

Nickimen Co. Inc. and B.F. Goodrich Canada Ltd. (Applicants)

v.

The ship *Executive Venture* and the owners of the ship *Executive Venture* (Respondents)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, October 26; Ottawa, October 30, 1973.

Practice and procedure—Maritime law—Ship in Montreal Harbour subject to general average proceedings in New York—No action pending—Right of cargo owner to examine ship to ascertain cause of breakdown at sea—No Federal Court Rule—Resort to provincial practice—Federal Court Rule 5, Quebec Code of Civil Procedure, s. 438.

A ship on a voyage from Cape Town to Canada suffered engine breakdowns at sea and was towed to Montreal for repairs. General average was declared and a general adjuster appointed in New York in accordance with the bill of lading. Applicants whose head offices are in Montreal and Kitchener respectively and who were owners of cargo going to Toronto and Hamilton were obliged to issue guarantees for payment and then applied for an order to inspect the ship's engines in contemplation of a defence to an expected claim for general average contribution on the ground that the engine breakdowns resulted from the ship's unseaworthiness.

Held, in the absence of a Federal Court Rule permitting an order for inspection of evidence pending legal proceedings, Federal Court Rule 5 permitted resort to the appropriate provincial procedure, in this case section 438 of the Quebec Code of Civil Procedure which permitted such inspection.

MOTION.

COUNSEL:

Peter R. D. MacKell, Q.C., and Bruce Cleven for applicants.

Trevor H. Bishop for respondents.

SOLICITORS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Phelan and MacKell, Montreal, for applicants.

Brisset, Reyecraft, Bishop and Davidson, Montreal, for respondents.

WALSH J.—Applicants move for an order for the inspection of the engine of the *Executive*

Nickimen Co. Inc. et B.F. Goodrich Canada Ltd. (Requérantes)

c.

Le navire *Executive Venture* et les propriétaires du navire *Executive Venture* (Intimés)

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, le 26 octobre; Ottawa, le 30 octobre 1973.

Pratique et procédure—Droit maritime—Navire amarré dans le port de Montréal et objet d'une procédure d'avarie commune à New-York—Aucune action en instance—Droit du propriétaire de la cargaison de faire inspecter le navire afin de déterminer la cause de la panne en mer—Cas non prévu dans les Règles de la Cour fédérale—La pratique de la province est applicable—Règle 5 des Règles de la Cour fédérale, Code de procédure civile du Québec, art. 438.

Lors d'un voyage, du Cap au Canada, un navire eut plusieurs pannes de moteur en mer et fut remorqué jusqu'à Montréal pour y être réparé. On fit une déclaration d'avarie commune et un dispatcheur d'avaries communes fut désigné à New-York en conformité du connaissement. Les requérantes, sises respectivement à Montréal et Kitchener et propriétaires de la cargaison à destination de Toronto et Hamilton, furent obligées de déposer une caution pour le paiement; elles ont, par la suite, demandé une ordonnance d'inspection des machines du navire, en prévision d'une demande de contribution à l'avarie commune pour laquelle elles devraient préparer une défense tendant à démontrer que les pannes de moteur résultaient de l'innavigabilité du navire.

Arrêt: les Règles de la Cour fédérale ne prévoyant pas une ordonnance d'inspection de la preuve en prévision d'un procès, la Règle 5 de la Cour fédérale autorise la Cour à suivre la pratique en vigueur dans une province, à savoir, en l'espèce, l'article 438 du Code de procédure civile du Québec qui prévoit une telle inspection.

g REQUÊTE.

AVOCATS:

Peter R. D. MacKell, c.r., et Bruce Cleven pour les requérantes.

h *Trevor H. Bishop* pour les intimés.

PROCUREURS:

Martineau, Walker, Allison, Beaulieu, Phelan et MacKell, Montréal, pour les requérantes.

Brisset, Reyecraft, Bishop et Davidson, Montréal, pour les intimés.

LE JUGE WALSH—Les requérantes demandent une ordonnance d'inspection du moteur de

Venture and as justification for their motion allege that applicant Nickimen Co. Inc., a body corporate having its head office and principal place of business in Montreal, and applicant B.F. Goodrich Canada Ltd., a body corporate having its head office and principal place of business in Kitchener, Ontario, are respectively owners of certain cargo carried on board the vessel *Executive Venture* from outside Canada to Toronto and Hamilton respectively, said cargo having a value of approximately \$127,000. The vessel had engine problems and was towed to Cape Town, South Africa where repairs were made but subsequently the engine broke down again and she was again towed back to Cape Town for further repairs. A third engine breakdown occurred outside the Port of Dacar where further repairs were undertaken. Finally the vessel continued her voyage bound for the St. Lawrence Seaway and again suffered an engine breakdown and was towed to Montreal where she is presently undergoing repairs by Canadian Vickers Limited. The Master of the said vessel, *Executive Venture*, declared general average and a general average adjuster has been appointed and a settlement will be made in New York in accordance with clause 24 of the Bill of Lading. Applicants were obliged to and did issue guarantees for the payment through William H. McGee and Company of New York according to a statement made by applicants' counsel. Applicants however intend to contest the claim for general average contribution on the basis that the engine breakdown resulted from unseaworthiness of the vessel before and at the beginning of the voyage and it is for this reason that they wish to inspect the engine while it is in a dismantled condition and before it is repaired and reassembled in order to obtain full information as to the cause of the engine breakdown. Applicants allege that although the contribution to general average is to be settled in New York, any action against them arising out of the disputed claim would have to be taken in Canada where they are located and within the jurisdiction of this Court and in particular applicant Nickimen Co. Inc. is within the jurisdiction of the Montreal Registry of the Court. It is applicants' contention that the guarantee issued in New York for the payment of

l'Executive Venture et justifient leur requête en alléguant que la requérante Nickimen Co. Inc., compagnie dont le siège et le principal établissement sont à Montréal, et la requérante B.F. Goodrich Canada Ltd., compagnie dont le siège et le principal établissement sont à Kitchener (Ontario), sont respectivement propriétaires de certaines marchandises transportées à bord du navire *Executive Venture* en provenance de l'étranger et à destination de Toronto et de Hamilton respectivement; la valeur desdites marchandises est d'approximativement \$127,000. Suite à une panne de moteur, le navire fut remorqué jusqu'au Cap (Afrique du Sud) où il fut réparé, mais, par la suite, le moteur retomba en panne et le navire fut à nouveau remorqué jusqu'au Cap, pour de nouvelles réparations. Il se produisit une troisième panne de moteur au large du port de Dakar où l'on procéda à de nouvelles réparations. Enfin, le navire poursuivit sa traversée vers la voie maritime du Saint-Laurent et tomba encore une fois en panne; il fut remorqué jusqu'à Montréal où il est en cours de réparations effectuées par la Canadian Vickers Limited. Le capitaine dudit navire, *l'Executive Venture*, a fait une déclaration d'avarie commune, un dispacheur d'avaries communes a été désigné et un règlement sera effectué à New-York, en conformité avec la clause 24 du connaissement. Au dire de leurs avocats, les requérantes ont déposé une caution pour le paiement, comme elles y étaient obligées, par l'intermédiaire de William H. McGee and Company, à New-York. Cependant les requérantes ont l'intention de contester la demande de contribution à l'avarie commune en alléguant que la panne de moteur résultait de l'innavigabilité du navire avant le voyage et au commencement de celui-ci; c'est pour cette raison qu'elles désirent inspecter le moteur pendant qu'il est démonté et avant qu'il ne soit réparé et remonté, afin d'obtenir des renseignements complets sur la cause de la panne. Les requérantes allèguent que, bien qu'on doive régler la contribution à l'avarie commune à New-York, toute action intentée contre elles et résultant de la demande controversée devra l'être au Canada, où elles sont établies, relevant ainsi de la compétence de cette Cour; en particulier, la requérante Nickimen Co. Inc. relève du ressort du greffe de la

general average charges can only be used for this purpose after respondents' right to general average contribution from the cargo interest and, in particular, from applicants has been confirmed and that proceedings for this purpose would have to be taken in Canada as no direct action can be taken against the parties providing the guarantee which is only in the nature of an indemnity to take effect when the right to the claim itself has been established. Applicants contend that their defence to such an action will be prejudiced if the inspection does not take place.

Since there is no provision in the *Federal Court Rules* for such an order, applicants invoke the gap rule, Rule 5, reading as follows:

Rule 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

and refer to section 438 of the Quebec Code of Civil Procedure which reads as follows:

438. Anyone who, expecting to be a party to a legal proceeding, has reason to fear that some evidence that he will need may become lost or more difficult to present may, by motion, ask:

- a that the witnesses whose absence or incapacity he fears be heard *ad futuram memoriam*;
- b that anything moveable or immovable, the condition of which may affect the outcome of the expected legal proceeding, be examined by a person of his choice.

This rule would appear to be particularly apt in the present circumstances since, although applicants' cargo has suffered no damage and there are no proceedings between the parties in this Court as yet, this section is applicable to anyone "expecting to be a party to a legal proceeding".

Cour à Montréal. Les requérantes prétendent qu'on ne peut utiliser la caution déposée à New-York pour le paiement des frais d'avarie commune à cette fin que lorsqu'on aura confirmé le droit des intimés de recevoir la contribution à l'avarie commune des propriétaires de la cargaison et, notamment, des requérantes; elles prétendent en outre que les procédures à cette fin doivent être engagées au Canada car aucune action directe ne peut être intentée contre les parties ayant fourni la caution, celle-ci ne pouvant être utilisée à des fins d'indemnisation que lorsque le bien-fondé de la réclamation proprement dite sera établi. Les requérantes prétendent que le défaut d'inspection porterait préjudice à leur défense dans une telle action.

Puisque cette ordonnance n'est pas prévue dans les *Règles de la Cour fédérale*, les requérantes invoquent la Règle 5, relative aux lacunes dans les Règles, qui se lit comme suit:

Règle 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures.

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

et se réfèrent à l'article 438 du Code de procédure civile du Québec, qui se lit comme suit:

438. Celui qui, prévoyant d'être partie à un litige, a raison de craindre qu'une preuve dont il aurait besoin ne se perde ou ne devienne plus difficile à présenter, peut demander par requête:

- a) que soient entendus *ad futuram memoriam* les témoins dont il craint l'absence ou la défaillance;
- b) que soit examinée par une personne de son choix toute chose, mobilière ou immobilière, dont l'état peut influencer sur le sort du litige prévu.

Cette règle semble convenir particulièrement aux circonstances présentes puisque, bien que les marchandises des requérantes n'aient subi aucun dommage et bien que les parties n'aient pas encore engagé de procédure devant cette Cour, cet article s'applique à toute personne

Certainly, in any contestation of an action for general average contributions on the basis of unseaworthiness of the vessel due to defective engines, applicants would have "reason to fear that some of the evidence that (they) will need may become lost or more difficult to present", and subsection *b* of section 438 provides that "anything moveable or immoveable, the condition of which may affect the outcome of the expected legal proceeding," may be examined.

In commenting on general average Lowndes & Rudolf in Volume 7 of *British Shipping Laws* have this to say at paragraph 62, page 33:

If the necessity for a general average act arose as a result of the fault of one of the parties to the adventure, the act retains its general average character and contribution is due between the parties to the adventure, subject to the important exception that the party at fault is not entitled to recover contribution from any other at whose suit the fault was actionable at the time at which the sacrifice or expenditure was made or incurred. The justification for this exception has been attributed to the policy of the courts of avoiding circuitry of action and to the principle that a person shall not recover from any other person in respect of the consequences of his own wrong. The better view is that contribution is irrecoverable because the sacrifice or expenditure by the party at fault is made or incurred wholly or partially for the benefit of that party alone and not for that of the adventure as a whole, since the party at fault would have been wholly or partially liable to the proposed contributor in respect of the loss averted by the general average act. It may perhaps be added that in the majority of cases in which the right to contribution in general average is disputed, the defence raised is that there has been actionable fault by the party seeking contribution, e.g., the ship was at all material times unseaworthy.

The fact that general average has already been declared and a general average adjuster appointed gives applicants reasonable grounds to fear that litigation will eventually take place, most probably within the jurisdiction of this Court, to which proceedings they may have a valid defence.

The question of making an order for inspection is not without precedent in this Court as such an order was made by Associate Chief Justice Noël (then Noël J.) in case No. 1712, *Fiat Motors of Canada Limited v. The Ship "Continental Pioneer"* on January 28, 1970. It is

«prévoyant d'être partie à un litige». Il est manifeste que si une action en contribution à l'avarie commune donne lieu à une contestation fondée sur l'innavigabilité du navire due au mauvais état du moteur, les requérantes auraient «raison de craindre qu'une preuve dont (elles) auraient besoin ne se perde ou ne devienne plus difficile à présenter», et l'alinéa *b* de l'article 438 prévoit que «toute chose, mobilière ou immobilière, dont l'état peut influencer sur le sort du litige prévu» peut être examinée.

Au paragraphe 62, page 33, du volume 7 de *British Shipping Laws*, Lowndes & Rudolf font les commentaires suivants sur l'avarie commune:

[TRADUCTION] Si l'acte qui a donné lieu à l'avarie commune est la conséquence d'une faute commise par l'une des parties à l'expédition, cet acte garde son caractère d'avarie commune et il y a lieu à règlement d'avarie commune entre les parties à l'expédition, sous réserve d'une exception importante, savoir, la partie en faute n'a pas le droit de recouvrer la contribution d'une autre partie qui aurait été en droit de demander la réparation de cette faute en justice au moment où le sacrifice ou la dépense se produisirent. On a justifié cette exception par le fait que les tribunaux cherchent à éviter des procédures en chaîne et par le principe selon lequel une personne ne doit pas se faire dédommager par une autre des conséquences de sa propre faute. A mon avis, il est préférable de dire que la contribution n'est pas recouvrable parce que la partie en faute a fait ce sacrifice ou engagé cette dépense entièrement ou partiellement dans son propre intérêt et non dans l'intérêt de l'expédition toute entière, puisque la partie en faute aurait été entièrement ou partiellement responsable envers le contribuable en question pour les pertes que cet acte d'avarie commune a évitées. On pourrait ajouter que dans la plupart des cas où le droit à la contribution à l'avarie commune est contesté, la défense invoque le fait que la partie réclamant la contribution a commis une faute passible de poursuite, c.-à-d., que le navire était innavigable pendant toute la période en cause.

Le fait qu'il y a eu une déclaration d'avarie commune et qu'un dispatcheur a déjà été désigné donne aux requérantes des raisons de craindre que, par la suite, et très probablement dans le ressort de cette Cour, il sera intenté une action dans laquelle elles peuvent avoir une défense valable.

Ce n'est pas la première fois qu'on demande à cette Cour de rendre une ordonnance d'inspection, puisque le juge en chef adjoint Noël (alors juge puîné) a rendu une telle ordonnance le 28 janvier 1970 dans l'affaire (n° du greffe 1712), *Fiat Motors of Canada Limited c. Le navire*

true that in that case an action had already been instituted for breach of contract and tort for "a claim anticipated to be in the sum of twenty thousand dollars" whereas in the present case no action has been brought by any of the parties to date. I do not believe, however, that this need defeat applicants' claim for what appears to be a useful and desirable procedure, which can moreover cause little harm to respondents, and in fact, should the inspection fail to disclose any condition of the engine indicating unseaworthiness of the vessel at the time the voyage was commenced, might well lead to an early settlement of the claim without the necessity of litigation. On the other hand, such an inspection may be very necessary to establish applicants' defence of unseaworthiness should the inspection tend to reveal such a condition. Possibly some analogy with respect to applicants' position may be drawn from the *quia timet* proceedings which are recognized under the laws relating to trade marks and unfair competition.

Respondents' counsel objected to the form of affidavit supporting the motion which was apparently hastily drawn and did not contain certain statements which would have been desirable such as an indication as to why the inspection was so urgent that a motion for same had to be made without giving respondents the usual delay and presentable on a non-motion day, and an indication of where and by whom the guarantee for general average charges had been put up. There was also clumsy and ambiguous wording in paragraph 14 of the motion which reads:

14. WHEREAS this Court has jurisdiction over the applicants' claim against the Carrier for the damages it suffered and will suffer arising out of the General Average Adjustment

whereas actually what is in issue is a foreseeable claim by the carrier against applicants for their share of general average adjustment. These matters were explained and the additional information provided at the hearing by applicants' counsel in the presence of respondents' counsel and I do not consider them to be of

«*Continental Pioneer*». Il est vrai que, dans cette affaire, une action en responsabilité contractuelle et délictuelle comportant une réclamation «qu'on estimait se chiffrer à environ vingt mille dollars» avait été engagée, alors que dans l'affaire présente aucune action n'a encore été introduite par les parties. Je ne pense cependant pas qu'il y ait de ce fait lieu de rejeter la demande des requérantes visant une procédure apparemment utile et souhaitable, qui, en outre, ne peut guère causer de préjudice aux intimés; en fait, si l'inspection ne parvient pas à établir qu'on pouvait déduire de l'état du moteur l'innavigabilité du navire au commencement du voyage, la réclamation pourrait être réglée plus rapidement, sans qu'un procès soit nécessaire. D'autre part, cette inspection peut être absolument indispensable à l'établissement de la défense des requérantes, basée sur l'innavigabilité, si elle tendait à révéler le mauvais état du moteur. On pourrait établir une analogie entre le point de vue des requérantes et les procédures de *quia timet* qui sont admises en vertu des lois sur les marques de commerce et la concurrence déloyale.

L'avocat des intimés s'est opposé à la forme de l'affidavit appuyant la requête qui, apparemment, fut rédigé à la hâte et ne contenait pas un certain nombre d'éléments qu'il aurait été souhaitable d'ajouter, comme l'indication de la raison pour laquelle l'inspection était si urgente que la requête avait due être faite sans donner aux intimés les délais habituels et être présentée un jour non réservé à l'audition des requêtes et l'indication de la personne qui avait fourni la caution pour les frais d'avarie commune, et du lieu. En outre, il a aussi invoqué l'énoncé maladroit et ambigu du paragraphe 14 de la requête, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 14. CONSIDÉRANT QUE la Cour a compétence pour examiner la demande des requérantes contre le transporteur pour les dommages qu'il a subis ou subira en raison du règlement d'avarie commune

alors qu'en fait, la question porte sur une demande en contribution à l'avarie commune que formera probablement le transporteur à l'encontre des requérantes. Les avocats des requérantes donnèrent des explications à cet égard et fournirent des renseignements supplémentaires à l'audience, en présence de l'avocat

sufficient substance as to justify a refusal of the order prayed for.

Respondents' most serious argument is the danger of creating a precedent by the application of Rule 5 to the circumstances of this case. It has frequently been pointed out that this rule should not be used so as to provide a rule of general application which was not included when the general rules were made. Moreover, it must only be applied restrictively and in unusual and exceptional circumstances that appear not to have been foreseen in the general rules. While it is true that any judgment of the Court does, to some extent, create a precedent, it is clear that the granting of an order to permit the inspection in the circumstances of this case would not, as respondents' counsel contended, have the effect of opening the door to such motions on every occasion when general average is claimed, but each case would have to be considered on its own merits and the desirability of the application of Rule 5 dealt with accordingly. In the present case I believe that the application is justified and accordingly I rendered from the Bench an order reading as follows:

Motion granted in view of alleged urgency—reasons to follow, without costs. Inspection of the engines of the Executive Venture to be made where she lies in Montreal Harbour at a time to be mutually agreed upon between counsel for the parties but so as not to delay the sailing of the ship. Inspection not to be allowed to interfere in any way with normal progress of repairs to engines, and not to include any right to question officers or crew or examine any documents in connection with the repairs.

des intimés et je ne pense pas que ce soit un motif suffisant pour justifier le refus de l'ordonnance demandée.

L'argument le plus solide présenté par les intimés consiste à souligner le risque de créer un précédent en appliquant la Règle 5 aux circonstances de cette affaire. On a souvent souligné qu'on ne doit pas utiliser cette règle pour fournir une règle d'application générale qui n'avait pas été incluse au moment de l'élaboration des règles générales. En outre, on ne doit l'appliquer que de manière restrictive, dans des circonstances inhabituelles et exceptionnelles qui semblent ne pas avoir été prévues dans les règles générales. S'il est vrai que, dans une certaine mesure, tout jugement de la Cour crée un précédent, il est clair que l'octroi d'une ordonnance permettant l'inspection dans les circonstances de la présente affaire n'aura pas pour effet d'ouvrir, comme l'affirme l'avocat des intimés, la voie à de telles requêtes à chaque fois que se posera une question d'avarie commune; chaque cas devra être examiné au fond et l'opportunité d'appliquer la Règle 5 sera décidée en conséquence. En ce qui concerne l'affaire présente j'estime que la requête est justifiée et je rends donc à l'audience une ordonnance se lisant comme suit:

[TRADUCTION] Vu l'urgence alléguée, la requête est accordée, sans dépens, décision que je motiverai ultérieurement. L'inspection des machines de l'Executive Venture doit être faite au lieu où il est amarré dans le port de Montréal, à une date fixée conjointement par les avocats des parties, mais de manière à ne pas retarder l'appareillage du navire. L'inspection ne doit en aucune manière gêner le cours normal des réparations des machines et n'inclut ni le droit d'interroger les officiers ou les hommes d'équipage, ni le droit d'examiner les documents relatifs aux réparations.