004 pour la fin des contre-interrogatoires. Le premier signe que l'une ou l'autre des réclamantes pourraient contester la validité de l'hypothèque se trouve dans les représentations écrites de Kent Trade and Marine Fuels datées du 1^{er} novembre 2004, dans lesquelles ces réclamantes affirment tout simplement que, de toute manière, elles se réservent le droit de contester la validité de la garantie des demanderessees à l'égard du *Lanner*.

³ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 1997), à la p. 161.

⁴ En vertu du droit américain, il prendrait rang après une hypothèque étrangère enregistrée avant que le privilège ne prenne naissance.

⁵ La preuve par affidavit devait être déposée par les demanderessees quant à la question de savoir si le *Hobby* et le *Peregrine* étaient des navires jumeaux du *Lanner* et quant à la question de savoir si le droit américain prévoit un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires à des navires jumeaux.

⁶ Dans l'arrêt *Imperial Oil*, le fournisseur avait conclu un contrat avec un affrèteur en coque nue du navire par l'entremise d'un agent de gestion dudit affrèteur.

⁷ Affidavit de M. de Klerk, au par. 8.

⁸ La charte-partie était un formulaire NYPE et comprenait une clause d'arbitrage américaine. Elle renvoyait expressément à la *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 181 (2000)] et à la *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)] des États-Unis (*Rainbow Line Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972) (Metzner S., juge de district)).

⁹ Il faut être prudent parce que le titulaire du privilège en vertu du droit américain a le droit de renoncer à son droit. Une manière de faire cela est de choisir un droit qui ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime dans les circonstances particulières.

¹⁰ Cette décision est également mentionnée dans la décision du juge Stone, au par. 27.

¹¹ La Cour souligne que les éléments de preuve concernant Arrow Ltd. auraient dû pouvoir être facilement obtenus par les réclamantes car leur avocat représentait également Arrow Ltd. dans une action connexe où le *Lanner* a également été saisi.

¹² À ce stade-ci, la Cour est prête à accepter que les modalités mentionnées dans les pièces ont été portées à l'attention de Arrow Ltd. lorsque les contrats ont été conclus.

¹³ La Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a réaffirmé cette position qu'elle donnera effet à une disposition désignant le droit pertinent applicable dans un

that is said to apply specifically to maritime liens in *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004).

¹⁴ See note 5 of the decision which indicates that only the choice of law question was certified and that it would be premature to consider the issue of whether or not all the unpaid premiums gave rise to a maritime lien under United States law.

contrat d'assurance qui est censée s'appliquer précisément à un privilège maritime dans *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004).

¹⁴ Voir la note 5 de la décision qui mentionne que seule la question du droit applicable a été certifiée et qu'il serait trop tôt pour se prononcer sur la question de savoir si toutes les primes en souffrance donnent naissance à un privilège maritime en vertu du droit américain.