

T-2416-97

T-2416-97

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (Plaintiff)**

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (demanderesse)**

v.

c.

**The Owners and All Others Interested in the Ship "Nel" and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**

**Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Nel» et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**

**INDEXED AS: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND v. NEL (THE) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND c. NEL (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, January 6, 1999 and August 2, 2000.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 6 janvier 1999 et 2 août 2000.

*Maritime law — Liens and mortgages — Vessel arrested as mortgage in default — Court ordering sale pendente lite — Determination of order of priorities concerning mortgagee's claim — Costs of sale taking first priority — Mortgage security, in form of account current mortgage, securing all unrecovered amounts owing to Bank — Bank acted to keep fleet operating to maintain going concern value, bring in return — No direct evidence of intent to grant preference — Mortgagee buying one of ships of mortgaged fleet, selling to Bank customer at substantial profit — Mortgagee not entitled to buy vessel at court ordered sale unless granted permission by Court — Onus on mortgagee to act fairly, in good faith without placing itself in conflict of interest situation — Mortgagee not overall trustee on ship sale under mortgage, trustee for surplus realized on sale — Constructive trust appropriate tool to prevent unjust enrichment — Sum of \$1,655,249.40 deemed to have been received by Bank as unjust enrichment.*

*Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Navire saisi par suite du non-paiement de l'hypothèque — La Cour avait ordonné la vente du navire pendant le procès — Détermination du rang de la réclamation du créancier hypothécaire — Les frais de vente occupent le premier rang — La garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, garantissait tous les montants non recouverts dus à la Banque — La Banque avait essayé de continuer à exploiter la flotte de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu — Absence de preuve directe de l'intention d'attribuer un rang prioritaire — Le créancier hypothécaire avait acheté l'un des navires de la flotte grevée d'une hypothèque et l'avait revendu à un client de la Banque en faisant un profit élevé — Le créancier hypothécaire n'a le droit d'acheter un navire dans le cadre d'une vente judiciaire que si la Cour le permet — Il est tenu d'agir d'une façon juste et de bonne foi sans se mettre dans une situation de conflit d'intérêts — Il n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, mais comme fiduciaire à l'égard de l'excédent réalisé lors de la vente — La fiducie par interprétation est un outil approprié en vue d'empêcher l'enrichissement sans cause — La Banque est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ au titre de l'enrichissement sans cause.*

*Maritime law — Creditors and debtors — Plaintiff claiming priority as mortgagee on court ordered sale of ship — Relying on doctrine of merger into judgment — Remedy, not cause of action, merging with judgment, leaving debt to survive — Bank obtaining judgment on debt, also holding mortgage giving rise to claim against res — Usual ranking of maritime priorities not to be departed from except in special circumstances, where necessary to prevent obvious injustice — Plaintiff ranking below maritime liens, above statutory rights in rem — Argument Bank wrongfully delayed in moving against Nel, related vessels based upon supposition, innuendo, assumption — Not special circum-*

*Droit maritime — Créanciers et débiteurs — La demanderesse alléguait avoir priorité en sa qualité de créancière hypothécaire dans le cadre de la vente judiciaire d'un navire — Elle se fondait sur la doctrine de la fusion — C'est le recours qui fusionne avec le jugement plutôt que la cause d'action, de sorte que la créance continue à exister — La Banque a obtenu un jugement à l'égard de sa créance et elle détenait également une hypothèque qui donnait naissance à une réclamation portant sur la chose — On ne devrait pas s'écarter de l'ordre habituel de priorité si ce n'est en raison de circonstances particulières, et lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante —*

*stances constituting obvious injustice justifying departure from usual priorities.*

*Practice — Judgments and orders — Default judgment — Plaintiff taking default judgment at early date — Whether claim, under mortgage on fleet of ships, ought to be capped at amount of 1997 default judgment on basis crystallized at that amount — Judgment in rem binding, invocable against any person — Efficacy of default judgment less than that of judgment on merits — Statement of claim both in rem, in personam — Issue effect of default judgment — When judgment given in action, cause of action merges in judgment, replaced by rights created by judgment — Bank entitled to claim \$14,124,420.50, less various deductions, plus payments made on account of crew wages, costs of sale.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Supplier of chemicals necessary for operation of vessel claiming maritime lien under Federal Court Act — Whether claim against nine sisterships also enforceable, as maritime liens, against ship sued in rem — Sistership procedure set out in Act, s. 43(8) — Jurisdiction over goods, services conferred by Act, s. 22(2) enforced as statutory right in rem under Act, s. 43(2) — Right ranking after maritime liens, mortgages — Supplier may enforce claims against vessels related to ship sued, against her, under sistership provision, as statutory rights in rem, not maritime lien — Claimants relying on statutory right in rem having priority below that of mortgagee.*

This was a motion to determine priorities following the court ordered sale of the Cypriot vessel *Nel*, which had been arrested at Vancouver by the plaintiff, the Bank of Scotland, as mortgagee, the mortgage being in default. In fact, the ship's owner had abandoned her, closed its office and disappeared. The Court ordered the sale of the vessel, *pendente lite*, at US\$5,000,000, apportioning \$4,910,450 and \$89,550 for the ship and the bunkers aboard the ship, respectively. In January 1998, default judgment in favour of the Bank of Scotland, based on principle and interest on its

*La Banque vient après les privilèges maritimes et avant les droits réels prévus par la loi — L'argument selon lequel la Banque a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le Nel et contre les autres navires est fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses — Il n'existe pas de circonstances spéciales donnant lieu à une injustice flagrante justifiant que l'on déroge à l'ordre habituel de priorité.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement par défaut — La demanderesse a demandé un jugement par défaut prématurément — Il s'agissait de savoir si la réclamation de la Banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte de navires, devait être limitée au montant fixé dans le jugement par défaut rendu en 1997 pour le motif que la réclamation s'était cristallisée à ce montant — Le jugement portant sur la chose est obligatoire et vaut contre tous — Un jugement par défaut est moins efficace qu'un jugement au fond — La déclaration est à la fois de nature réelle et de nature personnelle — Il s'agissait de savoir quel était l'effet du jugement par défaut — Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement — La Banque avait le droit de réclamer 14 124 420,50 \$, déduction faite de certains montants, plus les paiements du salaire de l'équipage et des frais de vente.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un fournisseur de produits chimiques nécessaires aux fins du fonctionnement du navire a fait valoir un privilège maritime en vertu de la Loi sur la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la revendication à l'égard de neuf navires frères s'appliquait également au navire visé par l'action réelle en tant que privilège maritime — La procédure relative aux navires frères est énoncée à l'art. 43(8) de la Loi — La compétence sur les marchandises et services conférée par l'art. 22(2) de la Loi est exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi en vertu de l'art. 43(2) de la Loi — Ce droit vient après les privilèges maritimes et les hypothèques — Le fournisseur peut faire valoir sur le navire visé par l'action ses créances contre des navires liés au navire en vertu de la disposition relative aux navires frères en tant que droits réels prévus par la loi, mais non en tant que privilèges maritimes — Les créanciers se sont fondés sur un droit réel prévu par la loi prenant rang après une hypothèque.*

Il s'agissait d'une requête visant à permettre de déterminer l'ordre de priorité à la suite de la vente judiciaire du navire chypriote *Nel*, qui avait été saisi à Vancouver par la Bank of Scotland, demanderesse, en sa qualité de créancière hypothécaire, parce que l'hypothèque n'avait pas été payée. En fait, le propriétaire du *Nel* avait abandonné le navire, avait fermé son bureau et avait disparu. La Cour a ordonné que le navire soit vendu pendant le procès pour la somme de 5 000 000 \$US, des montants de 4 910 450 \$ et de 89 550 \$ étant respectivement attribués au navire et aux soutes. Au

loan, was in an amount equivalent, on the date of the judgment, to US\$12,047,788.08. The claim was subsequently presented, at the priority hearing, at \$14,124,420.50, less various amounts received from the sale of other vessels covered by the fleet mortgage. The plaintiff argued that the mortgage security, in the form of an account current mortgage, reflected and secured all unrecovered amounts owing to it. It did not rely upon a maritime lien and some undefined ability to transmute the payment into an *in rem* claim, but rather upon its loan documentation, including the mortgage security. The main issues on this motion were: (1) the ranking of the plaintiff's claim as mortgagee, and various related issues and (2) the status and ranking of other claimants and of holders of statutory rights *in rem*.

*Held*, under the basic ranking of *in rem* claims, the plaintiff's mortgage should be ranked below maritime liens but ahead of statutory rights *in rem*.

The priorities given to maritime claims in Canada are as follows: 1. disbursements of the admiralty marshal or sheriff; 2. costs of the sale; 3. possessory liens predating other liens; 4. maritime liens; 5. possessory liens arising after maritime liens; 6. mortgages; 7. statutory rights *in rem*. There being no admiralty marshal's expense as such in this case, the costs of the sale, \$71,067.09, paid by the Bank of Scotland, were ranked first.

(1) The Bank's mortgage was in account current form, a document which can form all encompassing security. Taking into account the general nature of an account current mortgage, together with the specific circumstances of the case, the Court concluded that proper portions of the loan account, the running account, including the distress payments made to keep the vessels in the fleet operating and interest, were secured by the account current fleet mortgage over the various vessels, including the *Nel*. There were no real reasons to doubt the validity and effectiveness of the mortgage security which secured payment of all sums owing to the mortgagee on the account current. This broad view of the scope of security provided by an account current mortgage is in keeping with the practice of marine solicitors and the parties' intent, viewing the transactions between the Bank of Scotland and the owners of the mortgaged fleet as a whole. An account current mortgage is a broad security document and all the more so in the present instance, by reason of its specific wording. There is an onus, on the party trying to establish a preference, to show that the real intention was to prefer. After reviewing all of the circumstances, the Court must be satisfied that the dominant

mois de janvier 1998, le jugement par défaut obtenu par la Bank of Scotland, compte tenu du principal et des intérêts sur le prêt, s'élevait, à la date du jugement, à 12 047 788,08 \$US. Une réclamation de 14 124 420,50 \$ a par la suite été présentée, lors de l'audience relative à l'ordre de priorité, déduction faite de divers montants tirés de la vente d'autres navires visés par l'hypothèque grevant la flotte. La demanderesse a soutenu que la garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, indiquait et garantissait tous les montants non recouverts qui lui étaient dus. Elle ne se fondait pas sur un privilège maritime ou sur une vague possibilité de transformer le paiement en une créance réelle, mais plutôt sur les documents relatifs au prêt, y compris une garantie hypothécaire. Les principales questions litigieuses dans cette requête se rapportaient: 1) au rang de la réclamation de la demanderesse en sa qualité de créancière hypothécaire et à diverses questions connexes et 2) au statut et au rang des autres créanciers et titulaires de droit réels prévus par la loi.

*Jugement*, selon le rang habituel des réclamations réelles, l'hypothèque de la demanderesse doit venir après les privilèges maritimes, mais avant les droits réels prévus par la loi.

L'ordre de priorité des créances maritimes au Canada est le suivant: 1) les débours du prévôt d'amirauté ou du shérif; 2) les frais de vente; 3) les privilèges possessoires antérieurs aux autres privilèges; 4) les privilèges maritimes; 5) les privilèges possessoires postérieurs aux privilèges maritimes; 6) les hypothèques; 7) les droits réels prévus par la loi. En l'espèce, étant donné qu'il n'y a pas de frais de prévôt d'amirauté en tant que tels, les frais de vente de 71 067,09 \$ payés par la Bank of Scotland occupaient le premier rang.

1) L'hypothèque de la Banque était sous la forme d'un compte courant, document qui peut servir de garantie générale. Compte tenu de la nature générale d'une hypothèque se rapportant à un compte courant ainsi que des faits de l'espèce, la Cour a conclu que les parties pertinentes du compte de prêts, le compte courant, y compris les paiements effectués par suite de la saisie afin de permettre que les navires de la flotte continuent à être exploités, ainsi que les intérêts étaient garantis par l'hypothèque relative au compte courant grevant la flotte, y compris le *Nel*. Il n'y avait pas réellement lieu de douter de la validité et de l'efficacité de la garantie hypothécaire qui garantissait le paiement de tous les montants dus à la créancière hypothécaire sur le compte courant. Cette conception large de l'étendue de la garantie fournie par une hypothèque relative à un compte courant est conforme à la pratique des avocats spécialisés en droit maritime et à l'intention des parties, les opérations conclues entre la Bank of Scotland et les propriétaires de la flotte grevée d'une hypothèque étant considérées dans leur ensemble. Une hypothèque relative à un compte courant est une garantie générale, et elle l'est d'autant plus dans ce cas-ci, où le libellé de l'hypothèque est précis. Il incombe à la

intention of preferment was present. Banks are not in the business of owning or operating ships. The actions of the Bank of Scotland gave all the appearance of a mortgagee trying to keep its mortgagor's fleet operating so that it might have some going concern value and bring in a return. There was little or nothing to infer an intent to grant a preference.

The *Blue L.*, one of the ships of the fleet mortgaged to the Bank of Scotland, was purchased by the latter, through a nominee company which immediately sold it to a customer of the Bank for \$5,000,000. The profit on the sale of the *Blue L.*, to be taken into account as a deduction from the total Bank of Scotland claim, amounted to \$1,665,249.40. In most jurisdictions, a mortgagee has no right to become a buyer in a court ordered sale unless granted permission by the Court. The mortgagee has a duty to act *bona fides*, without collusion with any purchaser and without placing itself in a conflict of interest situation. If a mortgagee sells to a company in which it is interested, it bears a heavy onus of showing that it has acted fairly and in good faith. There must be full disclosure before a mortgagee bids, either directly or indirectly, at a court ordered sale. Since the Bank of Scotland was unable to offer an exculpatory explanation for the purchase of the vessel through an off-shore company, it was equitable to add the profit as recovery under its mortgage. The amount that the Bank recouped on the *Blue L.* transaction was not a profit on an independent business transaction, but was made by reason of its position as mortgagee of the *Blue L.* The appropriate tool for arriving at an equitable conclusion was a constructive trust. A mortgagee is not an overall trustee on a ship sale under a mortgage, but is a trustee for any surplus realized on a sale, and in that case, it must act in good faith. A constructive trust is an equitable remedy designed to prevent unjust enrichment. All conditions placed upon the imposition of a constructive trust were met. The sum of \$1,655,249.40 was deemed to have been received by the Bank of Scotland and to have been applied toward satisfaction of its fleet mortgage.

The next issue was whether the Bank's claim, under its fleet mortgage, ought to be capped at the amount of its 1997 default judgment on the basis that it was then crystallized at that amount. The submission to bar the Bank of Scotland

partie qui cherche à établir la priorité de démontrer que l'intention véritable visait à accorder la priorité. Après avoir examiné toutes les circonstances, la Cour doit être convaincue de l'existence d'une intention marquée d'accorder la priorité. Les banques ne s'occupent pas de posséder ou d'exploiter des navires. Par ses actions, la Bank of Scotland s'est comportée à tous égards comme un créancier hypothécaire qui essayait de continuer à exploiter la flotte du débiteur hypothécaire de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu. Il n'existait guère d'éléments permettant d'inférer l'intention d'attribuer un rang prioritaire.

Le *Blue L.*, qui faisait partie de la flotte sur laquelle la Bank of Scotland détenait une hypothèque, avait été acheté par cette dernière, par l'entremise d'une société prête-nom, qui l'a immédiatement vendu à un client de la Banque pour la somme de 5 000 000 \$. Le profit tiré de la vente du *Blue L.*, qu'il faut déduire du montant de la réclamation de la Bank of Scotland, s'élevait à 1 665 249,40 \$. Dans la plupart des pays, les créanciers hypothécaires ne peuvent se porter acquéreurs dans le cadre d'une vente judiciaire que si la cour le leur permet. Le créancier hypothécaire est tenu d'agir de bonne foi, sans collusion avec l'acheteur et sans se mettre dans une situation créant un conflit d'intérêts. Si un créancier hypothécaire vend un bien à une société dans laquelle il a des intérêts, il existe une lourde obligation de sa part de démontrer qu'il a agi d'une façon juste et de bonne foi. Il doit y avoir une divulgation complète avant qu'un créancier hypothécaire puisse faire une offre, directement ou indirectement, dans le cadre d'une vente judiciaire. Étant donné que la Bank of Scotland n'a pas pu offrir d'explication pour justifier l'achat du navire par l'entremise d'une société étrangère, il était juste d'ajouter le profit à la somme recouvrée en vertu de son hypothèque. Le montant que la banque a recouvré par suite de l'opération conclue à l'égard du *Blue L.* ne constituait pas un profit sur une opération commerciale indépendante, mais résultait de l'hypothèque que la banque détenait sur le *Blue L.* Pour arriver à une conclusion équitable, il convenait de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation. Le créancier hypothécaire n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, mais il agit comme fiduciaire à l'égard de tout excédent réalisé lors d'une vente, auquel cas il doit être de bonne foi. La fiducie par interprétation est une réparation en *equity* destinée à empêcher l'enrichissement sans cause. Toutes les conditions applicables à la création d'une fiducie par interprétation ont été remplies. La Bank of Scotland est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ et l'avoir imputée au paiement de la créance hypothécaire qu'elle détenait sur la flotte.

Il s'agissait ensuite de savoir si la réclamation de la banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte, devait être limitée au montant fixé dans le jugement par défaut rendu en 1997, pour le motif que la réclamation

from claiming more than the amount set out in its default judgment was that, on a default judgment, the allegations and the claim were deemed proven at \$12,047,788.08. The efficacy of a default judgment may be less than that of a judgment on the merits. The issue came down to the effect of the default judgment. When judgment has been given in an action, the cause of action merges in the judgment, its place being taken by the rights created by the judgment. The result is that a second action may not be brought on that cause of action. The doctrine of merger is bounded by the principle that there is no merger unless the cause of action is the same in both actions and plaintiff had an opportunity of recovering in the first action what he seeks to recover in the second. It is the remedy which merges with the judgment, not the cause of action itself, leaving a debt to survive; and where the creditor has more than one remedy, such debt survives unimpaired. The Bank of Scotland's mortgage gave it a claim against the *res*, as represented by the sale proceeds of the *Nel*, which could be exercised, to the full amount owing, at this priority hearing.

The claimants *in rem*, who take priority below the Bank of Scotland, submitted that there should be a departure from the usual order of priorities, so that the Bank would stand below those claimants who do not hold maritime liens. The usual priorities ought not to be departed from except in very special circumstances and the powers in equity to upset the long established orders of priority should be exercised only where necessary to prevent an obvious injustice. The displacement of the Bank of Scotland from the usual position below a maritime lien and above a statutory right *in rem* could be done only in very special circumstances. The argument that the plaintiff wrongfully delayed in moving against the *Nel* and related vessels was largely based upon supposition, innuendo and assumption. It is up to the party seeking to upset the established order of priorities to clearly demonstrate the special circumstances and the plainly unjust result. The claimants have failed to make that demonstration. There were no special circumstances constituting an obvious injustice justifying a departure from the usual priorities. In instituting the present action *in rem*, the Bank made a reasonable decision. It was entitled to claim the amount as presented on January 4, 1999, less various deductions, but augmented by payments made on account of crew wages and costs of sale; it was also entitled to any surplus after payment out of prior claims.

(2) The Court also considered the status and ranking of various claims from suppliers which have dealt with the *Nel*.

s'était cristallisée à ce montant. On a prétendu que la Bank of Scotland ne peut réclamer plus que le montant fixé dans le jugement par défaut parce que les allégations et la réclamation étaient réputées être prouvées pour un montant de 12 047 788,08 \$ par suite du jugement par défaut qui avait été rendu. Un jugement par défaut est peut-être moins efficace qu'un jugement rendu sur le fond. Il s'agissait de savoir quel était l'effet du jugement par défaut. Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement. Le résultat est qu'on ne saurait intenter une deuxième action fondée sur cette cause d'action. La doctrine de la fusion est limitée par le principe selon lequel il n'y a fusion que si la cause d'action est la même dans les deux actions et si le demandeur a eu la possibilité de recouvrer, dans la première action, ce qu'il cherche à recouvrer dans la deuxième. C'est le recours qui fusionne avec le jugement plutôt que la cause d'action elle-même, de sorte que la créance continue à exister; lorsque le créancier dispose de plus d'un recours, pareille créance continue à exister telle quelle. La Bank of Scotland détenait une hypothèque qui donnait naissance à une réclamation portant sur la chose telle qu'elle était représentée par le produit de la vente du *Nel*, et dont il était possible de se prévaloir pour le plein montant qui était dû dans le cadre de l'audience relative à la question de l'ordre de priorité.

Les créanciers en matière réelle, qui viennent après la Bank of Scotland, ont soutenu que l'on devrait s'écarter de l'ordre de priorité habituel, de façon que la banque vienne après les créanciers qui ne détiennent pas de privilèges maritimes. On ne devrait pas s'écarter de l'ordre habituel des priorités si ce n'est en raison de circonstances particulières, et le pouvoir en *equity* de modifier la collocation établie de longue date ne devrait être exercé que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice évidente. Pour modifier le rang que la Bank of Scotland occuperait habituellement, après un privilège maritime et avant un droit réel prévu par la loi, il faut se fonder sur des circonstances particulières. L'argument selon lequel la demanderesse a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le *Nel* et contre les autres navires est dans une large mesure fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses. Il incombe à la partie qui cherche à faire modifier l'ordre de priorité établi de démontrer clairement qu'il existe des circonstances spéciales et que le résultat est manifestement injuste. Les créanciers n'ont pas satisfait à ce critère. Il n'existait aucune circonstance particulière créant une injustice flagrante justifiant la modification de l'ordre de priorité habituel. En intentant la présente action réelle, la banque a pris une décision raisonnable. Elle avait le droit de réclamer le montant soumis le 4 janvier 1999, moins diverses déductions, plus les sommes payées au titre des salaires de l'équipage et des frais de vente; elle avait également droit à tout excédent une fois payées les créances qui venaient avant la sienne.

2) La Cour a également examiné le statut et le rang de diverses réclamations faites par des fournisseurs qui avaient

First, Alpha Bunkering of Greece, which supplied bunker fuel through a subcontractor in Panama, claimed a maritime lien under Panamanian or American law. On the basis of the jurisdiction clause of the subcontractor who supplied the fuel which the owner of the *Nel* ordered from Alpha Bunkering, American law applied and Alpha Bunkering held a maritime lien. The supply of bunkers in Panama gives rise to a maritime lien under Article 1507 of the *Commercial Code of Panama*. However, the parties to the transaction stipulated American law to apply, thus negating the effect of the Code. The maritime lien for necessities delivered outside the United States ranks after a foreign preferred mortgage; only a limited number of so-called American maritime liens outrank a mortgage. The lien claimed by Alpha Bunkering was not a preferred maritime lien in the sense that it attached after the Bank of Scotland's mortgage was registered. It was a maritime lien travelling with the ship. In the Canadian system of priorities, while the Alpha Bunkering lien was not a preferred maritime lien, it still ranked ahead of the Bank of Scotland's mortgage.

Second, Aktina S.A., a Greek business, is a travel agent supplying air travel tickets for ship crews. In August 1996, Aktina and Leond Maritime Inc., owner of the fleet of which the *Nel* was part, entered into an agreement whereby, on instructions from Leond, Aktina would organize travels and purchase tickets. This agreement set out a ticketing supply and payment procedure which, if adhered to by the parties, would result in a pure *in personam* claim, with no *in rem* facet giving rise to a maritime lien. Such lien could not arise under Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926 for two reasons. First, the Cooperation Agreement expressly provided that tickets will issue only "under telephone or other (written) order of Leond Maritime Inc.". The master had no right to request tickets from Aktina and thus could not in any way bring into play Article 2(5) and trigger a maritime lien. Second, Article 2(5) requires, to establish a maritime lien, that the necessities must have been ordered by the master. A maritime lien being, in a sense, an exceptional remedy, there ought to be clear evidence as to how it has arisen within the wording of Article 2(5) of the Brussels Convention. Aktina S.A. tried to protect itself through *in personam* agreements but could not claim a maritime lien against the *Nel*. If it has some kind of *in rem* claim at all, it is one coming behind that of the Bank of Scotland as mortgagee.

traité avec le *Nel*. En premier lieu, Alpha Bunkering, qui exploitait une entreprise en Grèce et qui avait fourni des soutes par l'entremise d'un sous-traitant, à Panama, avait fait valoir un privilège maritime en vertu du droit panaméen ou du droit américain. Compte tenu de la clause de compétence relative au sous-traitant qui a fourni le combustible que le propriétaire du *Nel* avait commandé à Alpha Bunkering, le droit américain s'appliquait et Alpha Bunkering était titulaire d'un privilège maritime. La fourniture des soutes à Panama crée un privilège maritime en vertu de l'article 1507 du *Commercial Code of Panama*. Toutefois, les parties ont stipulé que c'était le droit américain qui régissait l'opération, de sorte que ce code ne s'appliquait pas. Le privilège maritime se rapportant aux approvisionnements nécessaires livrés en dehors des États-Unis vient après une hypothèque privilégiée étrangère; un nombre restreint seulement de soi-disant privilèges maritimes américains viennent avant une hypothèque. Le privilège invoqué par Alpha Bunkering n'était pas un privilège maritime prioritaire en ce sens qu'il avait pris naissance après l'enregistrement de l'hypothèque de la Bank of Scotland. Il s'agissait d'un privilège maritime qui était rattaché au navire. Selon le système canadien des priorités, le privilège d'Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire, mais il venait néanmoins avant l'hypothèque de la Bank of Scotland.

Deuxièmement, Aktina S.A., une entreprise grecque, est un agent de voyages qui s'occupe de fournir des billets d'avion pour les équipages de navires. Au mois d'août 1996, Aktina et Leond Maritime Inc., propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie, ont conclu une entente selon laquelle, sur les instructions de Leond, Aktina devait organiser les voyages et acheter les billets. Cette entente énonçait une procédure de fourniture des billets et de paiement qui, si les parties s'y conformaient, donnait naissance à une simple créance personnelle ne comportant aucun élément réel susceptible de créer un privilège maritime. Pareil privilège ne pouvait pas prendre naissance en vertu du paragraphe 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'entente de collaboration prévoyait expressément que les billets étaient uniquement délivrés «à la demande de Leond Maritime Inc., faite par téléphone ou autrement (par écrit)». Le capitaine n'avait pas le droit de demander de billets à Aktina et il ne pouvait donc pas agir d'une façon qui puisse faire entrer en ligne de compte le paragraphe 2(5) et déclencher la création d'un privilège maritime. Deuxièmement, le paragraphe 2(5) exige, aux fins de la création d'un privilège maritime, que les approvisionnements nécessaires soient commandés par le capitaine. Étant donné qu'un privilège maritime est dans un certain sens un recours exceptionnel, il devrait exister une preuve claire au sujet de la façon dont il a pris naissance dans le contexte du paragraphe 2(5) de la Convention de Bruxelles. Aktina S.A. a tenté de se protéger au moyen d'ententes de nature personnelle, mais elle ne pouvait pas revendiquer un privilège maritime contre le *Nel*. Si Aktina a une quelconque créance réelle, cette créance vient après celle de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire.

Third, Ashland Chemical Company, which produces and supplies chemicals necessary for the operation of seagoing ships, claimed a maritime lien against the *Nel* for \$9,712.88. When necessities are supplied to a ship by or through an American supplier, whether at an American port or elsewhere, a maritime lien arises in favour of the supplier. The issue was whether Ashland's claim of maritime lien against nine other ships, said to be sisterships to the *Nel*, was also enforceable, as maritime lien, against the *Nel*. The maritime liens which Ashland brought into Canada to enforce under Canadian sistership procedure are rights against given ships, as opposed to substantive rights which might be attached to some other ships. Sistership procedure is set out in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*. The jurisdiction over goods and services, in essence necessities, may be enforced as a statutory right *in rem* as provided for in subsection 43(2) of the Act. This statutory right *in rem* arising out of a necessities claim has a priority coming after maritime liens and mortgages. A substantive American maritime lien does not fit into the sistership framework set out in subsection 43(8) of the Act which merely refers to the jurisdiction conferred by section 22 of the Act as being enforceable *in rem* against the sistership. Parliament did not intend that sistership legislation be easily defeated. In this case, the registered owners of the Leond Maritime fleet were sham companies and the operating company for all of the ships was Leond Maritime Inc. Ashland might enforce all of its claims, sistership or otherwise, against the *Nel*, but those claims arising out of necessities supplied to other ships may not be enforced against the *Nel* as maritime liens. The offending ship is the only ship subject to a maritime lien which forms a privileged claim against the specific ship, arising by operation of law. Ashland may enforce its claims against vessels related to the *Nel*, against the *Nel*, under the sistership provision in the *Federal Court Act*, but when so enforced, these claims do not have the same status as a maritime lien. They are enforced as statutory rights *in rem*, with a priority falling below that of a mortgagee. Ashland shall have, as a maritime lien holder with priority ahead of the Bank of Scotland, the sum of \$9,712.88.

Fourth, Sait Communications S.A. of Belgium claimed a maritime lien in the amount of \$20,672.64 together with interest. Belgian necessities suppliers have the benefit of maritime liens for contractual claims as set out in Article 23 of the Belgian Maritime Code. This was not a claim

Troisièmement, Ashland Chemical Company, qui fabrique et fournit les produits chimiques nécessaires au fonctionnement des navires long-courriers, a revendiqué un privilège maritime d'un montant de 9 712,88 \$ contre le *Nel*. Lorsque les approvisionnements nécessaires sont fournis à un navire par un fournisseur américain ou par l'entremise d'un fournisseur américain, dans un port américain ou ailleurs, un privilège maritime prend naissance en faveur du fournisseur. Il s'agissait de savoir si la revendication d'un privilège maritime par Ashland à l'encontre de neuf autres navires, qui étaient apparemment des navires frères du *Nel*, s'appliquait également au *Nel*, en tant que privilège maritime. Les privilèges maritimes qu'Ashland cherchait à faire valoir au Canada en vertu de la procédure canadienne relative aux navires frères sont des droits sur des navires donnés, par opposition aux droits qui pourraient se rattacher à certains autres navires. La procédure relative aux navires frères est énoncée au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La compétence sur les marchandises et services, qui sont essentiellement des approvisionnements nécessaires, peut être exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi comme le prévoit le paragraphe 43(2) de la Loi. Ce droit réel prévu par la loi découlant d'une réclamation relative aux approvisionnements nécessaires vient après les privilèges maritimes et les hypothèques. Les privilèges maritimes américains quant au fond ne s'appliquent pas dans le contexte des navires frères prévu au paragraphe 43(8) de la Loi, car cette disposition se rapporte simplement à la compétence en matière réelle conférée par l'article 22 de la Loi à l'encontre des navires frères. Le législateur ne voulait pas qu'il soit possible de se soustraire si facilement à la législation relative aux navires frères. En l'espèce, les propriétaires enregistrés de la flotte de Leond Maritime étaient des sociétés fictives et la société qui exploitait tous les navires était Leond Maritime Inc. Ashland pourrait faire valoir toutes ses réclamations, en se fondant sur la doctrine des navires frères ou autrement, à l'encontre du *Nel*, mais il ne serait pas possible de faire valoir à l'encontre du *Nel*, en tant que privilèges maritimes, les réclamations découlant des approvisionnements nécessaires fournis aux autres navires. Seul le navire en cause est assujéti à un privilège maritime, qui constitue une créance privilégiée contre ledit navire, découlant de l'application de la loi. Ashland peut faire valoir ses créances à l'encontre du *Nel* contre des navires liés au *Nel* en vertu de la disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* relative aux navires frères, mais en pareil cas, ces créances n'ont pas le même statut qu'un privilège maritime. Il s'agit de droits réels prévus par la loi prenant rang après une hypothèque. Ashland obtiendra la somme de 9 712,88 \$, en sa qualité de titulaire d'un privilège maritime prenant rang avant la Bank of Scotland.

Quatrièmement, Sait Communications S.A., établie en Belgique, a fait valoir un privilège maritime d'un montant de 20 672,64 \$, avec les intérêts. Les fournisseurs belges d'approvisionnements nécessaires détiennent des privilèges maritimes pour des réclamations contractuelles conformé-

resulting from a contract entered into by the master, acting within the scope of his authority and away from the vessel's home port. No maritime lien has accrued to Sait Communications S.A.

Fifth, Bureau Veritas, a ship classification organization based in France, claimed the equivalent of \$10,547.04 for various surveys carried out in Korea. In France, the necessities must have been ordered by the master. In this case, Bureau Veritas dealt with and indeed contracted with the shipowner and not with the master. Its claim to a share of the sale proceeds based upon a maritime lien was denied.

Sixth, there was a claim from Mariners' Medical Clinic, a Vancouver organization which arranged a survey of the *Nel*'s medical supplies and provided medical supplies in order to bring the ship up to the statutory standard, in November of 1997. These services and supplies, in the amount of \$1,353.31 were for the benefit of crew members of the *Nel*. It was appropriate and in keeping with the concept of justice that the usual priorities be varied so as to place Mariners' Medical Clinic in a position analogous to that of the holder of a maritime lien.

Finally, there were a number of claimants, both Canadian and offshore, who did not have the benefit of the maritime lien accorded to those necessities suppliers who may rely upon the law of a more favourable jurisdiction. These claimants had only a statutory right *in rem* upon which to rely, with a priority below that of a mortgagee. There were no surplus funds from which to satisfy such claims.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Belgian Maritime Code*, Art. 23.  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9.  
*Commercial Code of Panama*, Art. 1507.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(1),(2)(c),(m), 43(2),(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 437.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 210.  
 Greek Code of Private Maritime Law, Art. 205.  
*Interest Act*, R.S.C., 1985, c. I-15.  
*International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, Brussels, April 10, 1926, Art. 2(5).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships*, Brussels, May 10, 1952.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 12, 15(2)(b).

ment à l'article 23 du Code maritime belge. La réclamation ne résultait pas d'un contrat passé par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs. Sait Communications S.A. n'a acquis aucun privilège maritime.

Cinquièmement, Bureau Veritas, une société de classification de navires établie en France, réclamait une somme correspondant à 10 547,04 \$ pour diverses études effectuées en Corée. En France, les approvisionnements nécessaires doivent être commandés par le capitaine. En l'espèce, Bureau Veritas a traité avec le propriétaire du navire plutôt qu'avec le capitaine et a de fait conclu un contrat avec le propriétaire. Sa réclamation à l'égard d'une partie du produit de la vente, fondée sur un privilège maritime, a été rejetée.

Sixièmement, il y avait une réclamation de Mariners' Medical Clinic, une organisation de Vancouver qui avait veillé à ce que les fournitures médicales destinées au *Nel* soient vérifiées et avait approvisionné le navire en fournitures médicales au mois de novembre 1997, de façon qu'il satisfasse à la norme légale. Ces services et fournitures, d'un montant de 1 353, 31 \$, étaient destinés aux membres de l'équipage du *Nel*. Il était approprié et juste que l'ordre de priorité habituel soit modifié de façon à placer Mariners' Medical Clinic dans une situation analogue à celle du titulaire d'un privilège maritime.

Enfin, il y avait un certain nombre de créanciers, tant canadiens qu'étrangers, ne bénéficiant pas du privilège maritime accordé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui peuvent se fonder sur le droit d'un pays plus favorable. Ces créanciers pouvaient uniquement invoquer un droit réel prévu par la loi et prendre rang après le créancier hypothécaire. Il n'y avait pas de fonds excédentaires qui soient disponibles en vue de payer ces réclamations.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code grec de droit maritime privé, art. 205.  
*Code maritime belge*, art. 23.  
*Commercial Code of Panama*, art. 1507.  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, Bruxelles, 10 avril 1926, art. 2(5).  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*, Bruxelles, 10 mai 1952.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12, 15(2)b).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(1),(2)(c),(m), 43(2),(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9.  
*Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. I-15.  
*Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994).



*Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994).  
*Supreme Court Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 54.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 437.  
*Règles de la Cour fédérale, 1998*, DORS/98-106, règle 210.

*Supreme Court Act, 1981* (R.-U.), 1981, ch. 54.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Fraser Shipyards and Industrial Centre Ltd. v. Atlantis Two (The)* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39 (C.A.); *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.); *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.); *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (T.D.); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883; (1996), 111 F.T.R. 81 (T.D.); affd (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Hollandsche Aanneming Maatschappij v. Ryan Leet (The)* (1997), 135 F.T.R. 67 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661; (1979), 100 D.L.R. (3d) 11 (T.D.); varied by *Osborn Refrigeration Sales & Service Inc. v. The Ship "Atlantean I" et al.* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395; 52 N.R. 10 (F.C.A.); *Östgöta Enskilda Bank v. The Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36; (1992), 55 F.T.R. 1 (T.D.); *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.); *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171 (Sask. K.B.); *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 85; *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85; *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222; *The Skyptron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985); *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. v. Ship Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (F.C.T.D.); *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678; (1959), 124 C.C.C. 241; 31 C.R. 36; *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 411 (C.A.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267; *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Fraser Shipyards and Industrial Centre Ltd. c. Atlantis Two (L')* (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39 (C.A.); *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.); *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.); *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (1<sup>re</sup> inst.); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883; (1996), 111 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1997), 125 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Hollandsche Aanneming Maatschappij c. Ryan Leet (Le)* (1997), 135 F.T.R. 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661; (1979), 100 D.L.R. (3d) 11 (1<sup>re</sup> inst.); modifié par *Osborn Refrigeration Sales & Service Inc. c. Le navire «Atlantean I» et al.* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395; 52 N.R. 10 (C.A.F.); *Östgöta Enskilda Bank c. Le Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36; (1992), 55 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.); *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.); *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171 (B.R. Sask.); *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 85; *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85; *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222; *The Skyptron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985); *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. c. Navire Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] R.C.S. 678; (1959), 124 C.C.C. 241; 31 C.R. 36; *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 411 (C.A.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267; *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy*, [1971] F.C. 556 (T.D.); *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.); *Holt Cargo Systems Inc. v. Brussel (The)*, [2000] F.C.J. No. 197 (T.D.) (QL); *Bank of Scotland v. Nel (The)* (1997), 140 F.T.R. 271 (F.C.T.D.); *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [1999] 2 F.C. 417; (1998), 161 F.T.R. 267 (T.D.); *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127 (Adm. Ct.); *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610; *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *Banco Do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537; *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (T.D.); *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.); *Dunne v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Creighton v. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.); *Brunsdn v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.); *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206; *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853 (D.C. Sea.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42; *Acrux, The*, [1965] P. 391; *John G. Steven, The*, 170 U.S. 113 (1898); 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1.

## AUTHORS CITED

Bower, George Spencer and Sir Alexander Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. London: Butterworths, 1969.

Dunlop, C. R. B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Gilmore, Grant and Charles L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.

*Halbury's Laws of England*, vol 16, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed. New York: LLP Inc., 1996.

Parks, Alex Leon and Edward V. Cattell. *The Law of Tug, Tow, and Pilotage*, 3rd ed. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1994.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1<sup>re</sup> inst.); *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1<sup>re</sup> inst.); *Holt Cargo Systems Inc. c. Brussel (Le)*, [2000] A.C.F. n° 197 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bank of Scotland c. Nel (Le)* (1997), 140 F.T.R. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [1999] 2 C.F. 417; (1998), 161 F.T.R. 267 (1<sup>re</sup> inst.); *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127 (Adm. Ct.); *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610; *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *Banco Do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le)* (1993), 68 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537; *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (1<sup>re</sup> inst.); *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.); *Dunne c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Creighton c. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.); *Brunsdn v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.); *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206; *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853 (D.C. Sea.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); conf. par [1987] 1 R.C.S. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42; *Acrux, The*, [1965] P. 391; *John G. Steven, The*, 170 U.S. 113 (1898); 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1.

## DOCTRINE

Bower, George Spencer et Sir Alexander Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. London: Butterworths, 1969.

Dunlop, C. R. B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Gilmore, Grant and Charles L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.

*Halbury's Laws of England*, vol 16, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed., New York: LLP Inc., 1996.

Parks, Alex Leon and Edward V. Cattell. *The Law of Tug, Tow, and Pilotage*, 3rd ed. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1994.

Price, Griffith. *The Law of Maritime Liens*. London: Sweet & Maxwell, 1940.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

MOTION to determine priorities following the court ordered sale of the Cypriot vessel *Nel*, which had been arrested by the plaintiff for default under a mortgage. The usual order of priorities applied so that the plaintiff's mortgage should be ranked after maritime liens but ahead of statutory rights *in rem*.

APPEARANCES:

*Peter G. Bernard* for plaintiff.  
*Louis Buteau* for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*Jonathan S. McLean* for claimant Aktina S.A.

*David F. McEwen* for claimant Ashland Chemical Co.

SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.

*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*Edwards, Kenny, Bray*, Vancouver, for claimant Aktina S.A.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for claimant Ashland Chemical Co.

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

[1] HARGRAVE P.: In November of 1997 the 25,599 gross ton Cypriot bulk and container carrier *Nel* was arrested at Vancouver by the plaintiff, The Governor and Company of the Bank of Scotland (the Bank of Scotland), as mortgagee, for the Bank of Scotland's mortgage was in default. Indeed the owner of the *Nel* had abandoned her, closed its office, removed the office furniture and disappeared. As so often happens subsequent arrest, caveat and claim then rained down upon hapless *Nel*. The unfortunate situation was compounded by the fact that the *Nel* had had aboard, for some time, a cargo of bulk sulfur loaded at

Price, Griffith. *The Law of Maritime Liens*. London: Sweet & Maxwell, 1940.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

REQUÊTE visant à permettre de déterminer l'ordre de priorité à la suite de la vente judiciaire du navire chypriote *Nel*, qui avait été saisi par la demanderesse parce que l'hypothèque n'avait pas été payée. L'ordre de priorité habituel s'appliquait de sorte que l'hypothèque de la demanderesse devait prendre rang après les privilèges maritimes, mais avant les droits réels prévus par la loi.

ONT COMPARU:

*Peter G. Bernard* pour la demanderesse.  
*Louis Buteau* pour Alpha Bunkering Co. Ltd., partie réclamante.  
*Jonathan S. McLean* pour Aktina S.A., partie réclamante.  
*David F. McEwen* pour Ashland Chemical Co., partie réclamante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour Alpha Bunkering Co. Ltd., partie réclamante.  
*Edwards, Kenny, Bray*, Vancouver, pour Aktina S.A., partie réclamante.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour Ashland Chemical Co., partie réclamante.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Au mois de novembre 1997, le vraquier et porte-conteneurs chypriote de 25 599 tonnes brutes *Nel* a été saisi à Vancouver par The Governor and Company of the Bank of Scotland (la Bank of Scotland), demanderesse, en sa qualité de créancière hypothécaire, parce que l'hypothèque dont la Bank of Scotland était titulaire n'avait pas été payée. En fait, le propriétaire du *Nel* avait abandonné le navire, avait fermé son bureau, avait enlevé le mobilier et avait disparu. Comme cela arrive si souvent après une saisie, caveat et réclamations se sont abattus sur le pauvre *Nel*. À cette malen-

Vancouver: visions of further delay and potentially massive electro-chemical corrosion damage in the manner of the *Cambridgeshire*, were very real possibilities. Moreover, removal of the sulfur at Vancouver was not realistic.

[2] On the brighter side, the plaintiff was, in fairly short order, able to find a buyer for the *Nel* who was prepared to deliver the cargo. Therefore, the Court ordered the sale of the vessel, *pendente lite*, at \$5,000,000 apportioned \$4,910,450 and \$89,550 for the ship and for the bunkers aboard the ship, respectively. All figures in these reasons are in American dollars, unless otherwise specified.

[3] The present reasons arise out of a hearing to determine priorities. While there are various essential facts impinging on the priorities, I will deal with pertinent facts where called for in the reasons. I will first turn to some basic applicable law as to priorities.

#### SOME USUAL PRIORITIES

[4] The priorities given to maritime claims in Canada are set out in a number of cases including *Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy*, [1971] F.C. 556 (T.D.); *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248 [hereinafter referred to as *The Ioannis Daskalelis*]; *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661 (T.D.); *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883 (T.D.); upheld on appeal (1997), 125 F.T.R. 284; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Atlantis Two (The)* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); and *Holt Cargo Systems Inc. v. Brussel (The)*, [2000] F.C.J. No. 197 (T.D.) (QL). These cases, taken together, principles from which I have applied, deal extensively with most of the priorities issues which one might encounter.

contreuse situation venait s'ajouter le fait que le *Nel* avait à son bord depuis un certain temps du soufre en vrac qui avait été chargé à Vancouver: il était fort possible que la situation occasionne un retard additionnel et crée une corrosion massive électro-chimique comme cela s'était produit dans le cas du *Cambridgeshire*. En outre, il n'était pas réaliste de décharger le soufre à Vancouver.

[2] Heureusement, la demanderesse a pu à bref délai trouver un acquéreur qui était prêt à acheter le *Nel* et à livrer la cargaison. La Cour a donc ordonné que le navire soit vendu, pendant le procès, pour la somme de 5 000 000 \$, des montants de 4 910 450 \$ et 89 550 \$ étant respectivement attribués au navire et aux soutes. Il est à noter que tous les montants mentionnés dans ces motifs sont exprimés en dollars américains sauf indication contraire.

[3] Les présents motifs découlent d'une audience visant à déterminer l'ordre de priorité des créanciers. Divers faits essentiels influent sur l'ordre de priorité, mais j'examinerai les faits pertinents au fur et à mesure qu'il sera opportun de le faire dans ces motifs. J'examinerai d'abord certains principes juridiques de base qui s'appliquent à l'ordre de priorité.

#### ORDRE DE PRIORITÉ HABITUEL

[4] La question de l'ordre de priorité des créances maritimes au Canada a été examinée dans un certain nombre d'arrêts, notamment *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1<sup>re</sup> inst.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Campania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248 [ci-après appelé l'*Ioannis Daskalelis*]; *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661 (1<sup>re</sup> inst.); *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1<sup>re</sup> inst.); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé en appel (1997), 125 F.T.R. 284; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Atlantis Two (L')* (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Holt Cargo Systems Inc. c. Brussel (Le)*, [2000] A.C.F. n° 197 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Tous ces arrêts dans leur ensemble, et j'ai appliqué les principes qui y étaient énoncés, traitent longuement de la plupart des questions d'ordre de priorité qui sont susceptibles de se poser.

[5] Returning to the basic ranking of *in rem* claims in Canada, it is as follows:

1. Disbursements of the admiralty marshal or sheriff;
2. The costs of the sale, including those of the plaintiff in an action arising out of arrest, appraisal and sale, or in the alternative, the claim of a party, other than the plaintiff, who has been instrumental in bringing the ship to sale;
3. Possessory liens predating other liens;
4. Maritime liens;
5. Possessory liens arising after maritime liens;
6. Mortgages;
7. Statutory rights *in rem*, including for the supply of necessities, which rank *pari passu* among themselves.

[6] In the present instance there are lien claimants who rely upon American maritime liens. There are sufficient funds to satisfy all of those who in fact hold American maritime liens and thus I do not have to rank those claimants.

[7] The position of American maritime lien holders is set out in *The Ioannis Daskalelis*, *supra*, substantially commented upon in *The Atlantis Two*, *supra*, at pages 13 through 15. In the present instance it suffices to say that the Supreme Court, in *The Ioannis Daskalelis*, established that the holder of a substantive American maritime lien is able to bring the lien into Canada and then use our procedural legislation, found in the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and Rules, [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] to enforce that lien. Effectively the right is American and the remedy Canadian. The result is that an American necessities supplier, granted a maritime lien under section 971 of the United States Code, now section 31342, unlike the Canadian necessities supplier, takes priority along with other maritime lien holders ahead of a mortgagee.

[5] Le classement de base des créances réelles au Canada est le suivant:

1. Les débours du prévôt d'amirauté ou du shérif.
2. Les frais de vente, y compris les frais du demandeur dans une action relative à la saisie, à l'évaluation et à la vente, ou subsidiairement, la créance d'une partie autre que le demandeur qui a contribué à la mise en vente du navire.
3. Les privilèges possessoires antérieurs aux autres privilèges.
4. Les privilèges maritimes.
5. Les privilèges possessoires postérieurs aux privilèges maritimes.
6. Les hypothèques.
7. Les droits réels prévus par la loi, y compris les droits se rapportant à la fourniture d'approvisionnements nécessaires, qui occupent le même rang entre eux.

[6] En l'espèce, certains créanciers privilégiés se fondent sur l'existence de privilèges maritimes américains. Les fonds sont suffisants pour désintéresser tous les créanciers qui détiennent de fait un privilège maritime américain; je n'ai donc pas à attribuer un rang à ces créanciers.

[7] Le rang qu'occupent les titulaires de privilèges maritimes américains est établi dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, précité, qui a fait l'objet de longs commentaires dans l'arrêt *Atlantis Two*, précité, aux pages 13 à 15. En l'espèce, il suffit de dire que dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, la Cour suprême a établi que le titulaire d'un privilège maritime américain quant au fond peut invoquer le privilège au Canada et se prévaloir ensuite de notre législation procédurale, énoncée dans la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et dans les Règles, [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] pour l'exercer. Il s'agit en fait d'un droit américain, mais d'un recours canadien. Par conséquent, le fournisseur américain d'approvisionnements nécessaires qui se voit attribuer un privilège maritime en vertu de l'article 971 du Code américain, maintenant article 31342, contrairement au fournisseur canadien d'approvisionnements

[8] Several of the claimants submit that the usual order of priorities, giving a mortgagee priority over the mere right *in rem* held by some of the necessities claimants, ought not to apply. I will consider the law on this point in the context of the Bank of Scotland's claim. I now turn to the claims against the sale proceeds.

### CLAIMS

[9] I should begin by noting concessions made by the Bank of Scotland, involving settlement of claims which, in effect, come out of the residual funds which would go to the Bank of Scotland after resolving all of the lien claims which take priority. The claims of HBI International were compromised at \$19,000, together with costs of \$2,750, the latter figure in Canadian dollars. The second claim settled at an early stage was that of the Pacific Pilotage Authority, in the amount of C\$1,632.60. The Pacific Pilotage settlement involved not a recognition of a priority by way of a maritime lien, but merely a voluntary grant of priority over the bank's mortgage. The third claim settled before the determination of priorities was that of Canpotex Shipping Services Ltd. (Canpotex), for costs in the amount of C\$3,000. Canpotex has also already recovered \$89,550, being proceeds of the sale of bunkers aboard the *Nel*.

[10] I have already noted that claims, unless otherwise specified, are in American dollars. However, there is the issue of exchange rates, which I will touch upon, as well as interest rates to be applied.

### Exchange Rates

[11] In the present instance a conversion or exchange rate problem does not, for the most part,

nécessaires, prend rang, avec les autres titulaires de privilèges maritimes, avant le créancier hypothécaire.

[8] Plusieurs créanciers soutiennent qu'il ne faudrait pas appliquer l'ordre de priorité habituel, selon lequel le créancier hypothécaire vient avant certains créanciers qui ont fourni des approvisionnements nécessaires et qui sont titulaires d'un simple droit réel. J'examinerai le droit sur ce point en traitant de la réclamation de la Bank of Scotland. Je parlerai maintenant des réclamations qui sont faites à l'égard du produit de la vente.

### LES RÉCLAMATIONS

[9] Il convient tout d'abord de noter les concessions que la Bank of Scotland a faites, en ce qui concerne le règlement de réclamations qui en fait sont payées à même le reliquat qui serait remis à la banque une fois payées toutes les créances privilégiées qui ont priorité. Les réclamations de HBI International ont fait l'objet d'un compromis et ont été établies à 19 000 \$, avec des frais de 2 750 \$, ce dernier montant étant exprimé en dollars canadiens. La deuxième réclamation qui a fait l'objet d'un règlement au tout début de l'instance était celle de l'Administration du pilotage du Pacifique, d'un montant de 1 632,60 \$CAN. Le règlement concernant l'Administration de pilotage du Pacifique ne découlait pas de la reconnaissance d'un rang prioritaire fondé sur un privilège maritime, mais simplement de l'attribution volontaire d'un rang supérieur à celui qu'occupait l'hypothèque de la banque. La troisième réclamation qui a fait l'objet d'un règlement avant que l'ordre de priorité soit déterminé était celle de Canpotex Shipping Services Ltd. (Canpotex), à l'égard de frais s'élevant à 3 000 \$CAN. Canpotex a également déjà recouvré 89 550 \$, représentant le produit de la vente des soutes que renfermait le *Nel*.

[10] J'ai déjà fait remarquer que, sauf indication contraire, le montant des créances est exprimé en dollars américains. Toutefois, il y a la question du taux de change, que je vais aborder, ainsi que des taux d'intérêt à appliquer.

### Les taux de change

[11] En l'espèce, le problème de la conversion ou du taux de change ne se pose en général pas car le prix

arise, for the sale price of the *Nel* has been held in American dollars. Thus the conversion rates apply only to those claims, which are in the minority, which are not in American dollars.

[12] For those claimants who have rendered accounts in Canadian dollars, or in currencies other than American dollars, I have exercised my discretion as to exchange rates. Rather than look to a judgment date, to a breach date, to a ship sale date, or to the present date, I have decided to use the figure which appear in the 14 January 1998 affidavit of Georgia Stavridis, being the 13 January 1998 currency spot and forward rates prepared by the Bank of Montréal, Treasury Group.

#### Interest on Claims

[13] Various interest calculations applied with the claims. In the case of pre-judgment interest I have drawn guidelines which are summarized in *The Brussel, supra*:

1. Where a contract specifies a rate, that will be applied to the date of the sale of the *Nel*;
2. Where there is no agreed rate applicable to a Canadian cause of action, provincial pre-judgment interest rates may be effected;
3. Where there is no agreed contractual rate applicable to an off-shore claim, the federal *Interest Act* [R.S.C., 1985, c. I-15] may be relevant; and
4. None of these general principles detract from the Federal Court's admiralty jurisdiction discretion to award pre and post-judgment interest at a rate which the Court views as appropriate given the circumstances of the claim and the positions of the claimants.

[14] I shall apply these guidelines in the present instance, utilizing the Court's discretion, being the fourth principle set out above, as follows:

1. Where the rate is set by contract, that rate shall govern from the date of the inception of the claim to

de vente du *Nel* était exprimé en dollars américains. Par conséquent, les taux de conversion s'appliquent uniquement aux créances qui ne sont pas exprimées en dollars américains, c'est-à-dire à la minorité des créances.

[12] En ce qui concerne les créanciers qui ont présenté des comptes en dollars canadiens ou autrement qu'en dollars américains, j'ai exercé mon pouvoir discrétionnaire à l'égard des taux de change. Au lieu de tenir compte de la date d'un jugement, d'une violation, de la vente d'un navire ou encore de la date actuelle, j'ai décidé d'employer le taux mentionné dans l'affidavit du 14 janvier 1998 de Georgia Stavridis, c'est-à-dire le cours du change au comptant du 13 janvier 1998 et le cours à terme qui ont été établis par le groupe de la trésorerie de la Banque de Montréal.

#### Intérêts sur les créances

[13] Divers calculs s'appliquaient à l'égard des intérêts. Dans le cas des intérêts avant jugement, je me suis fondé sur les lignes directrices qui sont résumées dans l'arrêt *Brussel*, précité:

1. Lorsqu'un contrat précise un taux, ce taux s'applique jusqu'à la date de la vente du *Nel*;
2. Lorsqu'il n'existe aucun taux convenu applicable à une cause d'action canadienne, les taux d'intérêt provinciaux avant jugement peuvent être utilisés;
3. Lorsqu'il n'existe aucun taux contractuel convenu applicable à une créance étrangère, la *Loi sur l'intérêt* [L.R.C. (1985), ch. I-15] fédérale peut être pertinente;
4. Aucun de ces principes généraux ne porte atteinte au pouvoir discrétionnaire que possède la Cour fédérale, en droit maritime, d'accorder des intérêts avant et après jugement à un taux que la Cour estime approprié eu égard aux circonstances relatives à la réclamation et aux rangs des créanciers.

[14] J'appliquerai comme suit ces lignes directrices à la présente instance, en utilisant le pouvoir discrétionnaire de la Cour conformément au quatrième principe susmentionné:

1. Lorsque le taux est fixé par contrat, ce taux s'applique à compter de la date de la création de la

the date of the order for the sale of the *Nel*, 3 December 1997;

2. If there is no contractual rate, the rate, to the date of the sale of the *Nel*, shall be 7%; and

3. Post-judgment interest where there is no contractual rate shall be the average interest rate paid on the sale price fund of the *Nel*.

#### Payment of Crew Wages and Costs of Sale

[15] The Bank of Scotland, in addition to its claim secured by the mortgage on the *Nel*, claims for expenditures in connection with the sale of the *Nel*, principally crew wages and repatriation costs, pursuant to my order of 9 December 1997 [(1997), 140 F.T.R. 271 (F.C.T.D.)]. The claim is as follows:

1. Paid to Captain Kocherov as reimbursement for an amount paid to Tymac Launch Services Ltd. for water supplied to ship on November 11, 1997	\$1,400.00
2. Paid to CTL Westrans for evaluations relating to sale of the <i>Nel</i> (Cdn \$1,750.00)	\$1,190.00
3. Cost of Advertising (Cdn \$410.78)	\$279.33
4. Wages paid to Crew	\$54,074.02
5. Repatriation costs of those crew members who left the <i>Nel</i> at the time of sale	\$14,123.74
TOTAL	\$71,067.09

[16] In the present instance, there being no admiralty marshall's expense as such, the costs of the sale, \$71,067.09, paid by the Bank of Scotland, take a first priority.

[17] In reaching this conclusion I have considered payment of wages, master's disbursements and repatriation costs, in much the same way as in *The Atlantis Two*, *supra*, at page 16 and following. Similarly, wage claims and repatriation costs may be paid by someone else and still, where there is an assignment or a Court

créance jusqu'à la date de l'ordonnance prévoyant la vente du *Nel*, soit le 3 décembre 1997;

2. S'il n'existe aucun taux contractuel, le taux, jusqu'à la date de la vente du *Nel*, sera de 7 p. 100;

3. Les intérêts après jugement, lorsqu'il n'existe aucun taux contractuel, correspondront au taux d'intérêt moyen payé sur le fonds créé par suite de la vente du *Nel*.

#### Paiement des salaires de l'équipage et des frais de vente

[15] En plus de la créance garantie par l'hypothèque qu'elle détient sur le *Nel*, la Bank of Scotland réclame les dépenses liées à la vente du *Nel*, lesquelles se rapportent principalement aux salaires de l'équipage et aux frais de rapatriement, conformément à l'ordonnance que j'ai rendue le 9 décembre 1997 [(1997), 140 F.T.R. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. Les montants réclamés sont les suivants:

1. Montant versé au capitaine Kocherov aux fins du remboursement du montant versé à Tymac Launch Services Ltd. pour l'eau fournie au navire le 11 novembre 1997	1 400,00 \$
2. Montant versé à CTL Westrans pour les évaluations liées à la vente du <i>Nel</i> (1 750 \$CAN)	1 190,00 \$
3. Frais de publicité (410,78 \$CAN)	279,33 \$
4. Salaires versés à l'équipage	54 074,02 \$
5. Frais de rapatriement des membres d'équipage qui ont quitté le <i>Nel</i> au moment de la vente	14 123,74 \$
TOTAL	71 067,09 \$

[16] En l'espèce, étant donné qu'il n'y a pas de frais de prévôt d'amirauté en tant que tels, les frais de vente, de 71 067,09 \$ payés par la Bank of Scotland occupent le premier rang.

[17] En arrivant à cette conclusion, j'ai tenu compte du paiement des salaires, des débours du capitaine et des frais de rapatriement à peu près de la même façon que dans l'arrêt *Atlantis Two*, précité, aux pages 16 et suivantes. De même, les créances relatives aux salaires et aux frais de rapatriement peuvent être payées par



order, retain their priorities in the hands of that other person: see for example William Tetley in *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montréal: International Shipping Publications, 1988, at pages 1230 and 1231 and *The Atlantis Two*, *supra*, at page 18. Indeed, in the present instance, there was an assignment of each wage claim to make it clear that the Bank of Scotland was in a position to step into the priorities which the crew members, including the master, held for wages, repatriation expenses and for master's disbursements.

[18] This claim for sale related costs is proper, was never seriously contested and stands, as I say, as a first charge. I now turn to the claim of the Bank of Scotland as mortgagee.

#### The Mortgagee

[19] It is appropriate, in this instance, to deal initially with the claim of the mortgagee, the Bank of Scotland, for were that claim to fail, in whole or in part, there could be funds from the sale price available to necessary suppliers who hold not maritime liens, but mere rights *in rem*, which come behind the valid claim of a mortgagee.

#### (a) Form of Mortgage

[20] I will touch upon further pertinent terms of the Bank's security against the *Nel* and the other vessels providing security under the Bank of Scotland's fleet mortgage where appropriate. Here I will, however, observe that the mortgage is in account current form, a document which can form all encompassing security. In the view of the Bank of Scotland, the mortgage secures the initial loan, the running account kept between the Bank of Scotland and the owner of the fleet which included the *Nel*, and interest. As to the running account, the account current mortgage of the *Nel*, on its face, covers a broad range of amounts owing, including advances made to or on behalf of the owner, by the Bank of Scotland, from time to time. The second paragraph of the Bank of Scotland's

quelqu'un d'autre tout en conservant leur rang prioritaire entre les mains de cette personne lorsqu'une cession a été effectuée ou qu'une ordonnance judiciaire a été rendue: voir par exemple *Maritime Liens and Claims*, de William Tetley 2<sup>e</sup> éd., Montréal: International Shipping Publications, 1998, aux pages 1230 et 1231, et *Atlantis Two*, précité, à la page 18. De fait, en l'espèce, chaque créance relative au salaire a été cédée de façon qu'il soit clair que la Bank of Scotland puisse occuper le rang que les membres d'équipage, y compris le capitaine, occupaient à l'égard des salaires, des frais de rapatriement et des débours du capitaine.

[18] La créance relative aux frais liés à la vente est valide; elle n'a jamais sérieusement été contestée et, comme je l'ai dit, il s'agit d'une première charge. J'examinerai maintenant la réclamation de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire.

#### La créancière hypothécaire

[19] En l'espèce, il convient d'examiner d'abord la réclamation de la créancière hypothécaire, c'est-à-dire la Bank of Scotland. En effet, si cette réclamation était en totalité ou en partie rejetée, il se pourrait que certains fonds tirés de la vente soient mis à la disposition des fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui, au lieu de détenir des privilèges maritimes, détiennent de simples droits réels, qui viennent après la créance valide d'un créancier hypothécaire.

#### a) Forme de l'hypothèque

[20] J'examinerai le cas échéant d'autres conditions pertinentes de la garantie que la banque détient sur le *Nel* et sur les autres navires en vertu de l'hypothèque grevant la flotte. Toutefois, je ferai ici remarquer qu'il s'agit d'une hypothèque sous la forme d'un compte courant, soit un document qui peut servir de garantie générale. De l'avis de la Bank of Scotland, l'hypothèque garantit le prêt initial, le compte courant existant entre la Bank of Scotland et le propriétaire de la flotte dont faisait partie le *Nel* ainsi que les intérêts. L'hypothèque relative au compte courant dont le *Nel* est grevé s'applique à première vue à une vaste gamme de créances, y compris les avances que la Bank of Scotland a consenties au fil du temps au propriétaire ou pour le compte du propriétaire. Selon le deuxième

mortgage sets out that it secures payment of:

. . . all sums for the time being owing to the Mortgagee on the account current, including all sums due or to become due to the Mortgagee under and by virtue of the Loan Agreement and Deed of Covenants whether by way of principle, interest or otherwise and all costs, charges, expenses and other monies connected with or incurred for the purpose of creating, preserving, maintaining, protecting, enforcing or attempting to enforce this security . . .

[21] This broad view of the scope of security provided by an account current mortgage is not only in keeping with the practice of marine solicitors and within the intent of the parties, viewing the transactions between the Bank of Scotland and the owners of the mortgaged fleet as a whole, but it also corresponds with the view of the Nova Scotia Court of Appeal in *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39, two pertinent passages from which are as follows [at pages 43-45]:

The plaintiff's contention is that by the terms of the recital the mortgage was given as security for "money advanced and to be advanced for purposes connected with shipping and trade," and was not for, and does not cover supplies for defendant, or obtained by defendant from other merchants, and supplied to him. However inapt the language used in the mortgage may have been, it is selfevident, viewing the whole transaction between the parties, that the real intention of the plaintiff was to give the defendant security on his vessel for his current account, including moneys and supplies of every kind.

. . .

It cannot be contended the "account current" meant money advanced only. As used it clearly meant money used in advances, and such articles as were, and had been charged in accounts current from year to year, all of which was to be settled up and ascertained on 31st December in each year. The nature and course of dealings between the parties must be taken into consideration in interpreting such an instrument as this.

[22] Taking into account the general nature of an account current mortgage, together with the specific

paragraphe de l'acte hypothécaire, l'hypothèque garantit le paiement de:

[TRADUCTION] [. . .] toutes les sommes qui à l'heure actuelle sont dues au créancier hypothécaire sur le compte courant, y compris toutes les sommes qui sont dues au créancier hypothécaire en vertu du contrat de prêt et de l'acte d'engagement ou qui deviendront dues, au titre du principal et des intérêts ou à quelque autre titre, ainsi que les frais, charges, dépenses et autres sommes liées à la création, à la préservation, au maintien, à la protection, à la réalisation ou à une tentative de réalisation de la présente garantie [. . .]

[21] Cette conception large de l'étendue de la garantie fournie par une hypothèque relative à un compte courant est non seulement conforme à la pratique des avocats spécialisés en droit maritime et à l'intention des parties, les opérations conclues entre la Bank of Scotland et les propriétaires de la flotte grevée d'une hypothèque étant considérées dans leur ensemble, mais elle correspond aussi à l'avis exprimé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39, dont deux passages pertinents sont ci-après cités [aux pages 43 à 45]:

[TRADUCTION] La partie demanderesse soutient que, selon le libellé des attendus, l'hypothèque visait à garantir «les sommes avancées et devant être avancées à des fins liées à la navigation et au commerce» et qu'elle n'était pas destinée à s'appliquer aux approvisionnements fournis par la partie défenderesse, et ne s'applique pas à pareils approvisionnements, ou aux approvisionnements fournis à la partie demanderesse que la partie défenderesse a obtenus d'autres commerçants. Même si l'acte hypothécaire est peut-être mal rédigé, il est évident, compte tenu de l'opération conclue entre les parties dans son ensemble, que la demanderesse avait en fait l'intention d'accorder à la partie défenderesse une garantie sur son navire à l'égard du compte courant, ce qui comprenait les sommes consenties et les approvisionnements fournis, quels qu'ils soient.

[. . .]

On ne saurait soutenir que l'expression «compte courant» s'entendait uniquement des sommes avancées. Telle qu'elle était employée, cette expression se rapportait clairement aux sommes consenties à titre d'avances ainsi qu'aux articles qui chaque année étaient et avaient été imputés aux comptes courants, qui devaient tous être réglés le 31 décembre de chaque année. En interprétant un instrument comme celui-ci, il faut tenir compte de la nature et de la suite des opérations conclues entre les parties.

[22] Compte tenu de la nature générale d'une hypothèque se rapportant à un compte courant ainsi

circumstances in this instance, I have concluded that proper portions of the loan account, the running account, including the distress payments made to keep the vessels in the fleet operating and interest are secured by the account current fleet mortgage over the various vessels, including the *Nel*. There were suggestions, and I would not give those propositions any higher standing, that the mortgage security was, in itself, invalid or improperly registered. All of the factors and circumstances considered, there are no real reasons to doubt the validity and effectiveness of the mortgage security. I now turn to the sums said to be secured, a more involved aspect.

(b) The Claim of the Bank of Scotland

[23] The 30 January 1998 default judgment of the Bank of Scotland, in this action, based on principle and interest on its loan, was in an amount equivalent, on the date of the judgment, to \$12,047,788.08. The claim was subsequently presented, at the priority hearing, at \$14,124,420.50, less various amounts received from the sale of other vessels covered by the fleet mortgage. The claim is presented as follows:

1. Outstanding principle 20 July 1998	\$11,250,000.00
2. Loan account and distress payments also secured by the mortgage	\$1,764,747.00
3. Accrued interest to 4 January 1999	\$1,109,673.50
TOTAL	\$14,124,420.50

The position of the Bank of Scotland, which I have accepted after considering various opposing arguments, is that the mortgage security, in the form of an account current mortgage, reflects and secures all unrecovered amounts from time to time owing to the Bank. I will now deal with the pertinent arguments to the contrary.

que des faits de la présente espèce, j'ai conclu que les parties pertinentes du compte de prêts, le compte courant, y compris les paiements effectués par suite de la saisie afin de permettre que les navires de la flotte continuent à être exploités, ainsi que les intérêts sont garantis par l'hypothèque relative au compte courant grevant la flotte, y compris le *Nel*. Il a été soutenu, et je n'accorderais pas à ces arguments une plus grande importance, que la garantie hypothécaire était en soi invalide ou enregistrée d'une façon irrégulière. Compte tenu des facteurs applicables et des circonstances dans leur ensemble, il n'y a pas réellement lieu de douter de la validité et de l'efficacité de la garantie hypothécaire. Je traiterai maintenant des sommes qui seraient garanties, ce qui est une question plus complexe.

b) La réclamation de la Bank of Scotland

[23] Le jugement par défaut obtenu par la Bank of Scotland le 30 janvier 1998 dans la présente instance, compte tenu du principal et des intérêts sur le prêt, s'élevait à un montant correspondant, à la date du jugement, à 12 047 788,08 \$. Une réclamation d'un montant de 14 124 420,50 \$ a par la suite été présentée, lors de l'audience relative à l'ordre de priorité, déduction faite de divers montants tirés de la vente d'autres navires visés par l'hypothèque grevant la flotte. Les montants suivants étaient réclamés:

1. Principal impayé au 20 juillet 1998	11 250 000,00 \$
2. Compte de prêts et paiement effectués en raison de la saisie également garantis par l'hypothèque	1 764 747,00 \$
3. Intérêts courus au 4 janvier 1999	1 109 673,50 \$
TOTAL	14 124 420,50 \$

Selon la position prise par la Bank of Scotland, que j'ai retenue après avoir examiné divers arguments présentés à l'encontre, la garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, indique et garantit tous les montants non recouverts qui sont le cas échéant dus à la banque. J'examinerai maintenant les arguments pertinents qui ont été soumis à l'encontre de cette position.

[24] One of the lien claimants submits that I ought not to accept the loan and distress payment account, which is part of exhibit B to the affidavit of Mr. Myles, Director of Project and Specialized Finance for the Bank of Scotland, as accurate. The distress payment account includes such things as payments of wages and for bunkers in order to keep the fleet operating, particularly during the fall of 1997. Counsel submits that I ought to disregard the account because Mr. Myles could not swear to the accuracy of that account. This submission is accurate, so far as it goes, but it is not a complete statement. What Mr. Myles said, on cross-examination, was that the figures had been “checked off against our accounts by at least one of my colleagues”. It would be unreasonable to expect a director of a bank department to personally check and calculate each and every client’s account, or even to calculate a fleet account involving litigation, such as the present. A person in the position of Mr. Myles must rely upon colleagues and employees to do such work properly. There is no suggestion of default or laxity on the part of colleagues and employees of the Bank of Scotland in calculating interest on the amounts set out in the statement. The Bank of Scotland has satisfied the appropriate standard of proof of this portion of the loan and distress payment account. There is, however, an adjustment to be made, which I will explain shortly.

[25] I should also comment upon the interest figure of \$1,109,673.50, challenged on the basis that the Bank of Scotland had not proven the calculation. The interest calculation was presented to me. Interest is calculated at various rates, consistent with the Bank of Scotland’s security, in two blocks, the second running from 6 April 1998 to 4 January 1999. In the calculation of this second block of interest, the Bank of Scotland has taken into account funds received, final and interim, on the sale of the *Angelina L.* by the court in Singapore. The interest calculation, overall, also takes into account proceeds received from the sale of the *Anna L.* and an interim advance to the

[24] L’un des créanciers privilégiés soutient que je ne devrais pas considérer comme exact le compte de prêts et le compte des paiements effectués en raison de la saisie faisant partie de la pièce «B» jointe à l’affidavit de M. Myles, directeur de projets et des finances spécialisées à la Bank of Scotland. Le compte des paiements effectués en raison de la saisie comprend le paiement des salaires et des soutes nécessaires aux fins de l’exploitation de la flotte, en particulier pendant l’automne 1997. L’avocat soutient que je ne devrais pas tenir compte de ce compte parce que M. Myles ne pouvait pas en attester l’exactitude sous serment. Cet argument est valable, mais il n’est pas complet. Pendant le contre-interrogatoire, M. Myles a dit qu’au moins l’un de ses collègues avait vérifié les chiffres par rapport aux comptes. Il serait déraisonnable de s’attendre à ce que le directeur d’un service bancaire vérifie et calcule personnellement le compte de chaque client, ou même à ce qu’il calcule le compte d’une flotte en cause dans un litige, comme c’est ici le cas. Une personne qui est dans la situation de M. Myles doit s’en remettre à ses collègues et aux employés pour l’accomplissement de cette tâche d’une façon efficace. On ne soutient pas qu’il y a eu manquement ou négligence de la part des collègues et employés de la Bank of Scotland lorsqu’il s’est agi de calculer les intérêts sur les montants mentionnés dans la déclaration. La Bank of Scotland a satisfait à la norme de la preuve applicable à l’égard de cette partie du compte de prêts et du compte des paiements effectués en raison de la saisie. Toutefois, il faut effectuer un rajustement, comme il en sera ci-dessous fait mention.

[25] J’aimerais également faire certaines remarques au sujet des intérêts de 1 109 673,50 \$ qui ont été contestés pour le motif que la Bank of Scotland n’avait pas étayé son calcul. Le calcul des intérêts m’a été soumis. Les intérêts sont calculés à divers taux, conformément à la garantie de la banque, en deux groupes, le second allant du 6 avril 1998 au 4 janvier 1999. Dans le calcul de ce second groupe d’intérêts, la banque a tenu compte des sommes reçues, qu’il s’agisse de paiements finaux ou provisoires, à la suite de la vente judiciaire de l’*Angelina L.*, à Singapour. Dans l’ensemble, il est également tenu compte dans le calcul des intérêts du produit de la

Bank of Scotland from sale proceeds of the *Nel*, funds which, *prima facie*, would not be needed to satisfy the claims of the lien claimants. I accept the interest calculation so far as it goes. However, while there should be an adjustment for funds indirectly received by way of the purchase and sale of the *Blue L.* on behalf of the Bank of Scotland, that calculation has no real bearing, for the Bank of Scotland faces a substantial shortfall in any event.

(c) Recovery by the Bank of Scotland

[26] The amounts received by the Bank of Scotland on its liquidation of the mortgaged fleet are now pertinent so that I might calculate a net amount owing to the Bank of Scotland at the time of the priority hearing. The amounts received, or possibly to be received, directly from the sales of the vessels, are as follows:

1. <i>Anna L.</i>	\$2,850,000
2. Advance on the <i>Nel</i>	\$2,835,681
3. <i>Angelina L.</i> initial and final proceeds	\$1,225,716
4. <i>Blue L.</i> : funds held in South Africa	\$3,300,000
TOTAL	\$10,211,397

By way of explanation of part of the uncertainty surrounding the *Blue L.* proceeds, the *Blue L.* was sold by court ordered sale in South Africa for \$3,300,000. As of the date of the priorities hearing no funds had been received from the *Blue L.* by the Bank of Scotland. Thus the \$10,211,397 direct realization figure is likely overly optimistic, but is the best figure that might be used. This in turn deserves a brief further comment.

[27] The Bank of Scotland pressed for an early resolution of priorities issues. While the claims in the priority proceedings were, by order, filed by 31 December 1997, additional affidavits of fact were to be delivered by 15 April 1998, subsequently extended

vente de l'*Anna L.* et d'une avance provisoire consentie à la banque sur le produit de la vente du *Nel*, des sommes qui à première vue ne seraient pas nécessaires aux fins du paiement des réclamations des créanciers privilégiés. Je souscris au calcul qui a été effectué. Toutefois, même s'il devait y avoir rajustement pour les sommes indirectement reçues au moyen de l'achat et de la vente du *Blue L.* pour le compte de la banque, ce calcul n'a pas réellement d'importance, car la banque fait de toute façon face à un déficit important.

c) Recouvrement par la Bank of Scotland

[26] Les montants reçus par la Bank of Scotland lors de la liquidation de la flotte grevée d'une hypothèque sont maintenant pertinents aux fins du calcul du montant net dû à la banque à la date de la présente audience. Les sommes reçues, ou peut-être à recevoir, directement de la vente des navires, sont les suivantes:

1. <i>Anna L.</i>	2 850 000 \$
2. Avance consentie sur le <i>Nel</i>	2 835 681 \$
3. <i>Angelina L.</i> , produit initial et produit final	1 225 716 \$
4. <i>Blue L.</i> : sommes détenues en Afrique du Sud	3 300,000 \$
TOTAL	10 211 397 \$

Pour expliquer en partie l'incertitude qui existe au sujet du produit du *Blue L.*, il faut dire que ce navire a fait l'objet d'une vente judiciaire en Afrique du Sud, le prix de vente s'élevant à 3 300 000 \$. À la date de la présente audience, la Bank of Scotland n'avait reçu aucune somme provenant de la vente du *Blue L.* Le montant directement réalisé de 10 211 397 \$ est donc probablement trop optimiste, mais il s'agit du meilleur chiffre qui puisse être utilisé. Il convient ici de faire une autre brève remarque.

[27] La Bank of Scotland a demandé que la question de l'ordre de priorité soit réglée à bref délai. Les réclamations en cause dans l'instance concernant l'ordre de priorité avaient, par ordonnance, été présentées au 31 décembre 1997, mais des affidavits addi-

to 28 April 1998, to accommodate various claimants, including the Bank of Scotland. Such claim deadlines are essential in leading up to a priorities hearing, for all of the claimants must have certain claims to deal with and a reasonable time within which to assess each others claims, to cross-examine on the claims where necessary, to obtain evidence of foreign law where applicable and to prepare for the hearing. This may work to the disadvantage of the holder of a fleet mortgage, where ships are being sold by courts in various jurisdictions, for it may cut off legitimate claim amounts. Here some legitimate amounts claimable by the Bank of Scotland were, in all likelihood, cut off when I rejected a supplemental affidavit as set out in an order and reasons of 30 December 1998 [[1999] 2 F.C. 417 (T.D.)]. However, the filing and modifying of claims must come to an end at some reasonable point before a priorities hearing.

[28] The net claim as calculated by the Bank of Scotland, based on direct recovery under its security, being the gross claim for principle, the loan and distress payment account and for interest, a total of \$14,124,420.50, less the maximum it says it might receive directly from the sale of the balance of the fleet, \$10,211,397, is thus \$3,913,023.50, together with the allowance of \$71,067.09 for crew wages and sale costs which the Bank of Scotland paid, a total of \$3,984,090.59

(d) Attacks on the Bank of Scotland Security

[29] The principal attacks on the Bank of Scotland's security were mounted by counsel for Alpha Bunkering Co. Ltd. (Alpha Bunkering) and Aktina S.A. (Aktina). The attacks are alternative arguments, in the

tionnels portant sur les faits devaient être déposés au plus tard le 15 avril 1998, délai qui a par la suite été prorogé au 28 avril 1998, de façon à accommoder divers créanciers, dont la Bank of Scotland. De tels délais sont essentiels au processus menant à l'audience relative à l'ordre de priorité, car tous les créanciers doivent s'occuper de certaines réclamations et disposer d'un délai raisonnable pour apprécier les réclamations des autres créanciers, pour procéder au besoin aux contre-interrogatoires, pour obtenir des preuves au sujet du droit étranger le cas échéant ainsi que pour se préparer à l'audience. Cela peut comporter des inconvénients pour le titulaire d'une hypothèque sur la flotte, lorsque des navires sont vendus par des tribunaux dans divers ressorts, car cela peut avoir pour effet d'exclure des montants légitimement réclamés. En l'espèce, certains montants que la Bank of Scotland pouvait à juste titre réclamer ont selon toute probabilité été exclus lorsque j'ai rejeté un affidavit complémentaire dans une ordonnance et dans des motifs que j'ai rendus le 30 décembre 1998 [[1999] 2 C.F. 417 (1<sup>re</sup> inst.)]. Toutefois, il faut bien, en toute raison, fixer un terme à la période de présentation et de modification des réclamations à un moment donné avant l'audience relative à l'ordre de priorité.

[28] Le montant net de la réclamation, tel qu'il a été calculé par la Bank of Scotland, lequel est fondé sur un recouvrement direct en vertu de la garantie, c'est-à-dire le montant brut de la réclamation relative au principal, au compte de prêts et au compte des paiements effectués en raison de la saisie ainsi qu'aux intérêts, lequel s'élève en tout à 14 124 420,50 \$, moins le montant maximum que la banque affirme pouvoir recevoir directement par suite de la vente du reste de la flotte, qui s'élève à 10 211 397 \$, est donc de 3 913 023,50 \$, auquel s'ajoute un montant de 71 067,09 \$ imputé aux salaires de l'équipage et aux frais de vente payés par la banque, ce qui donne un montant total de 3 984 090,59 \$.

d) Contestation de la garantie de la Bank of Scotland

[29] Ce sont principalement les avocats d'Alpha Bunkering Co. Ltd. (Alpha Bunkering) et d'Aktina S.A. (Aktina) qui ont contesté la garantie de la Bank of Scotland. Les avocats ont présenté leurs arguments

event that Alpha Bunkering and Aktina are found not to have a maritime liens. In addition, more than one claimant, with mere *in rem* rights, might be in a position to realize something if the Bank of Scotland's mortgage claim, or a portion of it, were found to be faulty. Therefore I must consider this aspect.

[30] Alpha Bunkering starts from the proposition that the ability of the Bank of Scotland to assert an *in rem* claim against the sale proceeds must be based on paragraph 22(2)(c) of the *Federal Court Act*, that paragraph governing, among other things, a claim in respect of a mortgage. This proposition ignores the possibility that the Bank of Scotland might have provided necessaries. A cursory examination of the running account kept by the Bank of Scotland shows the provision, through payments to suppliers, of many necessaries. Money advanced to provide necessaries, or to pay for necessaries already purchased, is recoverable as a necessary: see for example *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127, at page 129, which refers, among other cases, to Doctor Lushington's decision in *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610, where the point is decided at page 611 and *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516, at page 520 and following. However, I need not pursue this line of thought, for the point was not argued.

[31] Alpha Bunkering then submits that the principal document as between the Bank of Scotland and the owners of the *Nel* is the Loan Agreement of 25 February 1997, Alpha Bunkering taking the position that the provisions of the Loan Agreement prevail over and are incorporated into the mortgage and into the deed of covenant. That is only a partial summary of the relationship among the security documents, for in fact, it is only where there is a conflict between the Loan Agreement and the mortgage or the Deed of Covenants that the Loan Agreement is to prevail: section 13.4 of the Loan Agreement. Alpha Bunkering

à titre subsidiaire, au cas où il serait statué qu'Alpha Bunkering et Aktina ne détiennent pas de privilèges maritimes. En outre, plus d'un créancier ne possédant que de simples droits réels pourrait être en mesure de recouvrer quelque chose s'il était statué que la créance hypothécaire de la Bank of Scotland est en totalité ou en partie irrégulière. Je dois donc tenir compte de cet aspect de la question.

[30] Alpha Bunkering affirme au départ que la capacité de la Bank of Scotland de revendiquer une créance réelle à l'égard du produit de la vente doit être fondée sur l'alinéa 22(2)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette disposition régissant, entre autres choses, les réclamations fondées sur une hypothèque. Cet argument ne tient pas compte de la possibilité que la banque ait fourni des approvisionnements nécessaires. Un bref examen du compte courant tenu par la banque montre que de nombreux approvisionnements nécessaires ont été fournis au moyen de paiements effectués en faveur des fournisseurs. Les sommes avancées pour la fourniture des approvisionnements nécessaires ou pour le paiement des approvisionnements nécessaires déjà achetés sont recouvrables au titre des approvisionnements nécessaires: voir par exemple *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127, à la page 129, qui renvoie, entre autres, à la décision rendue par M. Lushington dans l'affaire *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610, où la question est tranchée à la page 611; et *Riga, The* (1872), L.R. 3, A. & E. 516, aux pages 520 et suivantes. Toutefois, je n'ai pas à examiner la question plus à fond, car le point n'a pas été débattu.

[31] Alpha Bunkering affirme ensuite que le principal document signé par la Bank of Scotland et par les propriétaires du *Nel* est le contrat de prêt du 25 février 1997; elle soutient que les dispositions du contrat de prêt l'emportent sur l'hypothèque et sur l'acte d'engagement et qu'elles y sont incorporées. Il ne s'agit que d'un résumé partiel du rapport existant entre les documents relatifs aux garanties, car en fait, le contrat de prêt l'emporte uniquement s'il existe un conflit entre le contrat de prêt et l'hypothèque ou l'acte d'engagement: article 13.4 du contrat de prêt. Alpha Bunkering déclare ensuite que même si le

then submits that however wide is the Loan Agreement (and here I would comment that it is a very standard Loan Agreement in the sense that it covers virtually all eventualities) the wording of the Loan Agreement “cannot be extended to cover expenses which could not otherwise be secured by way of a ship mortgage pursuant to the applicable law”.

[32] As I have already pointed out an account current mortgage is a broad security document and all the more so in the instance of the present account current mortgage of the *Nel*, by reason of its specific wording. Yet the submission by Alpha Bunkering, and on behalf of various of the claimants, is that the further advances made under the overdrawn accounts, including the distress payments, are outside the scope of the Loan Agreement, which only goes to payments made to protect, maintain and conserve the Bank of Scotland’s security. Indeed, the claimants submit that the payments were made by the Bank of Scotland to facilitate the continued trading of the mortgage fleet. Alpha Bunkering’s preservation argument is supported by dictionary reference and case law as to preserving a ship, to wit *Banco Do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); and *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661, a decision of the Trial Division, varied by (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, by the Court of Appeal. In both instances, the ship preservation involved occurred following an arrest. That is a different context than preservation of security from a banker’s point of view, which might include keeping the fleet operating so that it was both worth something and might save the Bank of Scotland the problems of falling heir to a fleet which could no longer operate. However, leaving that aside, this whole argument overlooks the clear broad scope of the account current mortgage, which secures “all sums for the time being owing to the mortgagee on the account current” and then goes on to include those owing by virtue of the Loan Agreement. This is not inconsistent with either the scope of an account current mortgage or the Loan Agreement. Moreover, it recognizes the concept that a mortgage may be the security and that is clear from the purpose and wording of the present account current mortgage.

contrat de prêt a une portée étendue (et je ferais ici remarquer qu’il s’agit d’un contrat de prêt type en ce sens qu’il prévoit presque toutes les éventualités), son libellé [TRADUCTION] «ne peut pas s’appliquer de façon à couvrir des dépenses qui ne pourraient pas par ailleurs être garanties au moyen d’une hypothèque grevant un navire sous le régime du droit applicable».

[32] Comme je l’ai déjà dit, une hypothèque relative à un compte courant est une garantie générale, et elle l’est d’autant plus dans ce cas-ci, où le libellé de l’hypothèque sur le *Nel* est précis. Pourtant, selon l’argument invoqué par Alpha Bunkering et pour le compte de divers autres créanciers, les avances additionnelles consenties en vertu des comptes à découvert, y compris les paiements effectués en raison de la saisie, ne sont pas visées par le contrat de prêt, qui se rapporte uniquement aux paiements visant à protéger, maintenir et conserver la garantie de la Bank of Scotland. De fait, les créanciers soutiennent que la banque a effectué les paiements en vue de faciliter l’exploitation continue de la flotte grevée de l’hypothèque. L’argument qu’Alpha Bunkering a invoqué au sujet de la préservation est étayé par des renvois à des dictionnaires et par la jurisprudence pertinente, à savoir les affaires *Banco Do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L’Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661, une décision rendue par la Section de première instance qui a été modifiée (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, par la Cour d’appel. Dans les deux cas, on avait cherché à préserver le navire en cause à la suite d’une saisie. Il s’agit d’un contexte différent de celui dans lequel une garantie est préservée au profit d’un banquier, ce qui pourrait inclure l’exploitation continue de la flotte de façon qu’elle ait une certaine valeur et que la Bank of Scotland évite d’hériter d’une flotte qui ne peut plus être exploitée. Toutefois, cet argument dans son ensemble omet malgré tout de tenir compte de la portée étendue et claire de l’hypothèque relative au compte courant, qui garantit [TRADUCTION] «toutes les sommes qui à l’heure actuelle sont dues au créancier hypothécaire sur le compte courant» et qui inclut ensuite les sommes dues en vertu du contrat de prêt. Cela ne va pas à l’encontre de la portée d’une hypothèque relative à un compte courant ou à l’encontre du



[33] Finally, still dealing with distress payment, the lien claimants submit that the Bank of Scotland may not claim priority for distress payments, being payments to creditors of the owners of the mortgaged fleet, in the absence of evidence that the payments were in fact made to parties holding valid maritime liens. Here the reference is to *Östgöta Enskilda Bank v. The Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (F.C.T.D.). In *Östgöta* at issue were the payment of pilotage, berthage, and like charges by a charterer. The claimants focus on that part of *Östgöta* in which the judge rejected the argument that the charterer had a good claim by reason of stepping into the shoes of the pilots, whom the charterer submitted had a maritime lien. The Court held that the existence of a maritime lien was not established but that, in any event, the charterer was not under a legal responsibility to accept liability for pilotage services and then somehow to transfer that liability to an *in rem* claim against the ship. *Östgöta* may be limited to its facts. In the present instance the Bank of Scotland does not, except where it has an assignment of a wage or repatriation claim, rely upon a maritime lien and some undefined ability to transmute the payment into an *in rem* claim, but rather upon its loan documentation, including mortgage security, being security which I have found to extend to cover such payments. Moreover, to make this sort of preference argument there is an onus, on the party trying to establish a preference, to show that the real intention was to prefer. This onus requires that the Court, after reviewing all of the circumstances, must be satisfied that the dominant intention of preferment was present. While there may be an inference of preferment, there must, if there is more than one explanation for what happened, be some direct evidence on point. All of this is more neatly put by Lord Tomlin in the House of Lords decision in *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.), at page 262:

contrat de prêt. En outre, cela tient compte du fait qu'une hypothèque peut constituer une garantie, comme le montrent clairement le but et le libellé de l'hypothèque ici en cause relative au compte courant.

[33] Enfin, toujours en ce qui concerne les paiements effectués en raison de la saisie, les créanciers privilégiés soutiennent que la Bank of Scotland ne peut pas revendiquer la priorité à l'égard des paiements effectués en raison de la saisie, c'est-à-dire les sommes versées aux créanciers des propriétaires de la flotte, en l'absence d'une preuve tendant à montrer que ces sommes ont de fait été versées à des titulaires de privilèges maritimes valides. Il est ici fait mention de la décision *Östgöta Enskilda Bank c. Le Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>e</sup> inst.). L'affaire *Östgöta* portait sur le paiement des frais de pilotage et d'amarrage ainsi que d'autres frais similaires par un affrètement. Les créanciers mettent l'accent sur la partie de la décision dans laquelle le juge a rejeté l'argument selon lequel la réclamation de l'affrètement était fondée parce que ce dernier s'était substitué aux pilotes, qui, selon l'affrètement, détenaient un privilège maritime. La Cour a statué que l'existence d'un privilège maritime n'avait pas été établie, mais que de toute façon l'affrètement n'était pas, en droit, tenu d'assumer l'obligation relative aux services de pilotage et de la transformer ensuite de quelque façon en une créance réelle contre le navire. La décision *Östgöta* est peut-être limitée aux faits qui lui sont propres. En l'espèce, la Bank of Scotland ne se fonde pas, si ce n'est à l'égard des créances relatives aux salaires ou aux frais de rapatriement qui lui ont été cédées, sur un privilège maritime ou sur une vague possibilité de transformer le paiement en une créance réelle, mais plutôt sur les documents relatifs au prêt, y compris une garantie hypothécaire, cette garantie s'appliquant à mon avis à de tels paiements. En outre, pour invoquer ce genre d'argument, la partie qui tente d'établir un rang prioritaire doit démontrer l'existence d'une intention réelle d'attribuer ce rang. Après avoir examiné toutes les circonstances, la cour doit être convaincue de l'existence d'une intention marquée d'établir un droit de priorité. La priorité peut être inférée, mais s'il existe plus d'une explication au sujet de ce qui est arrivé, il doit exister un élément de preuve direct à ce sujet. Lord Tomlin a exprimé ce point de vue d'une façon

In my opinion in these cases the onus is on those who claim to avoid the transaction to establish what the debtor really intended, and that the real intention was to prefer. The onus is only discharged when the court upon a review of all the circumstances is satisfied that the dominant intent to prefer was present. That may be a matter of direct evidence or of inference, but where there is not direct evidence and there is room for more than one explanation it is not enough to say there being no direct evidence the intent to prefer must be inferred.

In the present instance, I have considered all of the circumstances. Banks are not in the business of owning or operating ships: the actions of the Bank of Scotland give all the appearance of a mortgagee trying to keep its mortgagor's fleet operating so that it might have some going concern value and bring in a return, both objectives to the mutual advantage of bank, customer and creditor. There is little or nothing to infer an intent to grant a preference. Of direct evidence of preferment there is none. I now turn to the allegation of an indirect or secret profit made by the Bank of Scotland on the sale of the *Blue L.*

(e) Indirect Profit on Purchase and Resale of the *Blue L.*

[34] The *Blue L.*, one of the ships of the fleet mortgaged to the Bank of Scotland, was purchased by the Bank of Scotland, through a nominee company, Perca Shipping Co., at a court ordered sale in South Africa for \$3,300,000. The nominee company immediately sold the *Blue L.* to Seagull Maritime Corporation, an existing customer of the Bank of Scotland, for \$5,000,000. Elements of this transaction are documented in a number of places including in an intermittent running journal, or series of memos, kept by the Bank of Scotland and called by them an "irregular report". Pertinent here is that the purchase by the Bank of Scotland's nominee company was not a speculation, but was accomplished to effect a pre-arranged sale to an existing customer of the Bank.

plus élégante dans la décision du Conseil privé *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.), à la page 262:

[TRADUCTION] À mon avis, dans ces affaires, il incombe à ceux qui cherchent à éviter l'opération d'établir l'intention véritable du débiteur et de prouver que cette intention visait à accorder la priorité. Cette obligation est uniquement remplie si, après avoir examiné toutes les circonstances, la cour est convaincue de l'existence d'une intention marquée d'accorder la priorité. Cela peut se faire au moyen d'une preuve directe ou d'une inférence, mais en l'absence d'une preuve directe, et lorsque plusieurs explications peuvent être données, il ne suffit pas de dire qu'étant donné qu'il n'existe aucune preuve directe, cette intention doit être inférée.

En l'espèce, j'ai tenu compte de toutes les circonstances. Les banques ne s'occupent pas de posséder ou d'exploiter des navires: par ses actions, la Bank of Scotland se comporte à tous égards comme un créancier hypothécaire qui essaie de continuer à exploiter la flotte du débiteur hypothécaire de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu, ces deux objectifs étant avantageux pour la banque, pour le client et pour le créancier. Il n'existe guère d'éléments permettant d'inférer l'intention d'attribuer un rang prioritaire. Aucun élément de preuve direct ne montre que la priorité a été accordée. J'examinerai maintenant l'allégation selon laquelle la Bank of Scotland a indirectement ou secrètement tiré profit de la vente du *Blue L.*

e) Profit indirectement tiré de l'achat et de la revente du *Blue L.*

[34] Le *Blue L.*, qui faisait partie de la flotte sur laquelle la Bank of Scotland détenait une hypothèque, a été acheté pour la somme de 3 300 000 \$ par la banque, par l'entremise d'une société prête-nom, Perca Shipping Co., lors d'une vente judiciaire qui a eu lieu en Afrique du Sud. La société prête-nom a immédiatement vendu le *Blue L.* à Seagull Maritime Corporation, qui était un client de la Bank of Scotland, pour la somme de 5 000 000 \$. Les éléments de cette opération sont attestés dans un certain nombre de documents, notamment dans un journal intermittent, ou série de notes, tenu par la banque, qui le désignait sous le nom de [TRADUCTION] «rapport irrégulier». Il importe ici de noter qu'en effectuant l'achat, la société prête-nom n'agissait pas à titre de spéculateur, mais

[35] The irregular report or journal shows a July 1997 appraised value for the *Blue L.* of \$5,300,000. A November 1997 journal entry indicates the *Blue L.* had been arrested by the Bank of Scotland in South Africa, that it would be acquired by the Bank, when it came up for court ordered sale 23 January 1998 and then that it would be resold to Seagull Maritime Corporation. The note at the conclusion of the November 1997 journal page is that:

Steps have been taken to dispose of the vessels at prices sufficient (after paying off preferential creditors) to repay the debt in full.

This procedure, of acquiring and reselling, is documented generally and particularly in the January journal entries.

[36] This procedure of purchase by the Bank of Scotland and planned resale at a profit to an existing customer was not particular only in the case of the *Blue L.* The January 1998 journal entries include a notation of the arrest of the *Angelina L.* in Singapore, which notes the acquisition of the *Angelina L.* following “a quick court action in order to ‘lose’ some of the creditors claims”, acquisition by the Bank and an onward sale to new owners, was expected to net the Bank of Scotland about \$900,000 after preferential claims. In fact the vessel was bought by the Bank in early February of 1998 and netted the Bank \$1,225,716 toward the debt. More important, however, is the specific reference to the *Blue L.* That entry shows an intent to buy the vessel when it came up for sale by the court and to resell the vessel to Seagull Maritime Corporation for \$5,000,000. This came about:

Vessel was bought back in by the Bank on 22<sup>nd</sup> January. The vessel was onsold to Seagull on 30<sup>th</sup> January. Sale proceeds from Court expected March.

qu’elle a acheté le navire en vue de le vendre à un client de la banque, cette vente ayant été arrangée à l’avance.

[35] Le journal ou rapport irrégulier montre qu’au mois de juillet 1997, le *Blue L.* avait une valeur estimative de 5 300 000 \$. Selon une écriture de journal datant du mois de novembre 1997, le *Blue L.* avait été saisi en Afrique du Sud par la Bank of Scotland, qui devait l’acquérir lors de la vente judiciaire, le 23 janvier 1998, et le revendre ensuite à Seagull Maritime Corporation. La note figurant à la fin de la page du journal se rapportant au mois de novembre 1997 est ainsi libellée:

[TRADUCTION] Des mesures ont été prises pour que les navires soient vendus à des prix permettant (une fois les créanciers prioritaires payés) de rembourser la dette au complet.

Cette procédure d’acquisition et de revente est attestée d’une façon générale et d’une façon particulière dans les écritures de journal relatives au mois de janvier.

[36] Cette procédure d’achat et de revente à profit à un client n’était pas propre au *Blue L.* Les écritures de journal relatives au mois de janvier 1998 comprennent une note concernant la saisie de l’*Angelina L.*, à Singapour, montrant que l’acquisition de ce navire à la suite d’[TRADUCTION] «une brève action judiciaire visant à “éliminer” certaines réclamations», l’acquisition par la banque et la vente subséquente aux nouveaux propriétaires, devaient rapporter à la banque une somme nette d’environ 900 000 \$ une fois les réclamations prioritaires payées. En fait, le navire a été acheté par la banque au début du mois de février 1998 et a rapporté à celle-ci la somme nette de 1 225 716 \$ à valoir sur la créance. Toutefois, fait plus important, il est expressément fait mention du *Blue L.* Cette écriture montre que l’on avait l’intention d’acheter le navire lorsqu’il serait vendu en justice et de le revendre à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$. Cela est exprimé de la façon suivante:

[TRADUCTION] Le navire a été racheté par la banque le 22 janvier. Il a ensuite été vendu à Seagull le 30 janvier. Le produit de la vente judiciaire devrait être obtenu au mois de mars.

There follows the same note, that occurred previously, that the Bank had taken steps to dispose of the ships for amounts sufficient to repay the debt in full. The January journal entry then goes on to confirm the sale price of the *Blue L.* to Seagull Maritime Corporation at \$5,000,000. That sale price of \$5,000,000 to Seagull Maritime Corporation is also confirmed in a February 1998 journal entry.

[37] We also know, from the affidavit of Mr. Myles of the Bank of Scotland, that the purchase price of the *Blue L.*, leaving aside bunkers, was \$3,300,000. This leaves a profit of about \$1,700,000 between the Bank of Scotland's acquisition cost and the onward sale price. The lien claimants say that this profit, which is not accounted for and which might have remained undisclosed but for diligent efforts to obtain disclosure and to cross-examine, constitutes a profit to the Bank of Scotland, a profit which ought to be taken into consideration to reduce the Bank of Scotland's total claim under the fleet mortgage. The documentation indicates that the onward sale to Seagull Maritime Corporation included the bunkers, for which the Bank of Scotland paid \$34,750.66. The profit on the sale of the *Blue L.*, to be taken into account as a deduction from the total Bank of Scotland claim, amounts to \$1,665,249.40.

[38] The Bank of Scotland's nominee, to purchase the *Blue L.* on the judicial sale and to resell it, was Perca Shipping Co. Ltd., an offshore company, the shares of which were beneficially owned by the Bank of Scotland. The profit on the sale then went to the Bank of Scotland. However the Bank of Scotland takes the position that the profit has nothing to do with the debt owing on the fleet mortgage. All of this is confirmed by Mr. Myles, of the Bank of Scotland, on his cross-examination. Mr. Myles was perhaps uninformed in saying that there was no agreement between the Bank's nominee company to sell the ship and Seagull Maritime Corporation to purchase the ship before the *Blue L.* was acquired on the court ordered sale. This flies in the face of the irregular report or journal kept by the Bank which, in November, shows an intention to acquire the ship and to sell her, at a

Il y a ensuite une note identique à celle dont il a déjà été fait mention, à savoir que la banque avait pris des mesures en vue de vendre les navires à un prix permettant de rembourser toute la dette. L'écriture de journal du mois de janvier confirme ensuite que le *Blue L.* a été vendu à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$. Ce prix est également confirmé par une écriture de journal en date du mois de février 1998.

[37] L'affidavit de M. Myles, de la Bank of Scotland, révèle également qu'indépendamment des soutes, le *Blue L.* a été acheté pour la somme de 3 300 000 \$, ce qui donnait un profit d'environ 1 700 000 \$ compte tenu des frais d'acquisition de la banque et du prix de revente. Les créanciers privilégiés affirment que ce profit, qui n'est pas comptabilisé et qui aurait pu demeurer secret si ce n'étaient les efforts diligents qu'ils ont déployés pour obtenir la communication et pour procéder à des contre-interrogatoires, constitue pour la banque un profit qu'il faudrait défalquer du montant total de sa créance fondée sur l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte. Selon les documents, la vente subséquente à Seagull Maritime Corporation comprenait les soutes, pour lesquelles la banque avait versé une somme de 34 750,66 \$. Le profit tiré de la vente du *Blue L.*, qu'il faut déduire du montant total de la réclamation de la banque, s'élève à 1 665 249,40 \$.

[38] La société prête-nom, lorsqu'il s'est agi d'acheter le *Blue L.* dans le cadre de la vente judiciaire et de le revendre ensuite, était Perca Shipping Co. Ltd., une société étrangère dont les actions étaient détenues par la Bank of Scotland à titre de propriétaire bénéficiaire. Le profit tiré de la vente a ensuite été remis à la banque. Toutefois, la banque soutient que ce profit n'a rien à voir avec le montant qui était dû en vertu de l'hypothèque dont la flotte était grevée. Tout cela a été confirmé par M. Myles, de la Bank of Scotland, lors du contre-interrogatoire. M. Myles était peut-être mal informé lorsqu'il a dit qu'avant que le *Blue L.* soit acquis lors de la vente judiciaire, aucune entente n'avait été conclue entre la société prête-nom à titre de vendeur et Seagull Maritime Corporation à titre d'acheteur du navire. Cela contredit le journal ou rapport irrégulier de la banque; en effet, selon une

profit, to Seagull Maritime Corporation for \$5,000,000.

[39] If the Bank of Scotland's Mr. Myles had been able even to volunteer, on cross-examination, as an explanation to this charge of a profit siphoned off to the Bank through an offshore entity beneficially owned by the Bank, for an immediate onward sale at an agreed price, that the South African Court was at least aware of what was happening, that might well have ended the matter. However, the Bank attempted damage control by taking the positions that the vessel was properly bought at a court ordered sale, that any onward sale by the Bank had no relevance and that what happened was not any business of the unpaid creditors of the fleet. All of this might be so, but only in a situation where a mortgage holder could properly bid for the ship, demonstrably without damping the sale and without any prior arrangement with some other party, could the Bank of Scotland buy the vessel and then resell without accounting for a profit.

[40] To begin, it is not possible, in most jurisdictions where a mortgagee does not have the right to bid its mortgage, for a mortgagee to become a buyer in a court ordered sale, unless the court grants that disposition: see for example *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537, where the Court allowed the mortgagee to bid on the ship. This is a relaxation of the general rule that a mortgagee, who has its own rights to look after in a realization situation, also has a duty to act *bona fides*, both without collusion with any purchaser and without placing itself in a position giving rise to any conflict of interest, which might arise where a mortgagee allowed an unrestricted right to purchase. In the present instance I have been presented with no evidence to indicate that the South African Court knew of the Bank's intent to purchase and resell the *Nel* at a profit or even that the Bank of Scotland, through a nominee, was to be allowed to bid for the *Nel*. Returning to the duty, on a sale, it includes the obligation to obtain the true market value. These propositions, as to the duty of a mortgagee, were touched upon in *Tse Kwong Lam v. Wong Chit*

écriture du mois de novembre, il y avait intention d'acquérir le navire et de le vendre à profit à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$.

[39] Si, lors du contre-interrogatoire, M. Myles avait bien voulu dire que le tribunal sud-africain était au courant de la situation, de façon à répondre à l'allégation selon laquelle la banque avait canalisé un profit par l'entremise d'une société étrangère dont elle était propriétaire bénéficiaire, laquelle avait immédiatement revendu le navire à un prix convenu, cela aurait fort bien pu mettre fin à l'affaire. Toutefois, la banque a tenté de mitiger les dégâts en soutenant que le navire avait été acheté régulièrement dans le cadre d'une vente judiciaire, que la vente subséquente n'était pas pertinente et que l'opération ne concernait pas les personnes qui avaient une créance impayée sur la flotte. C'était peut-être bien vrai, mais la banque pouvait uniquement acheter le navire et le revendre ensuite sans comptabiliser un profit si un créancier hypothécaire pouvait faire une offre régulière à l'égard du navire, manifestement sans limiter la vente et sans avoir pris des dispositions antérieures avec une autre partie.

[40] Premièrement, dans la plupart des pays où ils n'ont pas le droit de faire une offre sur le bien à l'égard duquel ils détiennent une hypothèque, les créanciers hypothécaires peuvent uniquement se porter acquéreurs dans le cadre d'une vente judiciaire si la cour le leur permet: voir par exemple *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537, où la Cour a permis au créancier hypothécaire de faire une offre à l'égard du navire. Cela constitue un assouplissement de la règle générale selon laquelle le créancier hypothécaire, qui doit veiller à protéger ses propres droits dans le cadre d'une liquidation, est par ailleurs tenu d'agir de bonne foi, sans collusion avec l'acheteur et sans se mettre dans une situation créant un conflit d'intérêts, comme cela pourrait se produire s'il avait un droit d'achat absolu. En l'espèce, on ne m'a présenté aucun élément de preuve montrant que le tribunal sud-africain savait que la Bank of Scotland avait l'intention d'acheter et de revendre le *Nel* à profit ou même que, par l'entremise d'une société prête-nom, la banque allait être autorisée à faire une offre à l'égard du *Nel*. L'obligation qui existe en cas

*Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.), at page 1353 and following. At page 1355 the Privy Council points out that there is not a hard and fast rule that a mortgagee may not sell to a company in which it is interested, but that if such occurs there is a heavy onus on the mortgagee to show that, in all respects, it acted fairly and in good faith, taking reasonable precautions to obtain the best price obtainable at the time. Granted, the *Tse Kwong Lam* case involved a private sale, however there must be full disclosure before a mortgagee bids, either directly or indirectly, on a court ordered sale.

[41] The irregular report, following the sale of the *Blue L.*, shows the \$5,000,000 value of the ship as contributing to the value of the net total of assets held by the Bank of Scotland to secure the loan to the owner of the fleet which included the *Nel*. I accept that this is a return which the Bank of Scotland made on its security, a return which ought to have been declared and explained, if the Bank of Scotland were able. Since the Bank was unable to offer an exculpatory explanation for the planned gambit, the purchase of the vessel through an off-shore company, the shares of which were beneficially held by the Bank of Scotland, for an already planned sale at a profit to an existing customer, it is equitable to add the profit as recovery by the Bank of Scotland under its mortgage. This is a result which reflects the evidence of Mr. Myles, on cross-examination, that the net profit gained by the off-shore company which it controlled, Perca Shipping Co., was paid to the Bank of Scotland. Mr. Myles, on cross-examination, was uncertain as to where in the Bank of Scotland's accounting the gross profit of \$1,700,000, or more correctly the net profit after payment for bunkers, \$1,665,249.40, appeared, however the Bank of Scotland did receive that amount.

de vente comprend l'obligation d'obtenir la véritable valeur marchande. Ces assertions, en ce qui concerne l'obligation du créancier hypothécaire, ont été examinées dans la décision *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (C.P.), aux pages 1353 et suivantes. À la page 1355, le Conseil privé souligne qu'il n'existe pas de règle stricte voulant qu'un créancier hypothécaire ne puisse pas vendre le bien à une société dans laquelle il a des intérêts, mais qu'en pareil cas, il existe une lourde obligation de la part du créancier hypothécaire de démontrer qu'à tous les égards, il a agi d'une façon juste et de bonne foi, en prenant des précautions raisonnables pour obtenir le meilleur prix qu'il était alors possible d'avoir. Il est vrai que dans l'affaire *Tse Kwong Lam*, une vente privée était en cause, mais il doit y avoir une divulgation complète avant qu'un créancier hypothécaire puisse faire une offre, directement ou indirectement, dans le cadre d'une vente judiciaire.

[41] Le rapport irrégulier montre que le montant de 5 000 000 \$ obtenu lors de la vente du *Blue L.* a contribué à la valeur du total net des éléments d'actif que la Bank of Scotland détenait en garantie du prêt consenti au propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie. Il s'agit selon moi d'un revenu que la banque a tiré de sa garantie, revenu qui aurait dû être déclaré et expliqué, si la banque était en mesure de le faire. Étant donné que la banque n'a pas pu offrir d'explication pour justifier sa manœuvre, c'est-à-dire l'achat du navire par l'entremise d'une société étrangère dont elle détenait les actions à titre de propriétaire bénéficiaire, en vue d'une vente à profit arrangée à l'avance en faveur d'un client, il est juste d'ajouter le profit à la somme recouvrée par la banque en vertu de son hypothèque. Ce résultat est conforme au témoignage que M. Myles a présenté lors du contre-interrogatoire, à savoir que le profit net réalisé par la société étrangère contrôlée par la banque, Perca Shipping Co., avait été versé à la banque. Lors du contre-interrogatoire, M. Myles ne savait pas trop où était comptabilisé le profit brut de 1 700 000 \$ que la banque avait fait, ou plus exactement le profit net une fois que les soutes avaient été payées, lequel s'élevait à 1 665 249,40 \$, mais la banque a néanmoins bel et bien touché ce montant.

[42] The amount that the Bank recouped on the *Blue L.* transaction was not as a profit on an independent business transaction, but was made by reason of the Bank of Scotland's position as mortgagee of the *Blue L.*: prudent bankers are not usually in the business of speculators in the purchase and sale of used ships, unless the situation is forced upon them by a ship mortgage situation which has gone bad. This now leaves the issue of the Bank of Scotland's position, as recipient of \$1,665,000, arising out of its position as fleet mortgagee, *vis-à-vis* the creditors of that fleet and particularly the lien claimants in this action. The appropriate tool by which to reach an equitable conclusion is that of a constructive trust.

[43] I recognize that a mortgagee is not an overall trustee on a ship sale under a mortgage and all the more so when the sale is court ordered. However, a mortgagee is a trustee for any surplus realized on a sale and in that situation must act in good faith: see *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (T.D.) and *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.), referred to by Mr. Justice Rothstein, as he then was, in *Dunne v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (F.C.T.D.), at page 120 and following. There is every reason that such a standard ought to apply when a mortgagee claims at a court ordered ship sale and all the more in the case when there is no indication that the court ordering the sale was in any way aware either that the purchaser was an offshore company controlled by the Bank of Scotland or that the Bank of Scotland had a prearranged sale, with the profit going not to secure lien claimants, but directly to the Bank of Scotland.

[44] As I say, a constructive trust is an appropriate tool. Such a trust comes into existence regardless of intent. It is an equitable remedy designed to prevent unjust enrichment [*Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (T.D.), at page 58]:

[42] Le montant que la banque a recouvré par suite de l'opération conclue à l'égard du *Blue L.* ne constituait pas un profit sur une opération commerciale indépendante, mais résultait de l'hypothèque que la banque détenait sur le *Blue L.*: habituellement, les banquiers prudents ne spéculent pas en achetant et en vendant des navires usagés à moins d'être obligés de le faire parce que la créance hypothécaire qu'ils détiennent sur le navire n'est plus sûre. Il reste à savoir quelle est la situation de la banque par rapport aux créanciers de la flotte et en particulier aux créanciers privilégiés ici en cause, compte tenu du fait qu'elle a touché une somme de 1 665 000 \$ en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte. Pour arriver à une conclusion équitable, il convient de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation.

[43] Je reconnais que le créancier hypothécaire n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, et encore moins lorsque la vente a été ordonnée par un tribunal. Toutefois, il agit comme fiduciaire à l'égard de tout excédent réalisé lors d'une vente, auquel cas il doit être de bonne foi: voir les décisions *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (1<sup>re</sup> inst.) et *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.), mentionnées par le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) dans la décision *Dunne c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 120 et suivantes. Il y a lieu d'appliquer cette norme lorsque le créancier hypothécaire présente une réclamation dans le cadre de la vente judiciaire d'un navire, surtout si rien ne montre que le tribunal qui a ordonné la vente ait de quelque façon su que l'acheteur était une société étrangère contrôlée par la Bank of Scotland ou que cette dernière avait arrangé la vente à l'avance, le profit devant lui être remis directement plutôt que d'être remis aux créanciers privilégiés.

[44] Comme je l'ai dit, il convient de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation. Cette fiducie prend naissance indépendamment de l'intention. Il s'agit d'une réparation en *equity* destinée à empêcher l'enrichissement sans cause [*Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 58]:

A constructive trust comes into existence “regardless of any party’s intent, when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another”: See Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed., 1984), at page 377. A constructive trust is a remedial, equitable instrument, the purpose of which is to prevent unjust enrichment: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at page 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

[45] There are a number of conditions that are placed upon the imposition of a constructive trust. As a result a constructive trust is not often an appropriate remedy, for a court must be certain first, that a claim for unjust enrichment has been established; second, that there has been a corresponding deprivation to the claimant; third, that there is no juristic reason for the enrichment; and finally, whether, in the circumstances, a constructive trust is the appropriate remedy to redress the unjust enrichment: *Jesionowski, supra*.

[46] Applying this four-part test to the present situation, as I have already pointed out the Bank of Scotland has received \$1,655,249.40 as a result of its knowledge, as a mortgagee, an unjust enrichment which ought, in the particular circumstances, to have been accounted for. Second, by virtue of the tactics of the Bank of Scotland various lien claimants are deprived of their right to claim against that sum as part of the sale proceeds. Third, there is no juristic reason for the enrichment, but to the contrary, it came as a result of contrivance. Finally, the remedy is appropriate, for it would be ludicrous for lien claimants to have gone through the present priority hearing and then, priority in hand, be forced to track down the Bank of Scotland in another jurisdiction and there sue on their judgments.

[47] In summary, for the purposes of this priority hearing, the sum of \$1,655,249.40 is deemed both to have been received by the Bank of Scotland and to have been applied toward satisfaction of its fleet mortgage.

Une fiducie par interprétation existe [TRADUCTION] «peu importe l’intention de quelque partie que ce soit, quand la loi impose à une partie l’obligation de détenir un bien précis au bénéfice d’une autre personne»: voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, à la p. 377. La fiducie par interprétation est une forme de réparation fondée sur l’*equity* qui vise à prévenir l’enrichissement sans cause: *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la page 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

[45] Pour qu’il y ait fiducie par interprétation, un certain nombre de conditions doivent être remplies. Dans bien des cas, une telle fiducie ne constitue donc pas une réparation appropriée, car le tribunal doit s’assurer: premièrement, que l’allégation relative à l’enrichissement sans cause a été établie; deuxièmement, que le créancier a été privé de son dû à cause de cet enrichissement; troisièmement, qu’il n’existe aucun motif d’ordre juridique justifiant l’enrichissement; enfin, qu’eu égard aux circonstances, une fiducie par interprétation constitue une réparation appropriée pour remédier à l’enrichissement sans cause: *Jesionowski*, précitée.

[46] Si j’applique ce critère à quatre volets à la présente affaire, la Bank of Scotland a touché, comme je l’ai déjà souligné, la somme de 1 655 249,40 \$ par suite des renseignements qu’elle possédait en sa qualité de créancière hypothécaire; il y a eu enrichissement sans cause et le montant en question aurait dû être comptabilisé eu égard aux circonstances particulières de l’affaire. Deuxièmement, par suite des tactiques auxquelles la Bank of Scotland a eu recours, divers créanciers privilégiés sont privés du droit de présenter une réclamation à valoir sur cette somme comme partie du produit de la vente. Troisièmement, il n’existe aucun motif d’ordre juridique justifiant l’enrichissement; au contraire, cet enrichissement résultait d’une machination. Enfin, la réparation est appropriée, car il serait ridicule que les créanciers privilégiés participent à la présente audience et qu’une fois leur rang prioritaire reconnu, ils soient obligés de poursuivre la Bank of Scotland dans un autre ressort en se fondant sur les jugements qu’ils ont obtenus.

[47] Bref, aux fins de la présente audience, la Bank of Scotland est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ et l’avoir imputée au paiement de la créance hypothécaire qu’elle détenait sur la flotte.



(f) Early Crystallization of the Bank of Scotland Claim

[48] The next interesting point is a submission that the claim of the Bank of Scotland, under its fleet mortgage, ought to be capped at \$12,047,788.08, being the American dollar equivalent of the C\$17,602,057.32 December 1997 default judgment, because the claim is then said to have then crystallized at that amount.

[49] It is clear that one reason the Bank of Scotland took default judgment at an early date, rather than to prove its claim at the priority hearing, was that an early judgment enabled the Bank to apply for payment to it of any funds that were clearly surplus to those needed to satisfy the claims that had an apparent possible higher priority. The question now is whether the early default judgment has also been to the detriment of the Bank of Scotland, to the extent of about \$2,000,000 added to the claim after December 1997, of course allowing for any court approved expenditures.

[50] The case here, against the Bank of Scotland, begins with *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.). There a debenture holder obtained judgment at an early stage in order to obtain the advantage of an execution. They were later able to prove an additional two percent interest, which both the Trial Judge and the Court of Appeal disallowed, holding that original debt had become merged in the judgment, in effect creating a fresh debt with different consequences. *European Central* is summed up in a passage in Volume 26 of the 4th edition of *Halsbury's Laws of England*, at page 274:

When judgment has been given in an action, the cause of action in respect of which it was given is merged with the judgment and its place is taken by the rights created by the judgment, so that a second action may not be brought on that cause of action.

f) Cristallisation hâtive de la réclamation de la Bank of Scotland

[48] L'argument intéressant qui est ensuite invoqué est que la réclamation de la Bank of Scotland, en vertu de l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte, devrait être limitée à 12 047 788,08 \$, soit le montant correspondant en dollars américains au montant de 17 602 057,32 \$CAN fixé dans le jugement par défaut du mois de décembre 1997, parce que, comme on l'affirme, la réclamation s'est cristallisée à ce montant.

[49] Il est clair que la Bank of Scotland s'est empressée de demander un jugement par défaut au lieu d'attendre l'audience relative à l'ordre de priorité pour prouver sa réclamation parce que pareil jugement lui permettait de demander qu'on lui verse toute somme clairement excédentaire par rapport aux sommes nécessaires aux fins du paiement des créances qui, semblait-il, viendraient peut-être avant la sienne. Il s'agit maintenant de savoir si le jugement par défaut qui a été rendu à ce stade de l'affaire nuit à la banque, en ce qui concerne la somme d'environ 2 000 000 \$ qui a été ajoutée à la réclamation après le mois de décembre 1997, compte tenu bien sûr de toute dépense approuvée par la Cour.

[50] À l'encontre de la Bank of Scotland, on peut citer l'arrêt *European Central Railway Company, In Re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.). Dans cette affaire, le titulaire d'une débeture avait hâtivement obtenu un jugement de l'affaire de façon à pouvoir en garantir l'exécution. Il a par la suite réussi à prouver un intérêt additionnel de deux pour cent, que le juge de première instance et la cour d'appel ont rejeté, en statuant que la dette initiale avait fusionné avec le jugement, de sorte qu'une nouvelle dette ayant des conséquences différentes était créée. L'arrêt *European Central* est résumé dans un passage du volume 26 de la 4<sup>e</sup> édition de l'ouvrage de *Halsbury's Laws of England*, à la page 274:

[TRADUCTION] Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui a donné lieu au jugement fusionne avec le jugement et elle est remplacée par les droits créés par le jugement, de sorte qu'il est impossible d'intenter une deuxième action fondée sur cette cause d'action.

[51] The Saskatchewan Court of King's Bench reached a conclusion similar to that in *European Central in Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171. There the plaintiff held a mortgage as collateral security to three promisory notes. On default the plaintiff obtained judgment. The point of the case was that where judgment has been recovered for a debt, there is then a merger of the original indebtedness in the judgment. In addition, where the judgment is *in rem*, as was the situation here, it is a judgment binding all and invocable by any person against any other person: see Volume 16 of the 4th edition of *Halsbury's Laws of England*, at page 869 and *Creighton v. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), at page 33.

[52] The submission to bar the Bank of Scotland from claiming more than the amount set out in its default judgment, is then to the effect that on a default judgment the allegations and the claim are deemed proven at some \$12,000,000, counsel here referring to *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425. As I read it, *McElroy* is confined to default judgments taken under the Alberta Supreme Court Rules, by which a defendant, who allows judgment to go by default, is taken to have admitted the facts set out in the statement of claim: *McElroy*, at page 428. The better view may be that the efficacy of a default judgment may be less than that of a judgment on the merits. This is a point made by Mr. Justice McNair in *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39 (T.D.), at page 52:

Generally speaking, orders in the nature of summary procedural judgments where there has been no trial of the issues are interlocutory at best, and should not be accorded the finality and conclusiveness of a judgment on the merits of such issues: . . .

In reaching this conclusion, Mr. Justice McNair referred to former *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rule 437 which allowed a plaintiff to take judgment in default for the relief sought in the statement of claim. The effect of that Rule seems no different than the present rule 210 [*Federal Court*

[51] Dans l'arrêt *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171, la Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan est arrivée à une conclusion semblable à celle qui avait été tirée dans l'arrêt *European Central*. Dans cette affaire-là, la demanderesse détenait, à l'égard de trois billets, une hypothèque en tant que garantie accessoire. Elle avait obtenu un jugement par défaut. Il a été statué que lorsqu'un jugement a été obtenu à l'égard d'une dette, la dette initiale fusionne avec le jugement. De plus, s'il s'agit d'un jugement en matière réelle, comme c'était le cas ici, ce jugement est obligatoire et vaut contre tous: voir le volume 16 de la 4<sup>e</sup> édition de *Halsbury's Laws of England*, à la page 869, et *Creighton c. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 33.

[52] Selon l'argument que la Bank of Scotland ne peut réclamer plus que le montant fixé dans le jugement par défaut, les allégations et la réclamation sont réputées être prouvées pour un montant d'environ 12 000 000 \$ par suite du jugement par défaut qui a été rendu, et l'avocat mentionne ici l'arrêt *McElroy c. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425. Si je l'interprète correctement, l'arrêt *McElroy* est limité aux jugements par défaut qui sont rendus en vertu des Supreme Court Rules de l'Alberta, selon lesquelles le défendeur qui permet qu'un jugement soit rendu par défaut est réputé avoir admis les faits énoncés dans la déclaration: *McElroy*, à la page 428. Il est peut-être préférable de dire qu'un jugement par défaut est peut-être moins efficace qu'un jugement rendu sur le fond. C'est ce qu'a souligné le juge McNair dans la décision *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 52:

En général, les ordonnances de la nature des jugements rendus à la suite d'une procédure sommaire, où l'on ne s'est pas prononcé sur les questions en litige, sont tout au plus interlocutoires, et on ne devrait pas leur accorder le caractère final et définitif d'un jugement sur le fond de ces questions: [ . . ]

En tirant cette conclusion, le juge McNair a mentionné la Règle 437 des anciennes *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], qui autorisait le demandeur à solliciter un jugement par défaut pour la réparation demandée dans la déclaration. L'effet de cette règle ne semble pas différent de celui de l'actuelle [*Règles de*

*Rules, 1998, SOR/98-106*] which allows default to be taken on the statement of claim. The statement of claim in this action is both *in rem* and *in personam*. The plaintiff served the *Nel* and, 30 January 1998, was able to take *in rem* judgment arising out of the mortgage of the *Nel* for the equivalent of \$12,047,788.08. The issue comes down to the effect of the default judgment. The Bank of Scotland submits that it does not bar recovery in debt.

[53] My initial reaction to the argument put forward by the claimants involves the nature of merger of a cause of action in a judgment. The basic proposition as to merger is that when judgment has been given in an action, the cause of action which has resulted in the judgment merges in the judgment with its place being taken by the rights created by the judgment. This is a basic proposition set out in many early cases including in *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.), at page 1074. The result is that a second action may not be brought on that cause of action. Here, as I say, the plaintiff obtained judgment 30 January 1998 in Canadian dollars equivalent of \$12,047,788.08, composed of principle of \$11,250,000, interest on principle to 30 October 1997 in the amount of \$97,790.49, overdrawn accounts totalling \$698,869.60 and interest on the overdrawn accounts, again to 30 October 1997, \$1,127.99. The plaintiff now claims additional amounts which subsequently became owing, including amounts due on the loan account for distress payments and for interest, an additional \$2,076,632.42. It is this last amount, \$2,076,632.42 which the claimants would deny the Bank of Scotland by reason of merger.

[54] The doctrine of merger is bounded by the principle that "there will be no merger unless the cause of action is the same in both actions, and the plaintiff had an opportunity of recovering in the first action (namely the action in which the judgment was

*la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*] règle 210, qui autorise qu'un jugement par défaut soit rendu à l'égard d'une déclaration. En l'espèce, la déclaration est à la fois de nature réelle et de nature personnelle. Le *Nel* a reçu signification de la part de la demanderesse et, le 30 janvier 1998, cette dernière a pu obtenir un jugement en matière réelle d'un montant correspondant à 12 047 788,08 \$ en raison de l'hypothèque qu'elle détenait sur le *Nel*. Il s'agit donc de savoir quel est l'effet du jugement par défaut. La Bank of Scotland soutient que le jugement n'empêche pas le recouvrement d'une créance.

[53] Ma réaction initiale à l'argument avancé par les créanciers se rapporte à la nature de la fusion d'une cause d'action dans un jugement. Fondamentalement, lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement. Cette règle de base est énoncée dans de nombreuses décisions anciennes, notamment *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.), à la page 1074. Elle a pour résultat qu'on ne saurait intenter une deuxième action fondée sur cette cause d'action. Comme je l'ai dit, la demanderesse ici en cause a obtenu le 30 janvier 1998 un jugement d'un montant correspondant en dollars canadiens à 12 047 788,08 \$ composé du principal de 11 250 000 \$, des intérêts sur le principal jusqu'au 30 octobre 1997, d'un montant de 97 790,49 \$, de comptes à découvert s'élevant en tout à 698 869,60 \$ et des intérêts sur les comptes à découvert, jusqu'au 30 octobre 1997, d'un montant de 1 127,99 \$. La demanderesse réclame maintenant les montants additionnels qui sont subséquentement devenus exigibles, y compris les montants dus sur le compte de prêts à l'égard des paiements effectués en raison de la saisie et des intérêts, c'est-à-dire une somme additionnelle de 2 076 632,42 \$. C'est ce dernier montant de 2 076 632,42 \$ que les créanciers contestent en invoquant la fusion.

[54] La doctrine de la fusion est limitée par le principe selon lequel [TRADUCTION] «il n'y a fusion que si la cause d'action est la même dans les deux actions et si le demandeur a eu la possibilité de recouvrer, dans la première action (soit l'action visée

given) what he seeks to recover in the second;”: 4th ed. of *Halsbury’s Laws of England*, Volume 26, at paragraph 551. Indeed, a plaintiff may bring successive actions, arising out of the same circumstances, so long as those circumstances give rise to different causes of action: *Brunsdon v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.). On this analysis any claims for interest and for items on the running account, arising after the 30 January 1998 default judgment, would still be good claims at a subsequent priorities hearing. This concept allows recovery of post judgment interest as calculated by the Bank of Scotland. However there may be an accounting exercise if there is the issue, which seems not to have been dealt with, as to what portions of the excess now claimed on the loan account, if any, predate the judgment date. Here I would again note that overdrawn accounts, as of 31 October 1997, stood at \$698,869.60, but are presented in a final calculation at \$1,754,747.

[55] Counsel for the plaintiff takes a somewhat different approach, with which I agree, based on Professor Dunlop’s analysis of merger into judgment in *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed., 1995, at page 200 and following. The Dunlop analysis begins with the traditional theory that once a creditor carries an action to judgment the original debt obligation is said to have merged into a judgment debt. This is, as pointed out by Professor Dunlop, all part of the notion of *res judicata*, that once there is a final decision by a judicial tribunal of competent jurisdiction, that disposes of a matter once and for all, so that neither the parties nor their privies may later relitigate the matter. This doctrine has two effects. First, such a decision estops a party from disputing the correctness of the decision in law and in fact, as against other parties and privies to the decision in subsequent litigation, this being the rule of estoppel by *res judicata*. Professor Dunlop then turns to the second and more germane effect of doctrine, that of merger into judgment, as put by George Spencer Bower, and Sir Alexander Turner in *The Doctrine of Res Judicata*,

par le jugement), ce qu’il cherche à recouvrer dans la deuxième;»: 4<sup>e</sup> édition de *Halsbury’s Laws of England*, volume 26, paragraphe 551. De fait, le demandeur peut intenter des actions successives, découlant des mêmes circonstances, dans la mesure où ces circonstances donnent naissance à des causes d’action différentes: *Brunsdon v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.). Selon cette analyse, toute réclamation relative aux intérêts et aux éléments du compte courant, survenant après le jugement par défaut du 30 janvier 1998, pourrait à juste titre être présentée dans le cadre d’une audience subséquente relative à l’ordre de priorité. Cette thèse permet le recouvrement des intérêts après jugement, tels qu’ils ont été calculés par la Bank of Scotland. Toutefois, il peut y avoir reddition de compte si l’on se pose la question de savoir quelles parties de l’excédent maintenant réclamé sur le compte de prêts, le cas échéant, remontent à une date antérieure à celle du jugement, question qui ne semble pas avoir été examinée. Je ferais ici encore une fois remarquer que les comptes à découvert, au 31 octobre 1997, s’élevaient à 698 869,60 \$, mais qu’à la suite d’un calcul final, un montant de 1 754 747 \$ a été soumis.

[55] L’avocat de la demanderesse adopte une approche quelque peu différente, à laquelle je souscris; il se fonde sur l’analyse de la question de la fusion en jugement effectuée par le professeur Dunlop dans l’ouvrage intitulé: *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2<sup>e</sup> édition, 1995, aux pages 200 et suivantes. Le professeur Dunlop commence son analyse en se fondant sur la théorie traditionnelle selon laquelle une fois qu’un créancier obtient jugement, la dette initiale est réputée se fondre dans la créance judiciaire. Comme l’a souligné le professeur Dunlop, cela fait partie de la notion de la chose jugée, selon laquelle une fois qu’un tribunal judiciaire compétent a rendu une décision définitive, la question est réglée une fois pour toutes, de sorte que ni l’une ni l’autre partie ou des personnes ayant connexité d’intérêts ne peuvent par la suite plaider de nouveau l’affaire. Cette doctrine comporte deux conséquences. En premier lieu, la décision empêche une partie de contester dans un litige subséquent le bien-fondé de la décision, sur le plan du droit et des faits, à l’encontre des autres parties à la décision et des personnes ayant connexité d’intérêts, ce qui

2nd ed., 1969 [at page 1]:

In the second place, by virtue of the decision the right or cause of action set up in the suit is extinguished, merging in the judgment which is pronounced. *Transit in rem judicatam*. The result is that no further claim may be made upon the same cause of action in any subsequent proceedings between the same parties or their privies.

Professor Dunlop refers to this formulation and to that set out in *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, at page 210, as statements of the doctrine of merger which go farther than is necessary to prevent plaintiffs suing twice on the same cause of action [at page 202]:

Instead of simply prohibiting repeated lawsuits the judges have tried to accomplish the desired result by creating the fiction that a cause of action merges into the judgment. This roundabout way of dealing with the problem has gotten the courts into considerable unnecessary difficulty, as will be seen below.

The issue can be put simply. What is it that merges into the judgment? The passages quoted above suggest that it is the cause of action which merges in the sense that it is extinguished or replaced by the judgment which is "of a higher nature". It is submitted, however, that the better view is that the cause of action does not vanish entirely but instead survives the judgment, at least for certain purposes. This result may be expressed by saying that the effect of obtaining judgment is to force the judgment creditor to employ the remedies appropriate to a judgment, *i.e.*, execution, receivership and so on, rather than the remedy appropriate to a bare cause of action, namely, the commencement of a lawsuit. In other words, what merges in the judgment is not the cause of action itself but the remedy which accompanies it.

Key here is the concept that it is the remedy which merges with the judgment, not the cause of action itself.

[56] Professor Dunlop refers to a number of English and Canadian cases which can best be explained by

constitue la règle de la fin de non-recevoir fondée sur la chose jugée. Le professeur Dunlop examine ensuite la deuxième conséquence, qui est plus pertinente, à savoir la fusion en jugement, selon l'énoncé qu'en fait George Spencer Bower, et Sir Alexander Turner dans l'ouvrage intitulé: *The Doctrine of Res Judicata*, 2<sup>e</sup> édition, 1969 [à la page 1]:

[TRADUCTION] En second lieu, en vertu de la décision, le droit ou la cause d'action invoquée dans le litige s'éteint et fusionne avec le jugement. *Transit in rem judicatam*. Par conséquent, aucune autre réclamation fondée sur la même cause d'action ne peut être présentée dans des procédures subséquentes entre les mêmes parties ou entre des personnes ayant connexité d'intérêts.

Le professeur Dunlop déclare que cet énoncé et celui qui figure dans la décision *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, à la page 210, vont plus loin que nécessaire pour empêcher le demandeur d'engager à deux reprises des poursuites fondées sur la même cause d'action [à la page 202]:

[TRADUCTION] Au lieu d'interdire simplement que des poursuites judiciaires soient engagées plus d'une fois, les juges ont tenté d'en arriver au résultat voulu en créant la fiction selon laquelle la cause d'action fusionne avec le jugement. Cette façon détournée de régler le problème a causé inutilement de nombreux ennuis aux tribunaux, comme nous le verrons ci-dessous.

Il est possible d'énoncer la question d'une façon simple. Qu'est-ce qui fusionne avec le jugement? Les passages précités donnent à entendre que c'est la cause d'action, en ce sens qu'elle s'éteint ou qu'elle est remplacée par le jugement, qui est «d'une nature supérieure». Toutefois, nous croyons qu'il est préférable de considérer que la cause d'action ne disparaît pas complètement, mais qu'elle continue plutôt à exister après le prononcé du jugement, du moins à certaines fins. Ce résultat peut être exprimé de la façon suivante: l'obtention du jugement a pour effet de forcer le créancier concerné à employer des recours propres au jugement, c'est-à-dire l'exécution, la mise sous séquestre et ainsi de suite, plutôt que le recours propre à une simple cause d'action, à savoir l'introduction d'une poursuite judiciaire. En d'autres termes, ce n'est pas la cause d'action elle-même qui fusionne avec le jugement, mais le recours qui l'accompagne.

L'idée selon laquelle c'est le recours qui fusionne avec le jugement, plutôt que la cause d'action elle-même, est ici cruciale.

[56] Le professeur Dunlop mentionne un certain nombre d'arrêts anglais et canadiens qui peuvent

assuming that the cause of action, for some purposes, survives the judgment and indeed several cases in which the courts have explicitly espoused the view of remedy merger. Included among these cases is the Ontario Court of Appeal decision in *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85 in which Mr. Justice of Appeal Middleton referred to *Price v. Moulton*, an appellate decision reported at (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222, in which Mr. Justice Maule notes, at page 227, in connection with a debt secured by a covenant, that judgment “does not merge or extinguish the debt; but it merges the remedy by way of proceeding upon the simple contract”.

[57] In *Thorne v. Ball*, Mr. Justice Middleton also refers to one of the earliest cases, the often cited *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, at page 210 for the principle that on judgment “the cause of action is changed into matter of record, which is of a higher nature, and the inferior remedy is merged in the higher”. Mr. Justice Middleton, with whom two members of the Court concurred and with the Chief Justice agreeing but for different reasons, summed these quotations up by saying “[t]hese quotations go to show that it is the remedy which is merged, and not the right itself” (page 86 of *Thorne v. Ball*).

[58] Professor Dunlop sums up the cases by observing that [at pages 202-203]:

... it is difficult to understand how the debt can be extinguished by judgment while the collateral security can remain enforceable. On the other hand, the law makes sense if we assume that the debt survives the judgment, at least for the limited purpose of permitting action on the collateral security. Another way to put this conclusion is to say that the creditor and debtor have agreed that in the event of default the creditor will have two remedies, namely, an action on the debt and the additional right to enforce the security.

Key here is Professor Dunlop’s analysis, based on sound precedent, that it is the remedy which merges with the judgment, leaving a debt to survive and where the creditor has more than one remedy, for example enforcement of collateral security, that

mieux s’expliquer si l’on suppose que la cause d’action, à certaines fins, continue à exister après le prononcé du jugement et, de fait, plusieurs arrêts dans lesquels les tribunaux ont expressément adopté l’idée de la fusion du recours, notamment *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85, de la Cour d’appel de l’Ontario, dans laquelle le juge Middleton a mentionné la décision rendue en appel dans l’affaire *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222, où le juge Maule fait remarquer, à la page 227, au sujet d’une créance garantie par un engagement, que le jugement [TRADUCTION] «n’absorbe pas ou n’éteint pas la créance, mais absorbe le recours fondé sur le simple contrat».

[57] Dans l’arrêt *Thorne v. Ball*, le juge Middleton renvoie également à l’un des plus anciens arrêts sur la question, qui est souvent cité, *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, à la page 210, à l’appui du principe selon lequel, lorsqu’un jugement est rendu, [TRADUCTION] «la cause d’action devient une affaire enregistrée auprès d’un tribunal, qui est d’une nature supérieure, le recours inférieur fusionnant avec le recours supérieur». Le juge Middleton, à l’avis duquel deux membres de la Cour souscrivaient, ainsi que le juge en chef, qui se fondait toutefois sur des motifs différents, a résumé ces citations comme suit: [TRADUCTION] «Ces citations montrent qu’il y a fusion du recours plutôt que du droit lui-même» (page 86 de *Thorne v. Ball*).

[58] Le professeur Dunlop résume les arrêts en faisant observer ce qui suit [aux pages 202 et 203]:

[TRADUCTION] [...] il est difficile de comprendre comment le jugement peut éteindre la créance alors qu’il est encore possible de faire valoir la garantie accessoire. Par contre, la chose est sensée si nous supposons que la créance continue à exister après le prononcé du jugement, du moins aux fins restreintes de permettre au créancier d’agir quant à la garantie accessoire. En d’autres termes, cette conclusion consiste à dire que le créancier et le débiteur ont convenu qu’en cas de défaut, le créancier disposera de deux recours, à savoir une action fondée sur sa créance et le droit additionnel de faire valoir sa garantie.

Ce qui est ici crucial, c’est l’analyse du professeur Dunlop, fondée sur des précédents solides, selon laquelle c’est le recours qui fusionne avec le jugement, de sorte que la créance continue à exister, telle quelle, lorsque le créancier dispose de plus d’un recours, par

survives unimpaired.

[59] Professor Dunlop goes on to analyse explanations and theories as to the position of collateral security, an interesting analysis but not germane in this instance. To apply the principle of survival of the debt to sound in another remedy to the present circumstances, certainly the Bank of Scotland obtained a judgment on its debt. However the Bank of Scotland also holds a mortgage which gives rise to a claim against the *res* as represented by the sale proceeds of the *Nel*, in effect a remedy by way of the mortgage, to be exercised, to the full amount owing, in the present priority hearing.

(g) Ranking of the Bank of Scotland's Claim

[60] I now turn to the proposition put forward by *in rem* claimants, who take priority below the Bank of Scotland, that there should be a departure from the usual order of priorities, so the Bank of Scotland would stand below those claimants who do not hold maritime liens.

[61] I considered the equitable jurisdiction of the Court to depart from the usual ranking of maritime priorities in *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883 (T.D.), at page 896 and following (and indeed did depart from the usual ranking of priorities in *The Atlantis Two* (1999), 170 F.T.R. 1, at page 51 and following). All of this is neatly summed up by Mr. Justice Richard, as he then was, who paraphrased my conclusion as to the law from *The Alarissa, supra* when, on appeal (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.), at page 288, he said:

The Prothonotary stated that any change in the usual ranking of maritime priorities must be accomplished by the application of equitable principles. On his analysis of *Ship Atlantean I, Re*, [1979] 2 F.C. 661, at 668 (T.D.), and *Metaxas et al. v. Ship Galaxias et al. (No. 2)*, [1989] 1 F.C. 368; 19 F.T.R. 108, at 423 [F.C.] (T.D.), he concluded that the usual priorities ought not to be departed from except

exemple lorsqu'il peut faire valoir une garantie accessoire.

[59] Le professeur Dunlop analyse ensuite les explications et théories relatives à la position de la garantie accessoire; cette analyse est intéressante, mais elle n'est pas pertinente en l'espèce. Si l'on applique aux présentes circonstances le principe selon lequel la créance continue à exister aux fins d'un autre recours, la Bank of Scotland a certes obtenu un jugement à l'égard de sa créance. Toutefois, la banque détient également une hypothèque qui donne naissance à une réclamation portant sur la chose telle qu'elle est représentée par le produit de la vente du *Nel*, ce qui constitue en fait un recours fondé sur l'hypothèque, dont il est possible de se prévaloir, pour le plein montant qui est dû, dans le cadre de la présente audience.

(g) Le rang de la réclamation de la Bank of Scotland

[60] J'examinerai maintenant la thèse avancée par les créanciers en matière réelle, qui viennent après la Bank of Scotland, à savoir que l'on devrait s'écarter de l'ordre de priorité habituel, de façon que la banque vienne après les créanciers qui ne détiennent pas de privilèges maritimes.

[61] J'ai examiné la question de la compétence en *equity* que possède la Cour lorsqu'il s'agit de modifier l'ordre habituel de priorité des privilèges maritimes, dans la décision *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 896 et suivantes (de fait, la Cour s'est écartée de l'ordre de priorité habituel dans la décision *The Atlantis Two* (1999), 170 F.T.R. 1, aux pages 51 et suivantes). Tout cela est fort bien résumé par le juge Richard (maintenant juge en chef), qui a paraphrasé la conclusion que j'avais tirée quant au droit dans la décision *Alarissa, supra*, lorsqu'il a fait les remarques suivantes en appel (1997), 125 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 288:

Selon le protonotaire, toute modification du classement habituel des priorités en matière maritime devait être fondée sur des principes d'*equity*. Après analyse de l'espèce *Navire Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661, à la p. 668 (1<sup>re</sup> inst.) et de *Metaxas et al. c. Navire Galaxias et al. (n° 2)*, [1989] 1 C.F. 368; 19 F.T.R. 108, à la page 423 [C.F.] (1<sup>re</sup> inst.), il est arrivé à la conclusion que l'on ne devrait pas s'écarter de

in very special circumstances and that the powers in equity to upset the long established orders of priority should be exercised only where necessary to prevent an obvious injustice. He also considered the judgment of Mr. Justice Brandon in *Ship Lyrana (No. 2), Re*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30 (Q.B.D. Admiralty Ct.), where the test used was that of a plainly unjust result. He was of the view that the phrasing of the test pointed to a heavy onus on the part of Treasury Branches to upset the usual long-established priorities.

To displace the Bank of Scotland from the usual position below a maritime lien and above a statutory right *in rem*, I must look for very special circumstances. The statutory right *in rem* holders submit that the Bank of Scotland ought to have moved earlier against the *Nel*. They say that if that had in fact been done the suppliers of goods and services might have been put on notice and not have extended their credit. They say it is inequitable that the Bank of Scotland did not do so, for by delaying, and should the Bank of Scotland's priority remain the usual priority, the Bank of Scotland has been enriched to some degree. This principle is summed up in a passage by Gilmore and Black in *The Law of Admiralty*, 2nd ed., 1975, section 9-84, as follows:

Assuming that a mortgagee knows that his mortgagor is in solvent and also knows that the mortgagor, if he continues to operate the vessel, will necessarily run up large bills for supplies and repairs which he will be unable to pay in the ordinary course of business. If, under such circumstances, after default, the mortgagee allows the mortgagor to continue his operations, there would be good reason to hold that the mortgage had lost its priority over the post-mortgage liens. It would make no difference whether the result was rationalized in terms of laches (the prejudice to the lienors is sufficiently obvious) or in terms of subordination on equitable principles.

*The Law of Admiralty* is an American text. And while the passage was quoted with approval in *The Skytron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985), the test set out by Gilmore and Black would seem a somewhat easier test than that which I arrived at in *The Alarissa*. Indeed, the application of this passage from Gilmore and Black was subsequently criticized in *Alaskan*

l'ordre habituel des priorités si ce n'est en raison de circonstances particulières, et que le pouvoir en *equity* de modifier la collocation établie de longue date ne devrait être exercé que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice évidente. Il a aussi examiné le jugement rendu par M. le juge Brandon dans l'affaire *Navire Lyrana (n° 2), Re*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30 (B.R. Cour d'amirauté), où le critère employé était celui du résultat manifestement injuste. Il a exprimé l'avis que, selon ce critère, c'était aux Treasury Branches que revenait la tâche difficile de démontrer l'à-propos d'une modification de l'ordre traditionnel des priorités.

Pour modifier le rang que la Bank of Scotland occuperait habituellement, après un privilège maritime et avant un droit réel prévu par la loi, je dois me fonder sur des circonstances particulières. Les titulaires d'un droit réel prévu par la loi soutiennent que la banque aurait dû prendre plus tôt des mesures contre le *Nel*. Ils affirment que si elle l'avait fait, la situation aurait pu être portée à la connaissance des fournisseurs de marchandises et de services et ceux-ci auraient pu refuser de faire crédit. Ils disent qu'il n'est pas juste que la banque n'ait pas pris de mesures; en effet, si la banque continuait à occuper le même rang, elle s'enrichirait dans une certaine mesure, et ce, parce qu'elle a tardé à agir. Ce principe est résumé comme suit dans un passage de Gilmore et Black dans *The Law of Admiralty*, 2<sup>e</sup> éd., 1975, section 9-84:

[TRADUCTION] Supposons que le créancier hypothécaire sache que le débiteur hypothécaire est insolvable et qu'il sache également que s'il continue à exploiter le navire, le débiteur accumulera nécessairement de gros comptes pour des approvisionnements et des réparations qu'il ne sera pas en mesure de payer dans le cours normal de ses affaires. En pareil cas, si, après qu'il y a eu défaut, le créancier hypothécaire permet au débiteur de poursuivre ses activités, il y aurait légitimement lieu de conclure que l'hypothèque a perdu le rang prioritaire qu'elle occupait par rapport aux privilèges qui venaient après elle. Il importerait peu que l'on explique ce résultat en invoquant le retard indu (le préjudice subi par les titulaires de privilèges est suffisamment évident) ou la subordination fondée sur les principes de l'*equity*.

*The Law of Admiralty* est un ouvrage américain. Le passage a été cité avec approbation dans la décision *The Skytron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La 1985), mais le critère énoncé par Gilmore et Black semblerait un peu moins rigoureux que celui que j'ai énoncé dans la décision *Alarissa*. De fait, par la suite, dans la décision *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853,



*Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853, a decision of the United States District Court of Seattle, as being “strictly *dictum*” in that foreign law, not American law applied. The facts in *The Skyptron* were quite peculiar in that borrower and lender shared the same office, so that the latter “was close enough to the action to hear the financial wolves at (the mortgagor’s) door yet continued to allow the vessel and its operators to slip further into debt”. Moreover, the duration of the default in *The Skyptron* was about two years, as compared with the 27 May 1997 default by the owners of the *Nel* on the Bank of Scotland mortgage and the arrest of the *Nel* in November of 1997, some five months later.

[62] Certainly, counsel for Alpha Bunkering Co. Ltd., one of the claimants in this matter, does set out warning signs, going back perhaps to the summer of 1996, indicating that the owner of the *Nel* was under pressure from unpaid creditors. Alpha Bunkering, Aktina S.A. and Ashland Chemical Company have compiled two substantial document books: some of the material in those books might be read to indict the Bank of Scotland for delay in moving on its security. As a further basis for upsetting the Bank of Scotland’s priority under their mortgage, Alpha Bunkering has put much effort into a chronology of events which it submits shows that the Bank of Scotland ought to have moved earlier, at a time when other claimants either had less to lose or would have been warned, by a seizure or an arrest, not to extend further credit. Yet, in contrast, Alpha Bunkering received some \$250,000 in payment for fuel in July of 1997. The position of the owners of the *Nel* might be summed up by saying that, during the time period in question, their situation was perhaps not very different from that of many other ship owners. More specifically, the owners of the fleet of which the *Nel* was a part had debts, but they also had employment for their vessels and were considering selling one of their four ships in order to procure additional cash flow. On the part of the Bank of Scotland, it was able to look to various payments to be received by Leond Maritime and here I have in mind not only the proposed sale of the *Angelina L.*, at \$1.45 million and various charter-hire

rendue par la Cour américaine du district de Seattle, l’application de ce passage de Gilmore et Black a été qualifiée de [TRADUCTION] «pure remarque incidente», en ce sens que c’est le droit étranger qui s’appliquait plutôt que le droit américain. Les faits de l’affaire *Skyptron* étaient plutôt particuliers; en effet, l’emprunteur et le prêteur partageaient le même bureau, de sorte que le prêteur [TRADUCTION] «était suffisamment proche pour entendre les loups à la porte (du débiteur hypothécaire); mais il a néanmoins laissé le navire et ses exploitants s’endetter encore plus». En outre, dans l’affaire *Skyptron*, le défaut durait depuis environ deux ans, alors que les propriétaires du *Nel* ont fait défaut le 27 mai 1997 à l’égard de l’hypothèque détenue par la Bank of Scotland et que le *Nel* a été saisi au mois de novembre 1997, soit environ cinq mois plus tard.

[62] À coup sûr, l’avocat d’Alpha Bunkering Co. Ltd., qui est l’un des créanciers en cause, fait état de signes avant-coureurs remontant peut-être à l’été 1996, montrant que des créanciers impayés exerçaient des pressions sur le propriétaire du *Nel*. Alpha Bunkering, Aktina S.A. et Ashland Chemical Company ont préparé deux volumineux recueils de documents: il serait possible de considérer certains documents comme accusant la Bank of Scotland d’avoir tardé à faire valoir sa garantie. Pour justifier encore la modification du rang occupé par la banque en vertu de son hypothèque, Alpha Bunkering a fait beaucoup d’efforts pour établir la chronologie des événements qui, soutient-elle, montre que la banque aurait dû prendre des mesures plus tôt, à un moment où les autres créanciers avaient moins à perdre ou auraient été avertis, par une saisie-arrêt ou par un autre genre de saisie, qu’ils ne devaient plus faire crédit. Pourtant, Alpha Bunkering a néanmoins touché en juillet 1997 environ 250 000 \$ à l’égard du combustible fourni. Il serait possible de résumer la situation des propriétaires du *Nel* en disant que, pendant la période en question, ils n’étaient peut-être pas dans une situation très différente de celle dans laquelle se trouvent de nombreux propriétaires de navires. Plus précisément, les propriétaires de la flotte dont le *Nel* faisait partie avaient des dettes, mais ils exploitaient néanmoins leurs navires et ils envisageaient de vendre l’un de leurs quatre navires afin d’avoir des rentrées de fonds additionnelles. En ce qui concerne la Bank of

payments in July and August of 1997, totalling some \$450,000, as well as some \$2,329,000 in charter revenue received in mid or late June of 1997.

[63] Leaving aside that bankers are in business to support their customers and not to deal with fleets of non-operating ships, the argument that the Bank of Scotland wrongfully delayed in moving against the *Nel* and related vessels is largely based upon supposition, innuendo and assumption. It is up to the party seeking to upset the established order of priorities to clearly demonstrate, without the use of hindsight, the special circumstances and the plainly unjust result. This might have been accomplished by demonstrating first that an earlier movement by the Bank of Scotland, by way of realization proceedings against the fleet, was clearly called for and second, that earlier action by the Bank of Scotland would have materially assisted the claimants. The claimants have not satisfied these criteria.

[64] Also advanced as a reason for a departure from the usual priorities is the argument that the Bank of Scotland did not come with clean hands, having tried to hide a \$1.7 million recovery, the so-called secret profit. Yet the evidence to show the \$1.7 million recovery was there to be explored and, from the Bank of Scotland's point of view, there might be a justification, although not an objective justification. The view I take is that unless there is strong reliable evidence I ought to be slow to depart from the usual priorities. I considered this area at length in *Scott Steel Ltd.*, *supra*. Here I will touch only upon *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386 (T.D.), a decision of Mr. Justice Rouleau, who formulated the rule, which I take to be the current Canadian rule, in the words "As I understand it, my powers in equity to upset the orders of priority long established in Canadian maritime law should be exercised only where

Scotland, elle prévoyait recevoir diverses sommes de Leond Maritime, et je songe ici non seulement à la vente envisagée de l'*Angelina L.*, au prix de 1,45 million de dollars, mais au paiement de diverses sommes s'élevant en tout à 450 000 \$ résultant du loyer d'affrètement, aux mois de juillet et d'août 1997, ainsi qu'à une somme d'environ 2 329 000 \$ provenant d'affrètements, laquelle a été reçue au milieu ou à la fin du mois de juin 1997.

[63] Indépendamment du fait que les banquiers s'occupent d'aider leurs clients plutôt que de flottes de navires qui ne sont pas exploités, l'argument selon lequel la Bank of Scotland a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le *Nel* et contre les autres navires est dans une large mesure fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses. Il incombe à la partie qui cherche à faire modifier l'ordre de priorité établi de démontrer clairement, sans s'appuyer sur une sagesse rétrospective, qu'il existe des circonstances spéciales et que le résultat est manifestement injuste. Il aurait été possible de le faire en démontrant en premier lieu qu'il convenait clairement que la banque agisse plus tôt en engageant des procédures de liquidation contre la flotte et, en second lieu, que si la banque avait agi plus tôt, cela aurait considérablement aidé les créanciers. Or, les créanciers n'ont pas satisfait à ces critères.

[64] Pour justifier la modification de l'ordre de priorité habituel, on a également avancé l'argument selon lequel l'attitude de la Bank of Scotland n'était pas irréprochable, puisque la banque avait tenté de cacher le fait qu'elle avait recouvré une somme de 1,7 million de dollars, le soi-disant profit secret. Pourtant, il existait des éléments de preuve montrant que cette somme avait été recouvrée et sur lesquels il aurait été possible de se fonder et, en ce qui concerne la banque, il existe peut-être une justification, même si elle n'est pas objective. À mon avis, en l'absence d'éléments de preuve substantiels et convaincants, je me dois d'hésiter à modifier l'ordre de priorité habituel. J'ai examiné la question à fond dans la décision *Scott Steel Ltd.*, précitée. Je me contenterai ici de mentionner la décision *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Rouleau a formulé comme suit la règle qui, selon moi,

necessary to prevent an obvious injustice” (page 423). *The Galaxias* was an instance in which the Greek government made it clear that unless the Greek Seamen’s Union involved, a statutory union analogous to a Canadian Crown Corporation, was paid in full from the sale proceeds of the ship, the Greek government would not close the ship’s Greek registry, thus frustrating the Court ordered transfer of the vessel to new owners. Essentially the Greek government and their Seamen’s Union sought to have the Federal Court adjudicate the merits of its claim, but also intended to exert pressure “tantamount to black-mail” in the event that the Court did not recognize the claim of the Seamen’s Union: at page 426 of *The Galaxias*.

[65] *The Galaxias* is a clear example of what is not the special circumstance needed to upset established priorities. While the Bank of Scotland failed in its effort to exempt a profit of \$1.7 million from an accounting of realization on its mortgage security, its transgression was mild compared with that which occurred in *The Galaxias* and which did not result in priorities being upset. This failed effort to exempt a profit does not constitute a very special circumstance in which priorities ought to be departed from in order to prevent an obvious injustice.

[66] Considering all of the surrounding facts I do not see any very special circumstances constituting an obvious injustice justifying a departure from the usual priorities. To say the Bank of Scotland ought to have moved earlier, say in August of 1997, immediately after Alpha Bunkering received some \$250,000 in payment from owners, places far too high a standard of hindsight on the Bank of Scotland. In instituting the present *in rem* action, 12 November 1997, the Bank made a reasonable decision. I am not prepared, in this

s’applique à l’heure actuelle au Canada: «Sauf erreur, les pouvoirs dont je dispose en *equity* pour modifier l’ordre de priorité établi depuis longtemps en droit maritime canadien ne devraient être exercés que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante» (page 423). Dans l’affaire *Galaxias*, le gouvernement grec avait clairement fait savoir qu’à moins que le syndicat des marins grecs, qui était un syndicat créé par la loi semblable à une société d’État canadienne, ne soit payé au complet à l’aide du produit de la vente du navire, le certificat de radiation du navire ne serait pas enregistré en Grèce, de sorte que l’ordonnance judiciaire prévoyant le transfert du navire aux nouveaux propriétaires ne pourrait pas être exécutée. Fondamentalement, le gouvernement grec et le syndicat des marins demandaient à la Cour fédérale de statuer au fond sur la réclamation, mais ils voulaient également exercer des pressions «équiva[lant] à un chantage» au cas où la Cour refuserait de reconnaître la réclamation du syndicat: *Galaxias*, à la page 426.

[65] L’affaire *Galaxias* constitue un exemple clair de ce qui ne constitue pas une circonstance spéciale justifiant la modification de l’ordre de priorité établi. La Bank of Scotland a échoué lorsqu’elle a tenté de soustraire un profit de 1,7 million de dollars à la reddition de compte relative aux sommes qu’elle avait réalisées en vertu de sa garantie hypothécaire, mais la faute était peu importante comparativement à ce qui s’était passé dans l’affaire *Galaxias*, et où, pourtant, l’ordre de priorité n’avait pas été modifié. Cette tentative ratée visant à soustraire un profit ne constitue pas une circonstance particulière permettant de modifier l’ordre de priorité afin d’éviter une injustice flagrante.

[66] Compte tenu des faits dans leur ensemble, je ne puis constater l’existence d’aucune circonstance particulière créant une injustice flagrante qui justifie la modification de l’ordre de priorité habituel. Dire que la Bank of Scotland aurait dû agir plus tôt, par exemple au mois d’août 1997, immédiatement après qu’Alpha Bunkering eut reçu environ 250 000 \$ des propriétaires, c’est imposer après coup une norme beaucoup trop rigoureuse à la banque. En intentant la présente action réelle, le 12 novembre 1997, la banque

instance, to displace the usual priority which the Bank of Scotland ought to be accorded.

(h) Summary of Amounts Payable to the Bank of Scotland

[67] The Bank of Scotland is entitled to claim the amount as presented on 4 January 1999, less various deductions, but augmented by payments made on account of crew wages and costs of sale.

[68] To be more specific the Bank claimed a total, principle on the loan, loan account and distress payments and accrued interest, as of 4 January 1999, in the amount of \$14,124,420.50, together with crew wages and sale costs of \$71,067.09, a total of \$14,195,487.59.

[69] The first deduction is the *Blue L.* resale recovery of \$1,665,249.40, leaving a balance of \$12,530,238.19. From this sum there must also be a deduction for various amounts received from the sale of the balance of the fleet, including the advance received on the *Nel*, a total of \$10,211,397. This reduces the Bank's claim, under its fleet mortgage, to \$2,318,841.19. This is clearly in excess of any amount which might be left over on the sale of the *Nel* after prior claimants have been paid. Thus the Bank of Scotland is entitled to any surplus after payment out of such claims as stand ahead of it.

[70] As to interest, it would continue to run on the mortgage on the rate agreed between the Bank of Scotland and its customer. As to the wage and sale costs item, interest would run at 7% to 3 December 1997 and thereafter at the average rate on the sale proceeds of the *Nel* as held in the interest bearing account.

Claim of Alpha Bunkering

[71] Alpha Bunkering, of Piraeus, Greece, at the request of Mr. Liondaras, said to be the directing mind

a pris une décision raisonnable. En l'espèce, je ne suis pas prêt à modifier le rang que la Bank of Scotland devrait se voir attribuer.

h) Sommaire des montants à payer à la Bank of Scotland

[67] La Bank of Scotland a le droit de réclamer le montant soumis le 4 janvier 1999, moins diverses déductions, plus les sommes payées au titre des salaires de l'équipage et des frais de vente.

[68] Plus précisément, la banque a réclamé le principal sur le prêt, le compte de prêts et les paiements effectués en raison de la saisie et les intérêts courus, au 4 janvier 1999, soit en tout le montant de 14 124 420,50 \$, ainsi que les salaires de l'équipage et les frais de vente, de 71 067,09 \$, ce qui correspond en tout à 14 195 487,59 \$.

[69] La première déduction se rapporte au recouvrement de la somme de 1 665 249,40 \$ lors de la revente du *Blue L.*, de sorte qu'il reste un solde de 12 530 238,19 \$. De cette somme, il faut également déduire divers montants touchés lors de la vente du reste de la flotte, y compris les avances reçues à l'égard du *Nel*, soit un montant de 10 211 397 \$ en tout. Cela réduit donc à 2 318 841,19 \$ la créance de la banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte. Cette somme excède clairement tout montant qui pourrait rester de la vente du *Nel* une fois que les créanciers occupant un rang prioritaire auront été désintéressés. Par conséquent, la banque a droit à tout excédent une fois payées les créances qui viennent avant la sienne.

[70] Quant aux intérêts, ils continueront à courir sur l'hypothèque, au taux convenu entre la Bank of Scotland et son client. En ce qui concerne les salaires et les frais de vente, les intérêts s'accumuleront au taux de 7 p. 100 jusqu'au 3 décembre 1997, et par la suite au taux moyen sur le produit de la vente du *Nel* déposé dans le compte portant intérêt.

Réclamation d'Alpha Bunkering

[71] À la demande de M. Liondaras, qui serait l'âme dirigeante des propriétaires du *Nel*, Alpha Bunkering,

of the owners of the *Nel*, supplied bunker fuel through a subcontractor at Balboa, Panama, on 27 July 1997, in the amount of \$168,174.53. Alpha Bunkering takes the position that the supply of bunkers resulted in a maritime lien either under Panamanian or American law.

[72] I have considered the expert affidavit of Daniel Tadros, filed on behalf of Alpha Bunkering and also the expert affidavit of Alan Pragg, filed on behalf of Ashland Chemical Company, which has bearing not only on the claim of Ashland, but also upon the claim of Alpha Bunkering. I have also considered, but rejected, the view of Juan Morgan, who was of the opinion that Panamanian law gave the specific maritime lien which ought to be relied upon for fuel supplied. I have concluded, on the basis of the jurisdiction clause of the subcontractor who supplied the fuel which the owner of the *Nel* ordered from Alpha Bunkering, that American law applies and Alpha Bunkering holds a maritime lien. All of this requires a fuller explanation.

[73] The request for bunkers for the *Nel*, to be supplied in Panama, came from owners and was confirmed by Alpha Bunkering, of Piraeus, in a telex of 25 July 1997. The telex specifically noted that the supply was subject to the local terms and conditions of the fuel agent who would make the actually physical delivery. Alpha Bunkering arranged for the supply of fuel through Costal Refining and Marketing Inc., an American company, which had its Panamanian subsidiary, Costal Energy of Panama Inc., physically supply the fuel.

[74] Here I should touch briefly upon the Alpha Bunkering invoice of 12 August 1997 for the supply of fuel to the *Nel*, in the amount of \$168,174.53 which, by the confirmation of bunkering nomination, was payable within 45 days. Interest is claimed at 2% per month as deposed to by Mr. Karatza, a Director of Alpha Bunkering. The interest rate is also confirmed by the amount of the postdated cheque, later dishonoured, written for the bunkers by the owner of the *Nel*.

du Pirée, en Grèce, a fourni des soutes par l'entremise d'un sous-traitant, à Balboa, Panama, le 27 juillet 1997, au prix de 168 174,53 \$. Alpha Bunkering soutient que la fourniture des soutes a entraîné la création d'un privilège maritime en vertu du droit panaméen ou du droit américain.

[72] J'ai examiné l'affidavit de l'expert Daniel Tadros, déposé pour le compte d'Alpha Bunkering, ainsi que l'affidavit de l'expert Alan Pragg, déposé pour le compte d'Ashland Chemical Company et qui portait non seulement sur la réclamation d'Ashland, mais aussi sur celle d'Alpha Bunkering. J'ai également examiné, tout en le rejetant, l'avis de Juan Morgan, qui estimait que, sous le régime du droit de Panama, il existait un privilège maritime précis qui devrait s'appliquer au combustible fourni. En me fondant sur la clause de compétence relative au sous-traitant qui a fourni le combustible que le propriétaire du *Nel* avait commandé à Alpha Bunkering, j'ai conclu que c'est le droit américain qui s'applique et qu'Alpha Bunkering est titulaire d'un privilège maritime. Des explications additionnelles s'avèrent nécessaires à ce sujet.

[73] La demande de fourniture des soutes au *Nel*, à Panama, avait été faite par les propriétaires et confirmée par Alpha Bunkering, du Pirée, dans un télex en date du 25 juillet 1997. Le télex stipulait expressément que la fourniture était assujettie aux conditions locales exigées par l'agent qui ferait la livraison comme telle du combustible. Alpha Bunkering a pris des dispositions pour que le combustible soit fourni par l'entremise de Coastal Refining and Marketing Inc., une société américaine, qui a demandé à sa filiale panaméenne, Coastal Energy of Panama Inc., de faire la livraison comme telle du combustible.

[74] Je parlerai ici brièvement du compte de 168 174,53 \$ du 12 août 1997 d'Alpha Bunkering, se rapportant à la fourniture du combustible au *Nel*, lequel compte était, selon la confirmation de la désignation d'un fournisseur, payable dans un délai de 45 jours. Des intérêts sont exigés au taux mensuel de 2 p. 100, comme l'a déclaré un administrateur d'Alpha Bunkering, M. Karatza. Le montant du chèque postdaté émis par le propriétaire du *Nel* pour les soutes, lequel n'a pas été honoré, confirme également ce taux d'intérêt.

[75] Alpha Bunkering takes several approaches to establishing a maritime lien, first under Panamanian law, second under contractual terms, and third under American law. I accept that the supply of bunkers in Panama gives rise to a maritime lien under Article 1507 of the *Commercial Code of Panama*. However, the parties to the transaction stipulated American law to apply, thus negating the effect of the *Commercial Code of Panama*.

[76] Alpha Bunkering's experts rely upon in the standard provisions of Coastal Energy of Panama Inc. as to the application of American law and a contractual maritime lien, in the following passage:

Buyer, on behalf of itself and the owner of the vessel, represents and agrees that the delivery of marine fuel oil hereunder to the vessel shall create a valid maritime lien in favour of Seller. This agreement, its performance and enforcement shall be governed and determined by the maritime law of the United States of America, regardless of the law of the forum in which any proceeding is instituted relating to this contract or to any vessel to which deliveries are made hereunder.

Alpha Bunkering also referred to two bunkering certificates, one for a small amount of light oil and the other for bunker fuel, both signed by either the Master or the Chief Officer. Those bunkering certificates incorporate both American law and the terms of Coastal Energy of Panama Inc. and specifically refer to a maritime lien against the *Nel*.

[77] Suppliers of marine fuel, who often, in order to compete, extend credit to ship owners, are wise to the advantages they might gain (and perhaps one day have to rely upon) through a maritime lien for the price of the fuel. Among the ways that a maritime lien may be obtained are through supplying fuel in a jurisdiction favourable to the fuel supplier or through the order being routed through a jurisdiction which will result in a maritime lien, or perhaps by contracting for such a lien. Here I would note specifically that an offshore necessities supplier, such as a supplier of fuel, operating from a jurisdiction which does not grant maritime

[75] Alpha Bunkering adopte plusieurs approches en vue d'établir l'existence d'un privilège maritime: premièrement en vertu du droit panaméen, deuxièmement en vertu des dispositions contractuelles et troisièmement en vertu du droit américain. Je reconnais que la fourniture des soutes à Panama crée un privilège maritime en vertu de l'article 1507 du *Commercial Code of Panama*. Toutefois, les parties ont stipulé que c'était le droit américain qui régissait l'opération, de sorte que le *Commercial Code of Panama* ne s'appliquait pas.

[76] Les experts d'Alpha Bunkering se fondent sur les dispositions type établies par Coastal Energy of Panama Inc., au sujet de l'application du droit américain et de l'existence d'un privilège maritime contractuel, lesquelles sont énoncées dans le passage suivant:

[TRADUCTION] L'acheteur, pour son propre compte et pour le compte du propriétaire du navire, déclare et convient que la livraison du mazout au navire en vertu des présentes créera un privilège maritime valide en faveur du vendeur. La présente entente ainsi que son exécution et son application seront régies par le droit maritime des États-Unis d'Amérique, indépendamment du droit du ressort où des procédures sont engagées à l'égard du présent contrat ou de tout navire auquel la livraison est effectuée en vertu des présentes.

Alpha Bunkering a également mentionné deux certificats de soutage, l'un pour une petite quantité de fuel léger et l'autre pour des soutes, ces certificats étant signés par le capitaine ou par l'officier en second. Les certificats incorporent le droit américain et les conditions établies par Coastal Energy of Panama Inc. et font expressément mention de l'existence d'un privilège maritime sur le *Nel*.

[77] Les fournisseurs de combustible qui, dans bien des cas, afin d'être compétitifs, font crédit aux propriétaires de navires sont parfaitement au courant des avantages dont ils pourraient bénéficier (et qu'ils pourraient bien un jour devoir invoquer) s'ils détiennent un privilège maritime pour le prix du combustible. Il est notamment possible d'obtenir un privilège maritime en fournissant le combustible là où le droit est favorable au fournisseur, en faisant passer la commande par un pays où un privilège maritime sera créé ou peut-être en concluant un contrat créant ce privilège. Je ferais ici expressément remarquer qu'un

liens for necessities, using an American agent, who in turn supplies the actual necessities in an offshore port, may claim an American maritime lien, a concept extensively explored in *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. The Atlantis Two*, *supra*, at page 27 and following. There I accepted the view of Charles S. Donovan of the Walsh Donovan firm in San Francisco and indeed set out a portion of his affidavit of expert evidence, by which he concluded and I accepted that a Norwegian necessities suppliers, operating through an American agent, had a maritime lien whether or not the necessities were supplied at an American port. This is consistent with expert evidence filed by claimants in the present proceeding.

[78] There is one point in opposition to the priority of Alpha Bunkering's claim that must be touched upon. The American law expert retained by the Bank of Scotland, Alfred Yudes Jr. of New York, sets out that while a necessities supplier in the United States has a maritime lien, with a priority ahead of a foreign preferred mortgage, the situation is different when the necessities are furnished outside the United States. The maritime lien for necessities delivered outside the United States ranks after a foreign preferred mortgage. In general principle here, well established, is that only a limited number of so-called American maritime liens outrank a mortgage. One might categorize American maritime liens as preferred American maritime liens and an ordinary American maritime lien, however the latter is not analogous to our statutory right *in rem*. The answer to this issue may be found in *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680 and in *The Ioannis Daskalelis*.

fournisseur étranger d'approvisionnements nécessaires, comme le fournisseur de combustible, qui exerce ses activités dans un pays où aucun privilège maritime n'est accordé pour les approvisionnements nécessaires, en ayant recours à un agent américain, ce dernier fournissant de son côté les approvisionnements comme tels dans un port étranger, peut faire valoir un privilège maritime américain; cette thèse a été examinée à fond dans la décision *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. L'Atlantis Two*, précitée, aux pages 27 et suivantes. Dans cette décision-là, j'ai retenu l'avis exprimé par Charles S. Donovan, de la maison Walsh Donovan, à San Francisco, et j'ai de fait cité une partie de l'affidavit qu'il avait déposé à titre d'expert, dans lequel il déclarait que le fournisseur norvégien d'approvisionnements nécessaires, qui exerçait ses activités par l'entremise d'un agent américain, détenait un privilège maritime, et ce, peu importe que les approvisionnements aient été fournis dans un port américain ou ailleurs; j'ai retenu cet avis. Cela est conforme à la preuve d'expert présentée par les créanciers en l'espèce.

[78] Il importe de traiter d'une question qui a été soulevée à l'encontre de l'attribution d'un rang prioritaire à la créance d'Alpha Bunkering. L'expert en droit américain dont la Bank of Scotland a retenu les services, Alfred Yudes fils, de New York, déclare qu'aux États-Unis, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires possède un privilège maritime prenant rang avant une hypothèque privilégiée étrangère, mais qu'il n'en va pas de même lorsque les approvisionnements sont fournis en dehors des États-Unis. Le privilège maritime se rapportant aux approvisionnements nécessaires livrés en dehors des États-Unis vient après une hypothèque privilégiée étrangère. Le principe général applicable en l'espèce, qui est bien établi, est qu'un nombre restreint seulement de soi-disant privilèges maritimes américains viennent avant une hypothèque. Il serait possible de classer par catégories les privilèges maritimes américains en privilèges maritimes prioritaires ou en privilèges maritimes ordinaires, mais ces derniers ne sont pas analogues à notre droit réel prévu par la loi. La réponse à cette question se trouve dans les arrêts *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, et *l'Ioannis Daskalelis*.

[79] Canadian courts, dealing with American *in rem* claims, have determined the substantive right that is being brought into the jurisdiction and have then placed that right in an appropriate position in the Canadian framework of priorities, generally a fairly basic mechanical process. However one should look closely at the American maritime lien.

[80] The lien under which Alpha Bunkering claims is not a preferred maritime lien, both I think in the sense that it attached after the Bank of Scotland's mortgage was registered: see for further material on this Tetley's second edition of *Maritime Liens and Claims*, at page 875. Further, according to Mr. Yudes, the maritime lien for necessities furnished offshore similarly stands behind a preferred mortgage.

[81] The Supreme Court dealt with a maritime lien which was not a preferred lien in *The Ioannis Daskalelis*, where the vessel was encumbered by a prior mortgage. On this basis the lien of Todd Shipyards Corporation, which it sought to enforce in Canada, was not a preferred maritime lien. The Supreme Court of Canada recognized that the maritime lien did not take priority over a mortgage in the United States, yet the American priority did not form a part of the Court's decision. The Court merely recognized the right as a maritime lien and then placed that right in the Canadian priorities framework. In the present instance I recognize the lien claimed by Alpha Bunkering as a maritime lien, travelling with the ship. In the Canadian system of priorities, while the Alpha Bunkering lien is not a preferred maritime lien, it still ranks ahead of the Bank of Scotland's mortgage.

[82] I have considered various of the other points raised by Mr. Yudes, in his affidavit. They are in some instances arguable points and in other instances issues of fact which it is for this Court to determine. Overall I prefer the views of Daniel Tadros and of Alan Van Praag, on whose expert opinions Alpha Bunkering relies.

[79] En ce qui concerne les créances réelles américaines, les tribunaux canadiens ont déterminé le droit quant au fond revendiqué dans leur ressort et ont alors attribué à ce droit le rang qui convenait dans le contexte canadien des priorités, ce qui est en général un processus mécanique assez simple. Toutefois, il importe d'examiner de près le privilège maritime américain.

[80] Le privilège invoqué par Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire en ce sens qu'à mon avis, il a pris naissance après l'enregistrement de l'hypothèque de la Bank of Scotland: voir pour plus de détails sur ce point la deuxième édition de Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 875. En outre, selon M. Yudes, le privilège maritime relatif aux approvisionnements nécessaires fournis à l'étranger prend lui aussi rang après une hypothèque privilégiée.

[81] La Cour suprême a examiné la question du privilège maritime qui n'est pas un privilège prioritaire dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, où le navire était grevé d'une hypothèque antérieure. Cela étant, le privilège que Todd Shipyards Corporation cherchait à faire valoir au Canada n'était pas un privilège maritime prioritaire. La Cour suprême du Canada a reconnu qu'aux États-Unis, le privilège maritime ne venait pas avant une hypothèque; pourtant la question de la priorité aux États-Unis ne faisait pas partie de la décision rendue par la Cour. La Cour a simplement reconnu le droit à titre de privilège maritime et a ensuite attribué un rang à ce droit dans le contexte canadien des priorités. En l'espèce, je reconnais que le privilège invoqué par Alpha Bunkering est un privilège maritime qui est rattaché au navire. Selon le système canadien des priorités, le privilège d'Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire, mais il vient néanmoins avant l'hypothèque de la Bank of Scotland.

[82] J'ai examiné plusieurs autres questions que M. Yudes a soulevées dans son affidavit. Il s'agit dans certains cas de points contestables et dans d'autres cas, de questions de fait qu'il appartient à la Cour de trancher. Dans l'ensemble, je retiens les avis des experts Daniel Tadros et Alan Van Praag, sur lesquels Alpha Bunkering se fonde.



[83] To summarize the recovery of Alpha Bunkering from the sale proceeds of the *Nel*, it is \$168,174.53 principle, together with interest at 2% per month from 26 September 1997, being 45 days after the invoice date of 12 August 1997.

#### Claim of Aktina S.A.

[84] Aktina S.A. of Piraeus, Greece, is a travel agent. Its business includes the supply of air travel tickets for the movement of both crews and ship company personnel to and from ships, on a worldwide basis.

[85] On 19 August 1996, Aktina and Leond Maritime Inc., owners of the fleet of which the *Nel* was a part, entered into an agreement, styled as a "Cooperation Agreement" whereby, on instructions from Leond, Aktina would organize travels and purchase tickets. Leond was to pay accounts promptly, by the 15th of the month for tickets supplied in the previous month, failing which any discounts would be cancelled. This agreement sets out a ticketing supply and payment procedure which, if adhered to by the parties, would result in a pure *in personam* claim, with no *in rem* facet to give rise to a maritime lien. This does prove an answer, however the claim also deserves further exploration.

[86] Aktina was left with an outstanding account of 198,738,600 drachmas, being \$692,206.54. Against this total claim Aktina has made recovery in relation to the *Anna L.* and has recouped \$98,650 on the *Blue L.* claim, now abandoning that claim. Thus the claim of Aktina is now presented at approximately \$530,000. However, most of that account was for crew movement to and from other vessels, said to be sister ships. Only \$57,938.56 relates to crew movement associated with the *Nel*.

[87] Aktina says that the ships in relation to which it supplied tickets were 9 vessels managed by Leond

[83] En résumé, la somme recouvrée par Alpha Bunkering sur le produit de la vente du *Nel* s'élève quant au principal à 168 174,53 \$, avec des intérêts au taux mensuel de 2 p. 100 à compter du 26 septembre 1997, soit 45 jours après la date de la facture du 12 août 1997.

#### Réclamation d'Aktina S.A.

[84] Aktina S.A., du Pirée, en Grèce, est un agent de voyages qui s'occupe notamment de fournir des billets d'avion pour que les équipages et le personnel de sociétés maritimes puissent joindre les navires et en revenir, et ce, n'importe où au monde.

[85] Le 19 août 1996, Aktina et Leond Maritime Inc., propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie, ont conclu une entente intitulée: [TRADUCTION] «Entente de collaboration» selon laquelle, sur les instructions de Leond, Aktina devait organiser les voyages et acheter les billets. Leond devait acquitter les comptes à bref délai, au plus tard le 15<sup>e</sup> jour du mois suivant le mois au cours duquel les billets avaient été fournis, à défaut de quoi tout rabais était annulé. Cette entente énonce une procédure de fourniture des billets et de paiement qui, si les parties s'y conformaient, donnait naissance à une simple créance personnelle ne comportant aucun élément réel susceptible de créer un privilège maritime. Cela répond donc à la question, mais il convient d'examiner la réclamation plus à fond.

[86] Aktina avait un compte impayé de 198 738 600 drachmes, ce qui correspond à 692 206,54 \$. Sur ce total, Aktina a recouvré les sommes qui lui étaient dues à l'égard de l'*Anna L.* et a récupéré 98 650 \$ à l'égard de la réclamation relative au *Blue L.*; elle a maintenant abandonné cette dernière réclamation. Par conséquent, Aktina présente maintenant une réclamation s'élevant à environ 530 000 \$. Toutefois, ce compte se rapporte en majeure partie aux déplacements aller et retour des membres de l'équipage d'autres navires qui seraient apparemment des navires frères. Seule une somme de 57 938,56 \$ se rapporte aux déplacements de l'équipage du *Nel*.

[87] Aktina affirme que les 9 navires pour lesquels elle a fourni des billets étaient gérés par Leond

Maritime Inc., the *Nel*, *Blue L.*, *Anna L.*, *Angelina L.*, *Katrina L.*, *Enarxis*, *Margo L.*, *Sea L.* and *Nikolaos L.* Aktina admits that each of the nine ships operated by Leond was owned by a separate company, but submits, on the basis of an oral representation made by Mr. Leondaras to Mr. Zerzivilis, managing director of Aktina, that they were all beneficially owned by Mr. Efstratios Leondaras. This was apparently done in conjunction with a Debt Recognition Agreement of 10 October 1997 given by Mr. Leondaras on behalf of each of the nine ship owning companies. The agreement does not specifically set out the ownership of the companies or that the vessels are sisterships. It does, however, provide, in the certified translation, that the companies are jointly and severally liable for the entire debt: there is no *in rem* aspect to the agreement.

[88] On the basis of *The Ioannis Daskalelis*, *supra*, an offshore maritime lien may be brought into Canada to be enforced procedurally as a maritime lien even though the services rendered or the necessities supplied giving rise to the offshore maritime lien would not give rise to a maritime lien in Canada.

[89] In the present instance all of the factors involved the parties to this enterprise, to provide airline tickets, are connected with Greece save that several of the ships, including the *Nel*, were registered in Cyprus. I am satisfied that the proper law of the contract, between Aktina S.A. and Leond, is Greece.

[90] Aktina submits that in the case of crew change requirements, either the master or personnel from Leond Maritime Inc. would determine what crew changes were required and then Leond would make the travel arrangements with Aktina S.A. Aktina goes on to advise that while they do not have access to the documents of Leond, it would in their view be common for the master of a ship to fax crew change requirements to Leond, which would then make the appropriate arrangements with Aktina. Further that

Maritime Inc.; il s'agit du *Nel*, du *Blue L.*, de l'*Anna L.*, de l'*Angelina L.*, du *Katrina L.*, de l'*Enarxis*, du *Margo L.*, du *Sea L.* et du *Nikolaos L.* Aktina admet que chacun des neuf navires exploités par Leond appartenait à une société distincte, mais en se fondant sur une déclaration orale que M. Leondaras a faite à l'administrateur délégué d'Aktina, M. Zerzivilis, elle soutient que M. Efstratios Leondaras était le véritable propriétaire de ces navires. La déclaration a apparemment été faite au moment où M. Leondaras a remis une reconnaissance de dette en date du 10 octobre 1997 pour le compte de chacune des neuf sociétés propriétaires de navire. Ce document ne précise pas qui est propriétaire des sociétés ou que les navires sont des navires frères. Selon la traduction certifiée conforme, le document stipule toutefois que les sociétés sont conjointement et individuellement responsables de toute la dette: l'entente ne comporte aucun élément réel.

[88] Conformément à l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, précité, il est possible de faire valoir, sur le plan de la procédure, un privilège maritime étranger au Canada à titre de privilège maritime même si les services rendus ou les approvisionnements nécessaires donnant naissance au privilège maritime étranger ne créaient pas de privilège maritime au Canada.

[89] En l'espèce, tous les facteurs concernant les parties à cette entreprise, aux fins de la fourniture des billets d'avion, se rattachent à la Grèce, même si plusieurs navires, dont le *Nel*, sont immatriculés à Chypre. Je suis convaincu que le droit qu'il convient d'appliquer au contrat, entre Aktina S.A. et Leond, est le droit grec.

[90] Aktina soutient que s'il s'avérait nécessaire de changer d'équipage, le capitaine ou le personnel de Leond Maritime Inc. décidait des changements nécessaires et Leond organisait ensuite le voyage avec elle. Aktina affirme ensuite qu'elle n'a pas accès aux documents de Leond, mais qu'à son avis, le capitaine d'un navire faisait habituellement parvenir une télécopie à Leond au sujet des changements nécessaires et que Leond prenait ensuite les dispositions appropriées avec elle. En outre, un contrat d'engagement était

crew engagement contracts would typically be made between the master of each vessel and each crew member. All of this, except the evidence that Leond would make the actual travel arrangements with Aktina, while perhaps possible, is pure conjecture.

[91] Aktina relies upon the expert affidavit as to law of Rania Vilentis, who practices in the areas of maritime, admiralty, commercial and banking law. I accept that she is qualified as an expert in the relevant area, that is as to maritime liens under Greek law.

[92] Mrs. Vilentis sets out various claims recognized under the Greek Code of Private Maritime Law, Article 205, as maritime liens, ranking ahead of a mortgage, however the supply of necessaries does not appear to fall within Article 205. Mrs. Vilentis goes on to say that claims in addition to those set out in Article 205 are considered as maritime liens under Greek law so long as they fall within Article 2 of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, Brussels, April 10, 1926, being the Brussels Convention of 10 April 1926. Article 2 of the Brussels Convention provides, in part:

*Article 2*

The following give rise to maritime liens on a vessel, on the freight for the voyage during which the claim giving rise to the lien arises, and to the accessories of the vessel and freight accrued since the commencement of the voyage:

. . .

(5) Claims resulting from contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority, away from the vessel's home port, where such contracts or acts are necessary for the preservation of the vessel or the continuation of its voyage, whether the master is or is not at the same time owner of the vessel, and whether the claim is his own or that of shipchangers, repairers, lenders, or other contractual creditors.

[93] In support of proposition that Article 2 of the Brussels Convention is incorporated into Greek law,

normalement conclu entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire. Tout cela, à l'exception de la preuve selon laquelle c'était Leond qui organisait de fait les voyages avec Aktina, tout en étant possible, n'est que pure conjecture.

[91] Aktina se fonde sur l'affidavit d'expert quant au droit fourni par Rania Vilentis, qui est spécialisée en droit maritime, en droit de l'amirauté, en droit commercial et en droit bancaire. Je reconnais que M<sup>me</sup> Vilentis a compétence à titre d'expert dans le domaine pertinent, c'est-à-dire en ce qui concerne la question des privilèges maritimes sous le régime du droit grec.

[92] M<sup>me</sup> Vilentis fait état de diverses créances reconnues en vertu de l'article 205 du Code grec de droit maritime privé à titre de privilège maritime prenant rang avant une hypothèque, mais la fourniture d'approvisionnements nécessaires ne semble pas être visée par l'article 205. M<sup>me</sup> Vilentis déclare ensuite que les créances qui ne sont pas mentionnées dans l'article 205 sont considérées comme des privilèges maritimes sous le régime du droit grec dans la mesure où elles sont visées par l'article 2 de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, Bruxelles, 10 avril 1926, connue sous le nom de Convention de Bruxelles, en date du 10 avril 1926. L'article 2 de la Convention de Bruxelles prévoit notamment ce qui suit:

*Article 2*

Sont privilégiés sur le navire, sur le fret du voyage pendant lequel est née la créance privilégiée et sur les accessoires du navire et du fret acquis depuis le début du voyage:

[. . .]

5) Les créances provenant des contrats passés ou d'opérations effectuées par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, pour les besoins réels de la conservation du navire ou de la continuation du voyage, sans distinguer si le capitaine est ou non en même temps propriétaire du navire et si la créance est la sienne ou celle des fournisseurs, réparateurs, prêteurs ou autres contractants.

[93] À l'appui de la thèse selon laquelle l'article 2 de la Convention de Bruxelles est incorporé au droit

Mrs. Vilentis provides an extract from a Greek Supreme Court decision. This decision, identified as No. 229 of 1983 sets out, relying upon earlier decisions, apparently of a Greek Court of Appeal, that where an offshore company sells and delivers to the master of a ship, the master acting within the scope of his authority, food, material and supplies, so that the ship may be preserved and continue on its voyage, the supplier enjoys a lien ranking ahead of a preferred mortgage.

[94] A contrary view is expressed by Mr. Gregory Timagenis, whom I accept as a very well qualified expert on Greek maritime law. Mr. Timagenis was retained by the Bank of Scotland. He sets out that there are no maritime liens under Greek law other than those enumerated in Article 205 of the Greek Code of Private Maritime Law. I paraphrase those four types of liens as first, court expenses and navigation taxes as well as maintenance costs before a court ordered auction; second, the claims of master and crew; third, salvage; and fourth, compensation payable as a result of collision. He also is of the view that the 1926 Brussels Convention and particularly Article 2(5) has been applied by the Greek courts with great caution and narrow interpretation. On comparing what Mr. Timagenis has to say with what Mrs. Vilentis sets out in her material, I am inclined to accept the former. However, for the sake of argument, I will accept the proposition set out by Mrs. Vilentis, that the Greek Maritime Code is not exhaustive and that the Brussels Convention applies, to see where it lead. Even accepting her premises, the argument, as we shall see, does not assist Aktina.

[95] There are two problems which go to the root of the formation of a maritime lien and therefore prevent a maritime lien from arising under Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926. First, the Cooperation Agreement under which tickets are provided by Aktina to Leond Maritime Inc. is specific: tickets will issue

grec, M<sup>me</sup> Vilentis fournit un extrait d'une décision rendue par la Cour suprême grecque. Dans cette décision, qui porte le numéro 229 de 1983, il est statué, compte tenu de décisions antérieures apparemment rendues par une cour d'appel grecque, que la société étrangère qui vend et livre des aliments, du matériel et des fournitures au capitaine d'un navire, qui agit en vertu de ses pouvoirs légaux, de façon que le navire puisse être conservé et continuer son voyage, bénéficie d'un privilège qui vient avant une hypothèque privilégiée.

[94] L'avis contraire a été exprimé par M. Gregory Timagenis, qui, je le reconnais, est un expert fort compétent en droit maritime grec. Les services de M. Timagenis ont été retenus par la Bank of Scotland. L'expert déclare que, sous le régime du droit grec, il n'y a pas de privilèges maritimes à part ceux qui sont énumérés à l'article 205 du Code grec de droit maritime privé. Ces privilèges sont de quatre types: premièrement, les frais judiciaires et les droits de navigation ainsi que les frais d'entretien engagés avant une vente judiciaire; deuxièmement, les réclamations du capitaine et de l'équipage; troisièmement, les indemnités de sauvetage; quatrièmement, l'indemnité payable à la suite d'une collision. L'expert est également d'avis que les tribunaux grecs se sont montrés fort prudents en appliquant la Convention de Bruxelles de 1926, et en particulier l'article 2(5), et qu'ils l'ont interprétée d'une façon stricte. Si je compare les dépositions de M. Timagenis et de M<sup>me</sup> Vilentis, je suis porté à retenir les déclarations de M. Timagenis. Toutefois, aux fins de l'argumentation, je retiens la thèse énoncée par M<sup>me</sup> Vilentis, à savoir que le Code maritime grec n'est pas exhaustif et que la Convention de Bruxelles s'applique, pour voir où cela nous mènera. Même si je retiens les prémisses sur lesquelles M<sup>me</sup> Vilentis s'est fondée, l'argument n'aide pas Aktina, comme nous le verrons.

[95] Il y a deux problèmes qui touchent la création même d'un privilège maritime et qui empêchent par conséquent un privilège maritime de prendre naissance en vertu de l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926. Premièrement, l'entente de collaboration en vertu de laquelle Aktina fournissait les billets à

only “under telephone or other (written) order of Leond Maritime Inc.”. The master has no right to request tickets from Aktina and thus the master cannot contract or act in any way which might bring into play Article 2(5) and thus trigger a maritime lien.

[96] Second, Article 2(5) of the 1926 Brussels Convention requires, to establish a maritime lien, that the necessaries must have been ordered by the master. Here I would note that the case law referred to by Mrs. Vilentis, the expert put forward by Aktina, is in terms of goods having been sold and delivered to the master and in terms of contracts made or works executed by the master. I would also note that there is case law out of France, which ratified the 1926 Brussels Convention and which makes it clear that a maritime lien for necessaries hinges upon whether or not the necessaries were ordered by the master: see for example the first edition of *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985, at page 258.

[97] To return to and to summarize what Mrs. Vilentis has to say, it is that the proper law of the contract, between Aktina S.A. and Leond Maritime, is Greek law and that, by reason of Article 2(5), of the Brussels Convention, as interpreted by the Greek courts, a supplier of necessaries ordered by the master acting within the scope of his authority, but supplied at some foreign port, has a maritime lien. The difficulty with this analysis is the application of Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926 to the present facts. While Mrs. Vilentis is of the view that Aktina has a maritime lien the application of the Brussels Convention to the given facts has nothing to do with Greek law. Rather it is for me to determine. The material does not establish that the airline tickets were in fact ordered by the master in each or any instance. The best face that Aktina is able to put on this is that

Leond Maritime Inc. est libellée en termes précis: les billets sont uniquement délivrés [TRADUCTION] «à la demande de Leond Maritime Inc., faite par téléphone ou autrement (par écrit)». Le capitaine n’a pas le droit de demander de billets à Aktina et il ne peut donc pas conclure un contrat ou agir d’une façon qui puisse faire entrer en ligne de compte l’article 2(5) et déclencher ainsi la création d’un privilège maritime.

[96] Deuxièmement, l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926 exige, aux fins de la création d’un privilège maritime, que les approvisionnements nécessaires soient commandés par le capitaine. Je ferais ici remarquer que la jurisprudence mentionnée par l’expert d’Aktina, M<sup>me</sup> Vilentis, se rapporte à des marchandises qui avaient été vendues et livrées au capitaine et à des contrats qui avaient été conclus ou à des travaux qui avaient été effectués par le capitaine. Je tiens également à faire remarquer qu’il existe une jurisprudence française, dans laquelle la Convention de Bruxelles de 1926 est approuvée et qui dit clairement que l’existence d’un privilège maritime relatif aux approvisionnements nécessaires dépend de la question de savoir si ces approvisionnements ont été commandés par le capitaine: voir par exemple la première édition de *Maritime Liens and Claims*, Londres: Business Law Communications Ltd., 1985, à la page 258.

[97] Pour en revenir à M<sup>me</sup> Vilentis, elle déclare en somme que c’est le droit grec qui s’applique au contrat entre Aktina S.A. et Leond Maritime et qu’en raison de l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles, tel qu’il est interprété par les tribunaux grecs, un privilège maritime est reconnu au fournisseur qui fournit dans un port étranger des approvisionnements nécessaires commandés par le capitaine en vertu de ses pouvoirs légaux. Le problème que pose cette analyse se rapporte à l’application de l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926 aux faits de la présente espèce. M<sup>me</sup> Vilentis est d’avis qu’Aktina détient un privilège maritime, mais l’application de la Convention de Bruxelles aux faits en question n’a rien à voir avec le droit grec. C’est plutôt à moi qu’il appartient de déterminer quel est le droit applicable. Les documents n’établissent pas que les billets d’avion

it is the understanding or belief of Mr. Hatziziannis, Financial Director of Aktina, that the master of each ship and/or personnel at Leond Maritime would determine the necessary crew change requirements and then make travel arrangements with Aktina and that it would be common for masters of ships to fax crew change requirements to Leond Maritime, which would then make the necessary arrangements with Aktina S.A. Aktina goes on to rely on the fact that the crew engagement contracts were made between masters of each vessel and each crew member, which I take to be the signing of ship's articles, or a ship's employment contract. This is set out in paragraphs 15 and 16 of the 30 December 1997 affidavit of Mr. Hatziziannis, as follows:

15. It was my understanding that the master of each ship and/or personnel at Leond would determine the necessary crew change requirements for each ship and then Leond would make the necessary travel arrangements with Aktina S.A. for the movement of the crew members. Aktina S.A. does not have access to the documents of Leond, but it would be common for the master of the ship to fax crew change requirements to Leond which would make the necessary arrangements with Aktina S.A. As support to the above is the fact that the relevant crew engagement contracts were made between the Masters of each respective vessel and each crew member.

16. It was undoubtedly the case that crew changes, either moving crew member/sup. engineer and repairer to the ships, or repatriating crew members/sup. engineers/repairers from the ships, would be necessary for the safe operation and preservation of the vessel and of course the continuation of voyages. It is clear that a ship cannot operate without a proper crew and/or in an unseaworthy condition. The crew changes and embarkation of the sup. engineers and repairers would of course also be noted in the log books of the vessels indicating the dates of arrival and departure of each of the various crew members, and other persons. Also the crew members will be indicated in the respective Masters' General Accounts (M.G.As) and the correspondence exchanged by the Master and Leond.

[98] I do not take this to be evidence that in fact the master of the *Nel*, or of any ship, entered into a contract with Aktina for the supply of airline tickets.

ont de fait été commandés par le capitaine dans chaque cas ou dans un cas donné. Aktina peut tout au plus soutenir que, selon ce que croyait comprendre son directeur financier, M. Hatziziannis, le capitaine de chaque navire ou le personnel de Leond Maritime déterminait les changements qu'il fallait apporter à l'équipage et organisait ensuite le voyage avec Aktina et que les capitaines de navires faisaient souvent parvenir des télécopies à Leond Maritime au sujet des changements nécessaires, cette dernière prenant ensuite les dispositions voulues avec Aktina S.A. Aktina se fonde ensuite sur le fait qu'un contrat d'engagement, pour chaque navire, était conclu entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire, c'est-à-dire qu'ils signaient, si je comprends bien, le rôle d'équipage ou contrat d'affectation à un navire. C'est ce qui est énoncé aux paragraphes 15 et 16 de l'affidavit de M. Hatziziannis, en date du 30 décembre 1997:

[TRADUCTION]

15. Selon ce que je crois comprendre, le capitaine de chaque navire ou le personnel de Leond déterminait les changements nécessaires, en ce qui concerne l'équipage de chaque navire, et Leond prenait ensuite avec Aktina S.A. les dispositions voulues à l'égard des déplacements des membres d'équipage. Aktina S.A. n'a pas accès aux documents de Leond, mais habituellement, le capitaine du navire faisait parvenir à Leond une télécopie au sujet des changements qu'il fallait apporter à l'équipage et cette dernière prenait les dispositions voulues avec Aktina S.A. À l'appui, il y a le fait qu'un contrat d'engagement était conclu pour chaque navire entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire.

16. Sans aucun doute, il fallait apporter des changements à l'équipage, faire venir ou rapatrier des membres d'équipage, des ingénieurs de soutien ou des réparateurs, de façon à garantir le fonctionnement sûr et la préservation du navire et, bien sûr, la continuation du voyage. De toute évidence, pour être exploité ou pour être en état de navigabilité, un navire doit disposer de l'équipage approprié. Les changements d'équipage et l'embarquement des ingénieurs de soutien et des réparateurs seraient bien sûr enregistrés dans les journaux de bord, et l'on indiquerait les dates d'arrivée et de départ de chaque membre d'équipage et des autres personnes en cause. De plus, les membres d'équipage seraient mentionnés dans les comptes rendus généraux des capitaines respectifs (les CRG) et dans la correspondance échangée entre les capitaines et Leond.

[98] Je n'interprète pas cela comme prouvant qu'en fait, le capitaine du *Nel* ou de quelque autre navire a conclu un contrat avec Aktina en vue de la fourniture

At best it is a hope that the master might have ordered the airline tickets. This is not enough, for a maritime lien being, in a sense, an exceptional remedy, there ought to be clear evidence as to how it has arisen within the wording of Article 2(5) of the Brussels Convention. Here there are hopes, on the part of Aktina, as to how the lien might have arisen, by way of speculation that the master, in each instance, would determine crew change requirements and that somehow, through Leond Maritime ordering plane tickets, this might bring the claim within the Brussels Convention and result in a maritime lien. This hope and indeed speculation, is insufficient to bring the supply of airline tickets clearly within Article 2(5) of the Brussels Convention, which requires that there be "contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority".

[99] Rather than being a claim *in rem*, based on a maritime lien, it may even be a claim *in personam* under the Cooperation Agreement between Aktina and Leond Maritime. The Debt Recognition Agreement of 10 October 1997 is of no help for it has no *in rem* aspect, but merely provides an acknowledgment, by each ship owning company, that it owes a debt for airline tickets. Thus, there is no indication that Aktina ever looked to the ships themselves as security.

[100] Given that Aktina assisted Leond Maritime Inc. in staying in business by extending substantial credit for crew member movement and that Aktina S.A. tried, in a reasonable way, to protect itself through *in personam* agreements, it is with some regret that I deny its claim to a maritime lien against the *Nel*. If Aktina has some species of *in rem* claim at all, it is one coming behind that of the Bank of Scotland as mortgage holder. As to the balance of its claim, based on sistership theory, Mrs. Vilentis makes a statement that "under Greek Law substantive maritime liens can be exercised against sisterships", but does not elaborate. However the basis set out by Aktina for the maritime liens, against those ships said

de billets d'avion. On espère tout au plus que le capitaine ait commandé les billets d'avion. Cela ne suffit pas; en effet, étant donné qu'un privilège maritime est dans un certain sens un recours exceptionnel, il devrait exister une preuve claire au sujet de la façon dont il a pris naissance dans le contexte de l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles. En ce qui concerne la façon dont le privilège aurait pu prendre naissance, Aktina espère ici, en supposant que le capitaine déterminait dans chaque cas les changements à apporter à l'équipage et que, d'une certaine façon, par l'intermédiaire de Leond Maritime qui commandait les billets d'avion, la Convention de Bruxelles s'appliquait à la créance, qu'un privilège maritime ait été créé. Cet espoir et, assurément, cette supposition ne suffisent pas pour que la fourniture des billets d'avions soit clairement visée par l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles, qui exige qu'il y ait des «contrats passés ou [des] opérations effectuées par le capitaine [. . .] en vertu de ses pouvoirs légaux».

[99] Au lieu d'être une créance réelle fondée sur un privilège maritime, cela peut même être une créance personnelle en vertu de l'entente de collaboration conclue entre Aktina et Leond Maritime. La reconnaissance de dette du 10 octobre 1997 n'est pas utile, car elle ne comporte aucun élément réel; il s'agit simplement d'une reconnaissance, de la part de chaque société propriétaire de navire, de l'existence d'une dette à l'égard des billets d'avion. Par conséquent, rien ne montre qu'Aktina ait considéré que les navires eux-mêmes garantissaient sa créance.

[100] Étant donné qu'Aktina a aidé Leond Maritime Inc. à poursuivre ses activités en lui accordant un crédit considérable pour les déplacements des membres d'équipage et qu'elle a tenté, d'une façon raisonnable, de se protéger au moyen d'ententes de nature personnelle, c'est à regret que je rejette sa revendication d'un privilège maritime sur le *Nel*. Si Aktina a de quelque façon une créance réelle, cette créance vient après celle de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire. Quant au reste de la réclamation, en se fondant sur la théorie des navires frères, M<sup>me</sup> Vilentis déclare que [TRADUCTION] «sous le régime du droit grec, il est possible de faire valoir un privilège maritime contre des navires frères», mais elle

to be sisterships of the *Nel*, is no better than the basis claimed for the maritime lien against the *Nel* herself. Thus I do not have to deal with the sistership claim by Aktina.

#### Claim of Ashland Chemical Company

[101] Ashland Chemical Company, to whom I shall refer as Ashland, produces and supplies chemicals necessary for the operation of seagoing ships, here the *Nel* and sisterships. The chemicals include refrigeration gases, oxygen and acetylene, fuel and water treatment products and cleaning products. These necessities were supplied to the ships, by sale to the master and or the owner of each named ship, at American ports, Canadian ports and foreign ports. Ashland claims maritime liens totalling \$88,168.59 of which \$9,712.88 is claimed against the *Nel*. The terms of supply were net 30 days. Ashland seeks interest of whatever rate the Court will allow. All of the sale and deliveries were subject to the laws of the United States.

[102] I accept as established and well known law, here as verified by Ashland's expert, Alan Van Praag, that under the federal *Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994), as interpreted by the courts, when necessities are supplied to a ship by or through an American supplier, whether at an American port or elsewhere, a maritime lien arises in favour of the supplier.

[103] That Ashland has a claim of maritime lien against the *Nel*, for \$9,712.88, enforceable under the *Federal Court Act* and by virtue of *The Ioannis Daskalelis*, *supra*; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345 (C.A.); *affd* by [1987] 1 S.C.R. 57; and *The Galaxias*, *supra*, is irrefutable. The more interesting issue is whether Ashland's claim of maritime lien against nine other ships, said to be

ne donne pas d'explications. Toutefois, le fondement invoqué par Aktina à l'égard de l'existence de privilèges maritimes contre les navires qui seraient des navires frères du *Nel* n'est pas meilleur que celui qui est allégué à l'égard du privilège maritime sur le *Nel* lui-même. Je n'ai donc pas à examiner la réclamation qu'Aktina a présentée contre les navires frères.

#### Réclamation d'Ashland Chemical Company

[101] Ashland Chemical Company, que j'appellerai Ashland, fabrique et fournit les produits chimiques nécessaires aux fins du fonctionnement des navires long-courriers, soit dans ce cas-ci le *Nel* et les navires frères. Les produits chimiques comprennent des gaz frigorigènes, de l'oxygène et de l'acétylène, des produits combustibles et de traitement de l'eau ainsi que des produits de nettoyage. Ces approvisionnements nécessaires ont été fournis aux navires au moyen de ventes conclues avec le capitaine ou le propriétaire de chaque navire désigné, dans des ports américains, canadiens et étrangers. Ashland revendique des privilèges maritimes d'une valeur totale de 88 168,59 \$, sur laquelle la somme de 9 712,88 \$ se rapporte au *Nel*. Les conditions étaient «net dans 30 jours». Ashland réclame des intérêts au taux que la Cour fixera. Les ventes et livraisons étaient assujetties aux lois américaines.

[102] Je reconnais qu'il est établi et bien connu, comme l'a confirmé l'expert d'Ashland, Alan Van Praag, qu'en vertu de la *Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994) fédérale, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux, lorsque les approvisionnements nécessaires sont fournis à un navire par un fournisseur américain ou par l'entremise d'un fournisseur américain, dans un port américain ou ailleurs, un privilège maritime prend naissance en faveur du fournisseur.

[103] Il est irréfutable qu'Ashland dispose d'une réclamation fondée sur un privilège maritime à l'égard du *Nel*, pour la somme de 9 712,88 \$, qu'elle peut faire valoir en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* et conformément aux arrêts *Ioannis Daskalelis*, précité; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345 (C.A.); *conf.* par [1987] 1 R.C.S. 57; et *Galaxias*, précitée. Cependant, il est encore plus



sisterships to the *Nel*, is also enforceable, as maritime liens, against the *Nel*.

[104] At the time I heard this matter I had begun drafting reasons in *The Atlantis Two, supra*, in which I had already come to a preliminary conclusion as to the enforcement of an American lien against a sistership under the *Federal Court Act*, although those reasons were not release for a number of months. While Mr. McEwen, who acts here for Ashland, was among the counsel involved in *The Atlantis Two*, he there acted for the mortgagee and thus I did not have the benefit of his views in favour of enforcement of an American maritime lien in a sistership context. I heard nothing in argument on this issue during the hearing of the *Nel* to change my preliminary conclusion. Thus my decision here parallels that in *The Atlantis Two* (varied as to an unrelated claim (1999), 170 F.T.R. 57). *The Atlantis Two* is a decision with which Mr. Justice MacKay agreed in *The Brussel, supra*. I will therefore paraphrase what I said in *The Atlantis Two*, in my view the only conclusion which one might come to under the Canadian legislation: it is perhaps an unfortunate result because it decreases the usefulness of our sistership procedure, not overall a good thing as Canada, as a nation, is not an owner of ships, but depends upon foreign bottoms for its international trade.

[105] In the *Nel*, as in *The Atlantis Two*, I was not referred to any case law dealing with the enforcement of a substantive American maritime lien, against a sistership, using Federal Court sistership procedure.

[106] An American maritime lien grants the privilege of a substantive right in property, against a given ship, a right that travels with the ship, unconditionally,

intéressant de savoir si la revendication d'un privilège maritime par Ashland à l'encontre de neuf autres navires, qui seraient apparemment des navires frères du *Nel*, s'applique également au *Nel*, en tant que privilège maritime.

[104] Lors de l'audition de la présente affaire, j'avais déjà commencé à rédiger les motifs de l'affaire *Atlantis Two*, précitée, dans laquelle j'étais arrivé à une conclusion préliminaire au sujet de la revendication d'un privilège américain à l'encontre d'un navire frère en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais ces motifs n'ont été rendus publics que plusieurs mois plus tard. M<sup>e</sup> McEwen, qui représente ici Ashland, était l'un des avocats qui ont occupé dans l'affaire *Atlantis Two*, mais il agissait pour le créancier hypothécaire et je n'ai donc pas eu l'avantage de connaître son point de vue au sujet de l'exercice d'un privilège maritime américain dans le contexte des navires frères. Lors de l'audience relative au *Nel*, je n'ai rien entendu qui me fasse changer d'idée sur ce point au cours des plaidoiries. La décision que je rends ici est donc semblable à celle que j'ai rendue dans l'affaire *Atlantis Two* (qui a été modifiée, quant à une autre réclamation non pertinente en l'espèce (1999), 170 F.T.R. 57). Dans la décision *Brussel*, précitée, le juge MacKay a souscrit à la décision *Atlantis Two*. Je reprendrai donc ce que j'ai dit dans la décision *Atlantis Two*, ce qui constitue à mon avis la seule conclusion qu'il est possible de tirer en vertu de la législation canadienne: le résultat est peut-être malheureux parce qu'il a pour effet de rendre moins utile notre procédure relative aux navires frères, ce qui en général n'est pas une bonne chose étant donné que le Canada, en tant qu'État, ne possède pas de navires, mais dépend de navires étrangers pour son commerce international.

[105] Dans l'affaire *Nel*, comme dans l'affaire *Atlantis Two*, on ne m'a référé à aucun arrêt portant sur l'exercice d'un privilège maritime américain quant au fond, à l'encontre d'un navire frère, au moyen de la procédure de la Cour fédérale relative aux navires frères.

[106] Un privilège maritime américain confère un droit sur un bien, à l'encontre d'un navire donné, droit qui se rattache au navire d'une façon inconditionnelle,

until it is discharged. It is this substantive right which is the foundation of the American *in rem* proceeding, for the lien is separate and apart from any action *in personam*. This concept and the underlying theory of the American maritime lien is based on the personification of the ship, a theory which is opposed to the English and Canadian procedural theory. It is set out in both *The Law of Maritime Liens*, 1940, Sweet & Maxwell, 3rd ed. London, at page 115 and following and also in *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 3rd ed., 1994, Cornell Maritime Press, at page 784 and following.

[107] The maritime liens which Ashland brings into Canada to enforce under Canadian sistership procedure are rights against given ships, as opposed to substantive rights which might from time to time be attached to some other ships. This now brings us to the operative Canadian legislation.

[108] Sistership procedure is set out in subsection 43(8) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12] of the *Federal Court Act*:

43. . . .

(8) The jurisdiction conferred on the Court by section 22 may be exercised *in rem* against any ship that, at the time the action is brought, is beneficially owned by the person who is the owner of the ship that is the subject of the action.

Section 22 of the Act, referred to in subsection 43(8) sets out the general maritime jurisdiction of the Court over navigation and shipping:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

Subsection 22(2) then goes on to set out specific but non-exhaustive examples of the jurisdiction that is included in subsection 22(1) and particularly relevant in the present instance is paragraph 22(2)(m):

tant qu'il n'y a pas eu extinction. C'est ce droit qui constitue le fondement de la procédure de l'action réelle américaine, car le privilège est distinct de toute action personnelle. Ce concept et la théorie sous-jacente du privilège maritime américain sont fondés sur la personnalisation du navire, théorie qui va à l'encontre de la théorie procédurale anglaise et canadienne. La théorie est énoncée dans *The Law of Maritime Liens*, 1940, Sweet & Maxwell, 3<sup>e</sup> éd. Londres, aux pages 115 et suivantes, ainsi que dans *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 3<sup>e</sup> éd., 1994, Cornell Maritime Press, aux pages 784 et suivantes.

[107] Les privilèges maritimes qu'Ashland cherche à faire valoir au Canada en vertu de la procédure canadienne relative aux navires frères sont des droits sur des navires donnés, par opposition aux droits qui pourraient le cas échéant se rattacher à certains autres navires. Cela nous amène à la question de la législation canadienne applicable.

[108] La procédure relative aux navires frères est énoncée au paragraphe 43(8) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12] de la *Loi sur la Cour fédérale*:

43. [. . .]

(8) La compétence de la Cour peut, aux termes de l'article 22, être exercée en matière réelle à l'égard de tout navire qui, au moment où l'action est intentée, appartient au véritable propriétaire du navire en cause dans l'action.

L'article 22 de la Loi, mentionné au paragraphe 43(8), définit la compétence maritime générale de la Cour en matière de navigation et de marine marchande:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

Le paragraphe 22(2) donne ensuite des exemples précis, mais non exhaustifs, de la compétence qui est visée par le paragraphe 22(1); l'alinéa 22(2)m) est particulièrement pertinent quant aux fins qui nous occupent:

22. (2) . . .

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

This jurisdiction over goods and services, in essence necessities, may be enforced as a statutory right *in rem* as provided for in subsection 43(2) of the Act. This statutory right *in rem* arising out of a necessities claim has a priority coming after maritime liens and after mortgages.

[109] A substantive American maritime lien does not fit into the sistership framework set out in subsection 43(8) of the Act, for that section merely refers to the jurisdiction conferred by section 22 of the Act as being enforceable *in rem* against the sistership. It is not a right or privilege against one ship being enforced against another ship. These provisions would only be of assistance to an American maritime lien holder if there were parallel sistership legislation in the United States which might enable such a claimant to bring into Canada a full blown maritime lien against the sistership.

[110] Mr. McEwen's analysis on behalf of Ashland is primarily focussed on distinguishing *Hollandsche Aannaming Maatschappij v. Ryan Leet (The)* (1998), 135 F.T.R. 67 (F.C.T.D.), in which Mr. Justice Rothstein, as he then was, defined "owner" in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, in a narrow way, limiting it to a registered owner and rejecting the idea of beneficial ownership, thus in most instances, insulating a corporate owner which holds its ships in many one-ship companies from the effect of the sistership provision. The analysis leading to distinguishing this case begins with an examination of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships* better known as the Brussels Convention for the Arrest of Seagoing Ships of 1952 and to which I will refer as the 1952 Convention.

22. (2) [. . .]

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

Cette compétence sur les marchandises et services, qui sont essentiellement des approvisionnements nécessaires, peut être exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi comme le prévoit le paragraphe 43(2) de la Loi. Ce droit réel prévu par la loi découlant d'une réclamation relative aux approvisionnements nécessaires vient après les privilèges maritimes et les hypothèques.

[109] Les privilèges maritimes américains quant au fond ne s'appliquent pas dans le contexte des navires frères prévu au paragraphe 43(8) de la Loi, car cette disposition se rapporte simplement à la compétence en matière réelle conférée par l'article 22 de la Loi à l'encontre des navires frères. Il ne s'agit pas d'un droit ou d'un privilège sur un navire que l'on fait valoir contre un autre navire. Ces dispositions n'aideraient le titulaire d'un privilège maritime américain que s'il existait, aux États-Unis, une législation parallèle relative aux navires frères permettant au créancier d'invoquer au Canada un privilège maritime complet contre les navires frères.

[110] L'analyse que M<sup>e</sup> McEwen a effectuée pour le compte d'Ashland met principalement l'accent sur la distinction à faire d'avec la décision *Hollandsche Aannaming Maatschappij c. Ryan Leet (Le)* (1998), 135 F.T.R. 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) a défini le mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* d'une façon stricte, en le limitant au propriétaire enregistré et en rejetant la notion de véritable propriétaire, de sorte que dans la plupart des cas, une société qui possède ses navires par l'entremise de nombreuses sociétés n'ayant chacune qu'un navire est protégée contre l'effet de la disposition relative aux navires frères. L'analyse menant à la distinction d'avec cette décision commence par un examen de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie*

[111] Canada has not ratified the 1952 Convention. However, the Supreme Court of Canada has pointed out that it may be appropriate to look at such a convention when interpreting domestic legislation, even if the domestic legislation is not ambiguous on its face. In *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pages 1371-1372, the Supreme Court specifically rejected the suggestion of the Federal Court of Appeal “that recourse to an international treaty is only available where the provision of the domestic legislation is ambiguous on its face”. I considered the 1952 Convention in interpreting subsection 43(8) of the *Federal Court Act* in *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. v. Ship Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (F.C.T.D.), at page 268:

Sistership status under Article III of the 1952 Convention is defined in terms of ownership of all of the shares in both ships, by the same person or person, with the relevant time when the claim arose. In contrast, beneficial ownership, under the *Federal Court Act*, may be much broader than the 1952 Convention concept of legal ownership and further, the operative time of beneficial ownership in Canada is when the action is commenced.

Here I touched upon the fact that the Federal Court legislation, involving beneficial ownership, might be much broader than the 1952 Convention concept of legal ownership. Indeed, in this context, Mr. McEwen points out that section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, specifically directs that enactments are deemed remedial “and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”. In *Ship Looiersgracht* I referred to a similar broad and liberal interpretation at page 268.

[112] Mr. McEwen submits that the reference to “owner” in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*

*conservatoire des navires de mer*, mieux connue sous le nom de Convention de Bruxelles sur la saisie conservatoire des navires de mer de 1952, que j’appellerai la Convention de 1952.

[111] Le Canada n’a pas ratifié la Convention de 1952. Toutefois, la Cour suprême du Canada a souligné qu’il peut être approprié d’examiner cette convention en interprétant la législation nationale, même si cette législation n’est pas à première vue ambiguë. Dans l’arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pages 1371 et 1372, la Cour suprême a expressément écarté l’assertion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle «le recours à un traité international n’est permis que dans un cas où la disposition de la loi nationale est ambiguë à première vue». Dans la décision *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. c. Navire Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 268. J’ai tenu compte de la Convention de 1952 en interprétant le paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

Selon l’article III de la Convention de 1952, des navires sont réputés avoir le même propriétaire lorsque toutes les parts de propriété appartiennent à la même personne ou aux mêmes personnes à la date à laquelle la créance est née. En revanche, le concept du propriétaire véritable aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* est peut-être beaucoup plus large que le concept du propriétaire inscrit de la Convention de 1952; en outre, la date pertinente aux fins de déterminer qui est le propriétaire véritable au Canada est la date de l’introduction de l’action.

J’ai alors dit que le concept de propriétaire véritable aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* est peut-être beaucoup plus large que le concept du propriétaire inscrit de la Convention de 1952. De fait, dans ce contexte, M<sup>c</sup> McEwen souligne que l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit expressément que tout texte est censé apporter une solution de droit «et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Dans la décision *Navire Looiersgracht*, j’ai mentionné une interprétation similaire générale et libérale, à la page 268.

[112] M<sup>c</sup> McEwen soutient que le mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour*

refers to the entity or individual who may actually exercise proprietary rights over the subject vessel and that no distinction between beneficial ownership of a sistership and legal ownership of the ship that is the subject of the action was intended. Here I acknowledge Mr. McEwen's submission that there is ample evidence that the Leond Maritime ships were under common ownership.

[113] Before dealing with *The Ryan Leet*, Mr. McEwen refers to the interpretation given to "beneficial ownership" in *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.), where Mr. Justice Marceau referred to beneficial ownership at page 210:

In my view, the expression "beneficial owner" was chosen to serve as an instruction, in a system of registration of ownership rights, to look beyond the register in searching for the relevant person. But such search cannot go so far as to encompass a demise charterer who has no equitable or proprietary interest which could burden the title of the registered owner. As I see it, the expression "beneficial owner" serves to include someone who stands behind the registered owner in situations where the latter functions merely as an intermediary, like a trustee, a legal representative or an agent. [Emphasis added.]

In Mr. McEwen's analysis this brings us to *The Ryan Leet*.

[114] In *The Ryan Leet* the term "owner", in the context of subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, was held to refer only to the registered owner. In the result the right of sistership arrest can only be invoked where the ship sought to be arrested is beneficially owned by the registered owner of the ship that gave rise to the obligation that is the cause of action. Here I would note that the effect of this is that an owner may defeat the whole idea of sistership arrest by placing each ship in a separate company, even though each separate company is owned by the same parent company. This I think is contrary to the intention of Parliament, that sistership legislation not be so easily defeated. It is an aspect which I had very much in mind in *Ship Looiersgracht*, at page 270:

*fédérale* s'entend de l'entité ou de l'individu qui peut de fait exercer des droits de propriété sur le navire en cause et qu'il ne vise pas à faire une distinction entre le véritable propriétaire d'un navire frère et le propriétaire inscrit du navire visé par l'action. Je suis d'accord avec M<sup>c</sup> McEwen pour dire qu'il existe un bon nombre d'éléments de preuve montrant que les navires de Leond Maritime appartenaient à un propriétaire commun.

[113] Avant de parler de la décision *Ryan Leet*, M<sup>c</sup> McEwen traite de l'interprétation donnée à l'expression «véritable propriétaire» dans l'arrêt *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.), où le juge Marceau a fait les remarques suivantes à ce sujet, à la page 210:

À mon avis, l'expression «*beneficial owner*» a été choisie pour indiquer que dans un système d'enregistrement des droits de propriété, il faut regarder au-delà du nom inscrit dans le registre. On ne saurait cependant remonter jusqu'à l'affrètement par voie de cession à bail, qui n'a aucun droit en *equity* ou à titre de propriétaire susceptible de grever le titre du propriétaire inscrit. Selon moi, cette expression permet d'inclure celui qui se dissimule derrière le propriétaire inscrit lorsque celui-ci sert purement d'intermédiaire, par exemple un fiduciaire, un ayant droit ou un mandataire. [Non souligné dans l'original.]

Selon l'analyse effectuée par M<sup>c</sup> McEwen, cela nous amène à la décision *Ryan Leet*.

[114] Dans la décision *Ryan Leet*, il a été statué que le mot «propriétaire», dans le contexte du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, s'entend uniquement du propriétaire enregistré. Par conséquent, le droit de saisir un navire frère peut uniquement être invoqué lorsque le véritable propriétaire du navire que l'on veut saisir est le propriétaire enregistré du navire qui a donné naissance à l'obligation sur laquelle la cause d'action est fondée. Je ferais ici remarquer que le propriétaire peut donc se soustraire à la saisie d'un navire frère en plaçant chaque navire dans une société distincte, même si chaque société appartient à la même société mère. À mon avis, cela va à l'encontre de l'intention du législateur, qui ne voulait pas qu'il soit possible de se soustraire si facilement à la législation relative aux navires frères. Il s'agit d'un aspect que j'avais bien à l'esprit dans la décision *Navire Looiersgracht*, à la page 270:

... while there may be legitimate reasons for one-ship companies, some ship owners have gone to very ingenious ends to disguise a whole fleet by means of one-ship companies to avoid sistership legislation and responsibilities.

This, I fear, is what has happened in the present instance, the whole Leond fleet being in separate one-ship companies.

[115] The approach in *The Ryan Leet* was a narrow construction based on the plain meaning of the word "owner" and the fact that subsection 43(8) of the *Federal Court Act* contains reference both to beneficial owner and to owner. However, in *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678, Mr. Justice Fauteux, who delivered the judgment of the Court, touched upon the interpretation principle that the use of the same term implies the same meaning and that the use of a different term implies a different meaning and concluded that (at page 685):

This rule of interpretation is only tantamount to a presumption, and furthermore, a presumption which is not of much weight.

Indeed, more recently the Supreme Court of Canada has made it clear that the plain meaning approach, as opposed to the modern contextual approach, is incorrect: see 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919.

[116] In 2747-3174 *Québec Inc.* Mr. Justice Gonthier, delivering the judgment of eight of the nine members of the Court, opted for a modern approach considering not only the words themselves, but also their context, other provisions in the statute and provisions in other statutes, together with legislative history, in order to correctly identify the objective of the legislature. It was only after considering the provisions with all of these elements in mind that a definition might be decided upon and in setting out that view of interpretation Mr. Justice Gonthier notes that it is "a synthesis of the contextual approaches that

[...] bien que l'existence des entreprises propriétaires d'un seul navire puisse être légitime, certains propriétaires de navires ont utilisé des moyens très ingénieux pour camoufler toute une flotte en se présentant comme des entreprises propriétaires d'un seul navire afin d'éviter l'application des dispositions relatives aux navires appartenant au même propriétaire et les responsabilités en découlant.

Je crains que c'est ce qui s'est produit en l'espèce, puisque toute la flotte de Leond appartient à des sociétés distinctes ayant chacune un navire seulement.

[115] Dans la décision *Ryan Leet*, on a adopté une interprétation restreinte fondée sur le sens ordinaire du mot «propriétaire» et sur le fait que le paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* fait mention tant du véritable propriétaire que du propriétaire. Toutefois, dans l'arrêt *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] R.C.S. 678, le juge Fauteux, qui a prononcé le jugement au nom de la Cour suprême, a mentionné le principe d'interprétation selon lequel lorsqu'un seul terme est employé, ce terme a toujours le même sens et lorsque des termes différents sont employés, ces termes ont un sens différent; le juge a conclu ce qui suit (à la page 685):

[TRADUCTION] Cette règle d'interprétation équivaut uniquement à une présomption, et, de plus, à une présomption qui n'a pas beaucoup de poids.

De fait, plus récemment, la Cour suprême du Canada a clairement dit que l'approche fondée sur le sens ordinaire, par opposition à l'approche contextuelle moderne, est incorrecte: voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

[116] Dans l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc.*, le juge Gonthier, en rendant jugement au nom de huit des neuf juges de la Cour, a opté pour une approche moderne selon laquelle, afin de déterminer correctement l'objectif visé par le législateur, il est tenu compte non seulement des mots eux-mêmes, mais aussi de leur contexte, des autres dispositions de la loi et des dispositions d'autres lois ainsi que de l'historique législatif. Ce n'est qu'après avoir examiné les dispositions en tenant compte de tous ces éléments qu'il est possible d'en arriver à une définition; en exprimant cet avis au sujet de la question de l'inter-

rejects the ‘plain meaning’ approach”. He went on to point out that “[t]his ‘modern’ interpretation method has the advantage of bringing out the underlying premises and thus preventing them from going unnoticed, as they would with the ‘plain meaning’ method” (at pages 1002-1003). This leads to counsel’s submission that in *The Ryan Leet*, the interpretation of “owner” in subsection 43(8) of the *Federal Court Act* to mean “registered owner” was on the basis of the definition of owner in the *Canada Shipping Act* and paragraph 15(2)(b) of the *Interpretation Act*, *supra*, together with an assumption that the two enactments were in relation to the same subject-matter. Here *The Ryan Leet* analysis does not take into account the difference in purpose between subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, which extends jurisdiction and remedies available to a plaintiff in a Federal Court maritime action, and the various legislative purposes of the *Canada Shipping Act*, there principally as to the registration of ships.

[117] *The Ryan Leet* perhaps also placed undue reliance on *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd’s Rep. 411 (C.A.). In *The Evpo Agnic* at issue was the arrest provision, section 21(4) of the *Supreme Court Act, 1981* [(U.K.), 1981, c. 54] which involved the distinction between an owner and a person in control of a ship. This is quite different from subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, for there is no distinction between an owner and the person in control, as in the English legislation, so as to introduce a distinction between a registered owner and a *de facto* ship owner who in fact has both the ultimate control over the ship and the enjoyment of the rights of ownership. The submission here is that the lack of qualification of the word “owner” should accordingly be interpreted as incorporating the concept of ownership in the broad sense, rather than in a narrow sense of legal or registered ownership. Indeed, in *The Jensen Star*, *supra*, the Court of Appeal, noting distinctions between the British legislation and the Canadian legislation dealing

prétation, le juge Gonthier fait remarquer qu’il s’agit de «la synthèse des approches contextuelles qui rejettent l’approche du “sens ordinaire”». Il souligne ensuite que «[c]ette méthode d’interprétation “moderne” a l’avantage de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d’éviter qu’elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du “sens ordinaire”» (aux pages 1002 et 1003). Cela nous amène à la prétention de l’avocat selon laquelle, dans la décision *Ryan Leet*, l’interprétation donnée au mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à savoir que ce mot s’entend du «propriétaire enregistré», était fondée sur la définition du «propriétaire» donnée dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* et sur l’alinéa 15(2)(b) de la *Loi d’interprétation*, précitée, ainsi que sur l’hypothèse selon laquelle les deux textes portaient sur le même sujet. L’analyse de la décision *Ryan Leet* ne tient pas ici compte de la différence qui existe entre le but du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui traite de la compétence et des recours dont le demandeur peut se prévaloir dans une action intentée devant la Cour fédérale en matière maritime, et les divers buts législatifs de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, principalement en ce qui a trait à l’immatriculation des navires.

[117] Dans la décision *Ryan Leet*, l’accent a peut-être aussi été trop placé sur l’arrêt *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd’s Rep. 411 (C.A.). L’arrêt *Evpo Agnic* portait sur une disposition relative à la saisie, le paragraphe 21(4) de la *Supreme Court Act, 1981* [(R.-U.), 1981, ch. 54], dans laquelle une distinction était faite entre le propriétaire et la personne qui exerce un contrôle sur un navire. Cela est passablement différent du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* où, contrairement à la législation anglaise, aucune distinction de ce genre n’est faite de façon à établir une distinction entre le propriétaire enregistré et le propriétaire de fait du navire qui exerce réellement le contrôle ultime sur le navire et jouit des droits de propriété. Il est ici soutenu que le fait que le mot «propriétaire» n’est pas accompagné d’un qualificatif devrait s’interpréter comme voulant dire qu’il s’entend du propriétaire au sens large, plutôt qu’au sens strict de propriétaire inscrit ou de propriétaire enregistré. De fait, dans l’arrêt *Jensen Star*,

with *in rem* jurisdiction, pointed out that “[a] passive importation of the English case law would no doubt be unwarranted” (at page 208). This leads to a distinction between the situation in *The Ryan Leet* and the situation here. In *The Ryan Leet* the registered owners involved were genuine operating companies, with one company owning the other. In the present case Mr. McEwen suggests and I acknowledge that he is correct, that the registered owners of the Leond Maritime fleet are sham companies and that the operating company for all of the ships is Leond Maritime Inc. In *The Ryan Leet* Mr. Justice Rothstein was unwilling to take what he viewed as a radical departure and pierce the corporate veil in order to provide a sistership remedy, but went on to say, in a footnote that [at page 70, footnote 1]:

Perhaps if separate corporate ownership of ships was seen to be a fraud or a sham, a court might be prepared to bridge the gap between the two companies.

[118] The present case is distinguishable from *The Ryan Leet*, for the registered owning companies are mere shell or sham companies disguising the fact that the true ownership is that of Leond Maritime Inc. At this point I agree that Ashland might enforce all of its claims, sistership and otherwise, against the *Nel*, but do not agree that those claims arising out of necessities supplied to other ships may be enforced here against the *Nel* as maritime liens.

[119] Mr. McEwen, quite correctly, comes to the conclusion that the issue of the transferability of a maritime lien to a sistership had not then been directly decided, distinguishing *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd’s Rep. 380 (Aust. H.C.), where the point was expressly left open, as it was not argued (page 382). Jackson in *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed.,

précité, la Cour d’appel, en faisant remarquer les distinctions qui existent entre la législation britannique et la législation canadienne portant sur la compétence en matière réelle, a souligné qu’«[i]l ne serait certainement pas justifié d’introduire passivement dans notre droit la jurisprudence anglaise» (à la page 209). Cela nous amène à une distinction entre la situation qui existait dans l’affaire *Ryan Leet* et la situation présente. Dans l’affaire *Ryan Leet*, les propriétaires enregistrés en cause étaient de véritables sociétés en exploitation, une société étant propriétaire de l’autre. En l’espèce, M<sup>e</sup> McEwen soutient, avec raison à mon avis, que les propriétaires enregistrés de la flotte de Leond Maritime sont des sociétés fictives et que la société qui exploite tous les navires est Leond Maritime Inc. Dans l’affaire *Ryan Leet*, le juge Rothstein n’était pas prêt à adopter ce qu’il considérait comme un écart radical et à lever le voile corporatif afin d’accorder un recours relatif aux navires frères, mais il a ajouté ceci, dans une note de bas de page [à la page 70, note 1]:

Si la propriété de navires par des sociétés distinctes était considérée être une manœuvre frauduleuse ou une frime, un tribunal serait peut-être disposé à établir le lien entre les deux sociétés.

[118] Il est possible de faire une distinction entre la présente affaire et l’affaire *Ryan Leet*, car les sociétés qui sont propriétaires enregistrées sont de simples sociétés de façade ou sociétés fictives camouflant le fait que c’est Leond Maritime Inc. qui est le propriétaire réel. Je suis ici d’accord pour dire qu’Ashland pourrait faire valoir toutes ses réclamations, en se fondant sur la doctrine des navires frères ou autrement, à l’encontre du *Nel*, mais je ne suis pas prêt à dire qu’il est possible de faire valoir à l’encontre du *Nel* en tant que privilèges maritimes les réclamations découlant des approvisionnements nécessaires fournis aux autres navires.

[119] M<sup>e</sup> McEwen, avec raison, conclut que la question du transfert d’un privilège maritime un navire frère n’avait pas alors été directement réglée, faisant ainsi une distinction d’avec la décision *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd’s Rep. 380 (H.C. Aust.), où la question avait expressément été laissée en suspens étant donné qu’elle n’avait pas été débattue



1996, at page 391, is of the view that a maritime lien is confined to the ship involved in the claim and thus is enforceable against a sistership only as a statutory lien, but cites no authorities. Certainly that is the view of Tetley in *Maritime Liens and Claims*, second ed., *supra*, at page 1032:

Sister ship arrest is really an attachment, in this case, an attachment of the sister ship. Like an attachment, the sister ship arrest does not mean that the maritime lien against the offending ship becomes enforceable against the sister ship. For example, a claimant who may have a maritime lien for collision damage against the offending ship, does not obtain an equal maritime lien against the sister ship. Only the offending ship is subject to the maritime lien. The claimant who enforces his security against the sister ship ranks after all the maritime liens extant against the sister ship, as is only proper, because the rights of the lien holders against the sister ship must be respected. The claimant against the offending ship really has only a statutory right *in rem*, or something akin to an attachment, on the sister ship.

This passage, concluding that only the offending ship is subjected to a maritime lien and that the sisterships to a statutory right *in rem*, akin to an attachment, does have the weakness that is based on *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); and *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42, both decided before sistership legislation was enacted. *Acrux, The*, [1965] P. 391, also relied upon by Mr. Tetley, dealt with maritime liens arising under foreign law which did not have a counterpart under English law. *The Acrux* was disapproved in *The Galaxias, supra*, at pages 412-413, as inconsistent with Canadian maritime law. All of this is, however, an indication that the offending ship is the only ship subject to the maritime lien, a conclusion reached in *The Atlantis Two, supra*, by going back to a basic analysis.

[120] I would not normally deal with cases decided after a matter was argued, without going back to

(page 382). Dans *Enforcement of Maritime Claims*, 2<sup>e</sup> éd., 1996, à la page 391, Jackson affirme qu'un privilège maritime est limité au navire visé par la réclamation et qu'il ne peut donc être exercé contre un navire frère qu'en tant que privilège prévu par la loi, mais il ne cite pas d'ouvrages et d'arrêts à l'appui. À coup sûr, tel est l'avis exprimé par Tetley dans *Maritime Liens and Claims*, 2<sup>e</sup> éd., précité à la page 1032:

[TRADUCTION] La saisie d'un navire frère est en réalité une saisie-arrêt en mains tierces, soit dans ce cas-ci, une saisie-arrêt du navire frère. Comme une saisie-arrêt en mains tierces, la saisie d'un navire frère ne veut pas dire qu'il est possible de faire valoir contre le navire frère le privilège maritime auquel le navire en cause est assujéti. Ainsi, le créancier qui peut détenir un privilège maritime sur le navire en cause à l'égard des dommages subis lors d'une collision ne détient pas de privilège maritime contre le navire frère. Seul le navire en cause est assujéti au privilège maritime. Le créancier qui fait valoir sa garantie contre le navire frère prend rang après les titulaires de privilèges maritimes sur le navire frère; il est juste qu'il en soit ainsi parce que les droits des titulaires de privilèges auxquels le navire frère est assujéti doivent être respectés. La personne qui a une réclamation à l'encontre du navire en cause n'a en réalité qu'un droit réel prévu par la loi, ou quelque chose du genre d'une saisie-arrêt, à l'égard du navire frère.

Ce passage, dans lequel il est conclu que seul le navire en cause est assujéti à un privilège maritime et que les navires frères sont assujétis à un droit réel prévu par la loi semblable à une saisie-arrêt en mains tierces, est malheureusement fondé sur les décisions *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); et *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42, qui ont toutes les deux été rendues avant que la législation sur les navires frères ait été édictée. La décision *Acrux, The*, [1965] P. 391, sur laquelle M. Tetley se fonde également, portait sur des privilèges maritimes découlant de lois étrangères qui n'avaient pas d'équivalent en droit anglais. La décision *Acrux* a été rejetée dans l'arrêt *Galaxias*, précité, aux pages 412 et 413, pour le motif qu'elle n'était pas conforme au droit maritime canadien. Toutefois, tout cela indique que le navire en cause est le seul navire assujéti au privilège maritime, conclusion qui a été tirée dans la décision *Atlantis Two*, précitée, à la suite d'une analyse des principes de base.

[120] Normalement, je ne traiterais pas de décisions rendues après qu'une question a été débattue sans

counsel to ask for further argument. However, in this instance, the claim of Ashland received a full hearing at the time and I think there was nothing further to be said and all the more so given Mr. Justice MacKay's view in *The Brussel*, *supra*, that a maritime lien forms a privileged claim against the specific ship, arising by operation of law. It attaches to the particular ship. He rejected the idea that the *Federal Court Act* ought to be construed to allow maritime lien holders with a claim against one ship to have the same priority as a maritime lien in relation to a sistership arrested in Canada. He felt that such an interpretation could not be given in the absence of legislation and then went on to quote [at paragraph 21] from *The Atlantis Two*:

. . . the substantive American maritime lien does not fit into the sister ship provision, section 43(8) of the Act, which merely refers to the jurisdiction conferred on the Court by section 22 of the Act, an *in personam* jurisdiction, as being enforceable against a sister ship, not a right or privilege against one ship being enforced against another ship. If American maritime lien holders wished to use the sister ship procedure here in Canada they would need sister ship legislation in the United States to enable them to bring into Canada a full blown maritime lien against the sister ship.

Of course, a lien holder, assuming he or she also had an *in personam* right against a shipowner and assuming that shipowner was the owner of not only the wrongdoing or debtor ship, but also the sister ship or ships at the relevant time, might bring that *in personam* right into Canada and enforce it, procedurally, against one or more of the sister ships. However the priority of such a claim would then only be that of a statutory right *in rem*, of no assistance here, given the limited sale proceeds involved.

[121] This leads to the conclusion that someone in the position of Ashland may enforce its claims against vessels related to the *Nel*, against the *Nel*, under the sistership provision in the *Federal Court Act*, but that when so enforced they do not have the same status as a maritime lien. They are enforced as statutory rights *in rem*, with a priority falling below that of a mortgage holder.

demander aux avocats de présenter des arguments additionnels. Toutefois, en l'espèce, la réclamation d'Ashland a déjà fait l'objet d'une audience complète et, à mon avis, il n'y a rien d'autre à dire, surtout s'il est tenu compte de l'avis exprimé par le juge MacKay dans la décision *Le Brussel*, précitée, à savoir qu'un privilège maritime constitue une créance privilégiée contre le navire en cause, par application de la loi. Ce privilège se rattache au navire en question. Le juge MacKay a rejeté l'idée selon laquelle la *Loi sur la Cour fédérale* devrait être interprétée de façon à accorder aux titulaires de privilèges maritimes qui ont une créance à l'égard d'un navire le même rang qu'à l'égard d'un navire frère saisi au Canada. Il croyait qu'il n'était pas possible de donner pareille interprétation en l'absence de dispositions légales; il a ensuite cité le passage suivant [au paragraphe 21] de la décision *Atlantis Two*:

[. . .] le privilège maritime américain fondamental n'est pas visé par la disposition relative aux navires frères, à savoir le paragraphe 43(8) de la Loi, qui se rapporte simplement à la compétence conférée à la Cour par l'article 22 de la Loi, soit une compétence en matière personnelle qui peut être invoquée contre un navire frère plutôt qu'un droit ou privilège existant sur un navire, qui est exercé contre un autre navire. Si les titulaires de privilèges maritimes américains voulaient utiliser ici au Canada la procédure relative aux navires frères, il devrait exister aux États-Unis des dispositions législatives sur les navires frères permettant à ces titulaires d'invoquer au Canada un privilège maritime complet contre le navire frère.

Bien sûr, le titulaire d'un privilège, à supposer qu'il puisse également faire valoir un droit personnel contre le propriétaire du navire et à supposer que ce dernier soit, au moment pertinent, non seulement propriétaire du navire débiteur fautif, mais aussi du navire frère ou des navires frères, pourrait invoquer ce droit personnel au Canada et l'exercer, sur le plan de la procédure, contre tout navire frère. Toutefois, pareille créance occuperait uniquement le même rang qu'un droit légal réel, ce qui est peu utile en l'espèce, étant donné que le produit de la vente est restreint.

[121] Cela nous amène à la conclusion selon laquelle une personne qui est dans la situation d'Ashland peut faire valoir ses créances sur le *Nel* contre des navires liés au *Nel* en vertu de la disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* relative aux navires frères, mais qu'en pareil cas, ces créances n'ont pas le même statut qu'un privilège maritime. Il s'agit de droits réels prévus par la loi prenant rang après une hypothèque.

[122] Counsel for Ashland then goes on to submit, in the alternative, that the claim of the Bank of Scotland ought to be postponed to the entire amount of Ashland's claim. This is a concept which I have already rejected. I would add that Ashland is a sophisticated supplier and knows the pitfalls of supplying necessities in jurisdictions where there is no sistership legislation. Further, in England, the sistership legislation is of no assistance to such a supplier, for an American maritime lien does not survive the transition into English law as a maritime lien. Here the only unknown was the maritime lien and sistership situation in Canada. It is perhaps unfortunate that Ashland cannot bring a priority into these proceedings, but that is the conclusion I have reached.

[123] Ashland also submits that the Bank of Scotland ought to be thrown back on the doctrine of marshalling, a concept involving a creditor with only one fund upon which it is able to claim and a second creditor with security against two or more funds, the latter being, in some instances, required to organize recovery so as not to prejudice the former. This was a concept explored in *Scott Steel Ltd. v. The Alarissa*, *supra*, at page 930 and following. The difficulty here is that Mr. Leondaras, although in control of the whole fleet, had never given a guarantee: see question 558 of the 21 August 1998 cross-examination of Mr. Myles of the Bank of Scotland. Save as to the *Blue L.* there is no evidence of the Bank of Scotland either receiving any contingent rights or being able to call upon purchasers of vessels from the Leond Maritime fleet for any funds which might lead to a sharing of the burden under the concept of marshalling. Thus the Bank of Scotland had no alternative fund to first exhaust.

[124] In summary, Ashland shall have, as a maritime lien holder with priority ahead of the Bank of Scotland, the sum of \$9,712.88. While it is possible to work out an interest figure for each of the invoices, which spread over a period between December of

[122] L'avocat d'Ashland soutient ensuite subsidiairement que la créance de la Bank of Scotland devrait être payée après celle d'Ashland. J'ai déjà rejeté pareille idée. Je tiens à ajouter qu'Ashland est un fournisseur expérimenté qui est parfaitement au courant des problèmes que pose la fourniture d'approvisionnements nécessaires dans des pays où il n'y a pas de législation concernant les navires frères. En outre, en Angleterre, la législation relative aux navires frères n'aide pas un tel fournisseur, car un privilège maritime américain ne continue pas à exister comme privilège maritime sous le régime du droit anglais. En l'espèce, le seul facteur inconnu se rapportait à la situation qui existe au Canada relativement aux privilèges maritimes et aux navires frères. Il est peut-être malheureux qu'Ashland ne puisse pas avoir priorité dans la présente instance, mais telle est la conclusion que j'ai tirée.

[123] Ashland soutient également que la Bank of Scotland devrait occuper un rang inférieur conformément à la doctrine de la collocation, selon laquelle si un créancier ne peut faire valoir sa réclamation que sur un seul fonds alors qu'un autre créancier détenant une garantie peut faire valoir la sienne sur plus d'un fonds, ce dernier créancier est dans certains cas obligé d'organiser le recouvrement de façon à ne pas causer de préjudice au premier créancier. Ce concept a été examiné dans la décision *Scott Steel Ltd. c. L'Alarissa*, précitée, aux pages 930 et suivantes. Le problème qui se pose ici est que même s'il contrôle toute la flotte, M. Leondaras n'a jamais fourni de garantie: voir la question 558 qui a été posée lorsque M. Myles, de la Bank of Scotland, a été contre-interrogé le 21 août 1998. Sauf en ce qui concerne le *Blue L.*, rien ne montre que la banque ait reçu des droits éventuels ou qu'elle puisse réclamer aux acheteurs des navires de la flotte de Leond Maritime des fonds qui pourraient entraîner le partage du fardeau en vertu de la doctrine de la collocation. La banque ne disposait donc d'aucun autre fonds à épuiser en premier lieu.

[124] En résumé, Ashland obtiendra la somme de 9 712,88 \$, en sa qualité de titulaire d'un privilège maritime prenant rang avant la Bank of Scotland. Il est possible de calculer les intérêts pour chacune des factures, qui vont du mois de décembre 1996 au mois

1996 and April of 1997, the invoices being net 30 days, it is simpler to take an average by inspection: interest not being specified on the invoices it shall run at 7% on the whole amount from 15 February 1997 to the date of sale and thereafter at the rate that interest was paid on the sale proceeds while held in trust.

#### Claim of Sait Communications S.A.

[125] Sait Communications S.A., of Antwerp, Belgium, claims a maritime lien in the amount of 776,000 Belgian francs, being \$20,672.64, together with interest.

[126] Belgian necessities suppliers, by virtue of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, signed at Brussels of April 10, 1926, have the benefit of maritime liens for contractual claims as set out Article 23 of the *Belgian Maritime Code*. Article 23 of the *Belgian Maritime Code* provides, in part, that there is a maritime lien for:

(5) Claims resulting from contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority, away from the vessel's home port, where such contracts or acts are necessary for the preservation of the vessel or the continuation of its voyage, whether the master is or is not at the same time owner of the vessel, and whether the claim is his own or that of ship-chandlers, repairers, lenders or other contractual creditors.

[127] I have considered the affidavit of Trudo Motmans, a Belgian advocate, presented as an expert by the Bank of Scotland. From his credentials it is appropriate to consider him an expert on Belgian maritime law and particularly as to claims of maritime lien under the law of Belgium.

[128] Mr. Motmans concedes that the Belgian Maritime Code grants a maritime lien which survives the sale of a vessel. However he makes an initial telling point, utilizing the claim affidavit of Mr. Erik Ceuppens, General Manager and Managing Director of

d'avril 1997, les conditions de paiement étant «net dans 30 jours», mais sur examen, il est plus simple d'adopter un taux moyen: les intérêts n'étant pas précisés dans les factures, le taux applicable sera de 7 p. 100 sur l'ensemble du montant, à compter du 15 février 1997 jusqu'à la date de la vente et, par la suite, le taux applicable sera celui auquel les intérêts ont été payés sur le produit de la vente pendant qu'il était détenu en fiducie.

#### Réclamation de Sait Communications S.A.

[125] Sait Communications S.A., d'Anvers, en Belgique, fait valoir un privilège maritime d'un montant de 776 000 francs belges, ce qui correspond à 20 672,64 \$, avec les intérêts.

[126] Les fournisseurs belges d'approvisionnements nécessaires, en vertu de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, signée à Bruxelles le 10 avril 1926, détient des privilèges maritimes pour des réclamations contractuelles conformément à l'article 23 du *Code maritime belge*, qui prévoit notamment qu'il existe un privilège maritime pour:

5) Les créances provenant des contrats passés ou d'opérations effectuées par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, pour les besoins réels de la conservation du navire ou de la continuation du voyage, sans distinguer si le capitaine est ou non en même temps propriétaire du navire et si la créance est la sienne ou celle des fournisseurs, réparateurs, prêteurs ou autres contractants.

[127] J'ai examiné l'affidavit de Trudo Motmans, un avocat belge, que la Bank of Scotland a présenté à titre d'expert. Compte tenu des titres de compétence de M. Motmans, il convient de le considérer comme un expert en droit maritime belge, en particulier en ce qui concerne les réclamations fondées sur un privilège maritime sous le régime du droit belge.

[128] M. Motmans concède que le Code maritime belge accorde un privilège maritime qui continue à exister même après la vente d'un navire. Toutefois, il soulève un argument initial convaincant, en se fondant sur l'affidavit de réclamation de M. Erick Ceuppens,

Sait Communications S.A., that the service contract relied upon was one entered into between Sait Communications S.A. and Oceanprofile Maritime Limited, as ship owner and Leond Maritime Inc. as agent of the shipowner. The contract not having been made by the master, as is required by the Belgian Maritime Code, no maritime lien can arise.

[129] Second, Mr. Motmans notes that the contract must be made outside the home port: it is Mr. Motmans' view that this does not meet the home port condition set out in the Belgian Maritime Code. Third, to give rise to a maritime lien, the captain must have acted on the basis of the powers given to him by law. Here the master did not execute the agreement. In Mr. Motmans' view, this is another failing. Fourth, in order to qualify for the status of a maritime lien, the services rendered must be necessary for the maintenance of the vessel or for the continuation of the voyage. In Mr. Motmans' view the fact that the services were not rendered until May of 1997 is fatal.

[130] At least some of these contentions are arguable. However I find it persuasive that this is not a claim resulting from a contract entered into by the master, acting within the scope of his authority and away from the vessel's home port. I find that no maritime lien has accrued to Sait Communications S.A.

#### Claim of Bureau Veritas

[131] Bureau Veritas, a ship classification organization based in France, claims the equivalent of \$10,547.04 for various surveys carried out at Pohang, Korea. These surveys were undertaken pursuant to an agreement of 29 June 1995 between Bureau Veritas and Leond Maritime, by which Leond Maritime agreed to class all of the ships operated by it and any new construction with Bureau Veritas. In return Bureau Veritas agreed to carry out class and statutory surveys at fixed annual American dollar fees.

directeur général et administrateur délégué de Sait Communications S.A., à savoir que le contrat de service invoqué a été conclu entre Sait Communications S.A. et Oceanprofile Maritime Limited, en sa qualité de propriétaire du navire, et Leond Maritime Inc., en sa qualité d'agent du propriétaire du navire. Le contrat n'ayant pas été conclu par le capitaine, comme l'exige le Code maritime belge, aucun privilège maritime ne peut prendre naissance.

[129] Deuxièmement, M. Motmans fait remarquer que le contrat doit être conclu ailleurs qu'au port d'attache: à son avis, cela n'est pas conforme à la condition relative au port d'attache énoncée dans le Code maritime belge. Troisièmement, pour qu'un privilège maritime soit créé, le capitaine doit avoir agi en se fondant sur les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Dans ce cas-ci, le capitaine n'a pas signé l'entente. De l'avis de M. Motmans, il s'agit d'un autre défaut. Quatrièmement, pour être admissibles à titre de privilège maritime, les services rendus doivent être nécessaires aux fins de l'entretien du navire ou de la continuation du voyage. De l'avis de M. Motmans, le fait que les services n'ont été rendus qu'au mois de mai 1997 porte un coup fatal.

[130] Certaines de ces prétentions sont contestables. Toutefois, le fait que, dans ce cas-ci, la réclamation ne résulte pas d'un contrat passé par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, est à mon avis persuasif. Je conclus que Sait Communications S.A. n'a acquis aucun privilège maritime.

#### Réclamation de Bureau Veritas

[131] Bureau Veritas, une société de classification de navires établie en France, réclame une somme correspondant à 10 547,04 \$ pour diverses études effectuées à Pohang, en Corée. Ces études ont été effectuées conformément à une entente conclue le 29 juin 1995 entre Bureau Veritas et Leond Maritime, par laquelle cette dernière convenait de faire classer tous les navires qu'elle exploitait et tout nouveau navire par Bureau Veritas. De son côté, Bureau Veritas s'engageait à inspecter les navires aux fins du classement ou en application de la loi moyennant le paiement de droits annuels fixes exprimés en dollars américains.

[132] The expert affidavit filed on behalf of Bureau Veritas, that of Thierry d'Ornano of Marseille, sets out the background, appends a copy of the 29 June 1995 agreement and concludes that under French law the claim of Bureau Veritas created a maritime lien, which existed at the relevant time, the surveys having been carried out in September of 1997.

[133] Mr. d'Ornano does not set out the reason why he concludes that a maritime lien exists. However, I note that France ratified the 1926 Brussels Convention on Maritime Liens and Mortgages and has adopted the Convention, including Article 2(5), into its own law. Thus a necessities supplier, in certain instances, has a basis for a maritime lien.

[134] Mr. Tetley, in the second edition, 1998, of *Maritime Liens and Claims*, sets out the requirements for a necessities lien in France at page 607 and following. He makes the point that:

a) The necessities must have been ordered by the master. The *Cour d'Appel de Paris* has held that the claim by a supplier of bunkers was not privileged because the bunkers had not been ordered by the master. In fact, the supplier had dealt with the shipowner and was held to have relied on the latter's credit. The same court, however, recognized the privilege of another supplier to the same ship because, in that case, the supplies had been ordered by the master.

[135] In the present instance Bureau Veritas clearly dealt with and indeed contracted with the shipowner and not with the master. There is every appearance that Bureau Veritas relied upon the credit of the shipowner. This is similar to the situation which I analysed at length, earlier, in the case of the claim of Aktina and which I touched upon in the claim of Sait Communications.

[136] The claim of Bureau Veritas to a share of the sale proceeds based upon a maritime lien is denied. I do not have to decide whether Bureau Veritas has a claim in the form of a statutory right *in rem*, or whether the claim is merely an *in personam* one

[132] Dans l'affidavit d'expert qui a été déposé pour le compte de Bureau Veritas, Thierry d'Ornano, de Marseille, énonce l'historique de l'affaire, joint une copie de l'entente du 29 juin 1995 et conclut que sous le régime du droit français, la réclamation de Bureau Veritas constituait un privilège maritime, qui avait été créé en temps utile, les inspections ayant été effectuées au mois de septembre 1997.

[133] M. D'Ornano n'énonce pas la raison pour laquelle il conclut à l'existence d'un privilège maritime. Toutefois, je remarque que la France a ratifié la Convention de Bruxelles de 1926 sur les privilèges et les hypothèques maritimes et l'a adoptée, y compris l'article 2(5), dans sa propre législation. Par conséquent, un fournisseur d'approvisionnements nécessaires dispose dans certains cas d'un privilège maritime.

[134] Dans la deuxième édition, 1998, de *Maritime Liens and Claims*, M. Tetley énonce les conditions applicables au privilège relatif aux approvisionnements nécessaires en France, aux pages 607 et suivantes. Il souligne ce qui suit:

[TRADUCTION] a) Les approvisionnements nécessaires doivent être commandés par le capitaine. La Cour d'appel de Paris a statué que la réclamation d'un fournisseur de soutes n'était pas privilégiée parce que les soutes n'avaient pas été commandées par le capitaine. De fait, le fournisseur avait traité avec le propriétaire du navire et il a été statué qu'il s'était fondé sur le crédit de ce dernier. Toutefois, le même tribunal a reconnu le privilège d'un autre fournisseur à l'égard du même navire parce que, dans ce cas-là, les fournitures avaient été commandées par le capitaine.

[135] En l'espèce, Bureau Veritas a clairement traité avec le propriétaire du navire plutôt qu'avec le capitaine et a de fait conclu un contrat avec le propriétaire. Tout semble indiquer que Bureau Veritas s'est fondé sur le crédit du propriétaire du navire. Cela ressemble à la situation que j'ai ci-dessus analysée à fond dans le cas de la réclamation d'Aktina et que j'ai mentionnée dans le cas de la réclamation de Sait Communications.

[136] La réclamation de Bureau Veritas à l'égard d'une partie du produit de la vente, fondée sur un privilège maritime, est rejetée. Je n'ai pas à déterminer si Bureau Veritas dispose d'une réclamation sous la forme d'un droit réel prévu par la loi, ou s'il s'agit

against Leond Maritime, for such a claim would fall after the priority held by the Bank of Scotland: there will be insufficient funds to satisfy the Bank of Scotland's claim.

#### Claim of Mariners' Medical Clinic

[137] There are a number of claims which, unfortunately from the point of view of those claimants, are accorded only a valid statutory claim *in rem*, all with a common priority below that of the mortgagee, the Bank of Scotland. From that position there is nothing to recoup, for the Bank of Scotland, even after disallowing some \$1.7 million of their claim, is entitled to the remainder of the sale price once those claimants with the status of maritime lien holders have been satisfied. This is unfortunate, but not surprising, for such is the usual lot of necessities suppliers, outside of those supplying goods from or through the United States, who, for competitive reasons, feel they must sell on credit. To such suppliers, unless they organize their affairs to take advantage of American law and the resulting maritime lien for necessities, the outcome holds no surprises. They have a choice whether or not to supply goods or services on credit when times are uncertain in the shipping world. This ability to decide whether or not to sell their goods or services distinguishes such creditors from Mariners' Medical Clinic, a Vancouver organization which supplies medical services to seamen and furnishes medical supplies to ships for the use of seamen. In this instance, Mariners' Medical Clinic arranged a survey of the *Nel's* medical supplies and provided medical supplies in order to bring the ship up to the statutory standard, in November of 1997. These services and supplies, in the amount of \$1,353.31, were for the benefit of and the use by crew members of the *Nel*.

[138] As I understand the situation Mariners' Medical Clinic has no ethical choice but to assist mariners

simplement d'une réclamation personnelle contre Leond Maritime, car cette réclamation prendrait rang après celle de la Bank of Scotland: il n'y aura pas suffisamment de fonds pour payer la créance de la Bank of Scotland.

#### Réclamation de Mariners' Medical Clinic

[137] Il y a un certain nombre de réclamations qui, malheureusement pour les créanciers concernés, ne sont reconnues que comme droits réels prévus par la loi, occupant toutes un rang inférieur à celui de la Bank of Scotland, en sa qualité de créancière hypothécaire. En occupant ce rang, les créanciers concernés ne peuvent rien recouvrer; en effet, même si un montant d'environ 1,7 million de dollars est rejeté à l'égard de sa réclamation, la Bank of Scotland aura droit au reliquat du prix de vente une fois que les créanciers ayant le statut de titulaires de privilèges maritimes auront été désintéressés. C'est malheureux, mais ce n'est pas surprenant, car tel est habituellement le sort réservé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires, à part ceux qui fournissent des marchandises depuis les États-Unis ou en passant par les États-Unis, qui, pour des raisons de concurrence, estiment devoir vendre à crédit. Le résultat ne surprend pas ces fournisseurs, à moins qu'ils n'organisent leurs affaires de façon à tirer parti du droit américain et du privilège maritime en résultant à l'égard des approvisionnements nécessaires. Ces fournisseurs ont le choix de fournir ou de ne pas fournir les marchandises ou services à crédit lorsque les temps sont incertains dans les milieux maritimes. Cette capacité de décider de vendre ou de ne pas vendre leurs marchandises ou services distingue ces créanciers de Mariners's Medical Clinic, une organisation de Vancouver qui fournit des services médicaux aux marins et approvisionne les navires en fournitures médicales à l'intention des marins. Dans ce cas-ci, Mariners' Medical Clinic a veillé à ce que les fournitures médicales destinées au *Nel* soient vérifiées et elle a approvisionné le navire en fournitures médicales au mois de novembre 1997, de façon qu'il satisfasse à la norme légale. Ces services et fournitures, d'un montant de 1 353,31 \$, étaient destinés aux membres de l'équipage du *Nel*.

[138] Si je comprends bien, Mariners' Medical Clinic se voit moralement obligée de fournir au besoin

with their medical needs when called upon. Nor would I like to see Dr. Karon, of Mariners' Medical Clinic, forced to choose ships to which medical services, be it directly to ailing crew members or indirectly in the form of medical supplies, should be denied. Just as the liens of seamen are sacred (*John G. Stevens, The*, 170 U.S. 113 (1898), at page 119) and the claims for maintenance and cure, that is providing for seamen who have become ill or injured as crew members, rank high in the American system of priorities, so ought the claims of those who, having no real choice, provide for the basic and essential well-being of seamen, unless the circumstance dictate to the contrary.

[139] In this instance the circumstances are such that it is appropriate, proper and in keeping with the concept of justice, that the usual priorities be varied so as to place Mariners' Medical Clinic in a position analogous to that of the holder of a maritime lien.

[140] In addition to its claim of \$1,353.31, Mariners' Medical Clinic shall have interest on a 30-day net basis running from 11 December 1997 at the rate of return earned on the sale proceeds while held in trust.

#### Holders of Statutory Rights *In Rem*

[141] There are a number of claimants, both Canadian and offshore, who do not have the benefit of the maritime lien accorded those necessities suppliers who may rely upon the law of a more favourable jurisdiction. These claimants who are not so favoured have only a statutory right *in rem* upon which to rely, with a priority below that of a mortgagee. As such, in this instance, there are no surplus funds available.

[142] The holders of statutory rights *in rem* are as follows:

1. Legend Marine Singapore Ptc. Ltd., a necessities supplier with a claim amounting to \$23,678.45 for general goods supplied to the ship. Although some

des services médicaux aux marins. Je ne voudrais pas non plus voir le docteur Karon, de Mariners' Medical Clinic, être contraint à choisir les navires auxquels des services médicaux devraient être refusés, que ce soit directement aux membres malades de l'équipage ou indirectement sous la forme de fournitures médicales. De la même façon que les privilèges des marins sont sacrés (*John G. Stevens, The*, 170 U.S. 113 (1898), à la page 119), et que les réclamations relatives aux soins et traitements fournis aux marins qui sont tombés malades ou qui ont été blessés pendant qu'ils servaient à bord d'un navire occupent un rang élevé selon le système américain des priorités, il en va de même pour les réclamations des personnes qui, n'ayant pas vraiment le choix, assurent le bien-être essentiel des marins, à moins que les circonstances ne dictent le contraire.

[139] En l'espèce, les circonstances sont telles qu'il est approprié et juste que l'ordre de priorité habituel soit modifié de façon à placer Mariners' Medical Clinic dans une situation analogue à celle du titulaire d'un privilège maritime.

[140] En plus de sa réclamation de 1 353,31 \$, Mariners' Medical Clinic aura droit à des intérêts sur la base «net dans 30 jours», à compter du 11 décembre 1997, au taux applicable au produit de la vente pendant qu'il était détenu en fiducie.

#### Titulaires de droits réels prévus par la loi

[141] Il y a un certain nombre de créanciers, tant canadiens qu'étrangers, ne bénéficiant pas du privilège maritime accordé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui peuvent se fonder sur le droit d'un pays plus favorable. Les créanciers qui ne bénéficient pas de cet avantage peuvent uniquement invoquer un droit réel prévu par la loi et prendre rang après le créancier hypothécaire. Cela étant, il n'y a pas de fonds excédentaires qui soient disponibles en l'espèce.

[142] Les titulaires de droits réels prévu par la loi sont les suivants:

1. Legend Marine Singapore Ptc. Ltd., un fournisseur d'approvisionnements nécessaires dont la créance s'élève à 23 678,45 \$ pour les approvisionnements



\$280 is for medicines, Legend Marine, a general ship supply company, does not fall within the exception which I have given to Mariners' Medical Clinic, for Legend Marine may pick and choose its customers just as any other necessities supplier and well knows its situation, that of a supplier who will not be entitled to a maritime lien.

2. The Occupational and Environmental Health Services Agency of Health Canada claims the equivalent of \$445 for the issuance of a deratting exemption certificate. This again gives rise only to a statutory right *in rem*.

3. Tymac Launch Service Ltd., of Vancouver, claims for launch services to a from the *Nel*, to transport both a pilot and a surveyor, in an amount equivalent to \$523.44. These services give rise only to a statutory right *in rem*.

4. Empire International Stevedores Ltd. of Vancouver, which firm lime washed the holds of the *Nel* in order to provide protection against the sulfur cargo, claim for the equivalent of \$5,846.56. This is a statutory right *in rem*.

5. Various of the claims by or through Canpotex Shipping Services Limited, including a claim for bunkers, were resolved at an earlier stage. There remains the Canpotex general agency account for port disbursements in an amount equivalent to \$33,024.31. Unfortunately, by reason of location North of the American border, the Canpotex account, which would give rise to a maritime lien in the United States, merely results in a statutory right *in rem* in Canada. The claim therefore comes after that of the Bank of Scotland's mortgage.

#### ABANDONED CLAIMS

[143] A number of necessities suppliers with claims against the *Nel* either commenced separate proceedings or filed caveats. Some of those claimants subsequently filed affidavits of claim in this action

généraux fournis au navire. Une somme d'environ 280 \$ se rapporte à des médicaments, mais Legend Marine, une société qui s'occupe de l'approvisionnement général des navires n'est pas visée par l'exception que j'ai reconnue à l'égard de Mariners' Medical Clinic, car comme tout autre fournisseur d'approvisionnements nécessaires, elle peut choisir ses clients et elle est parfaitement au courant de la situation dans laquelle elle se trouve, qui est celle d'un fournisseur qui n'a pas droit à un privilège maritime.

2. L'agence des services de santé au travail et d'hygiène du milieu, à Santé Canada, réclame l'équivalent de 445 \$ pour la délivrance d'un certificat d'exemption de dératissage. Ici encore, cela donne uniquement naissance à un droit réel prévu par la loi.

3. Tymac Launch Service Ltd., de Vancouver, réclame un montant correspondant à 523,44 \$ pour les services de transport par vedette qu'elle a fournis lorsqu'il s'est agi de transporter un pilote et un expert jusqu'au *Nel* et de les en ramener. Ces services donnent uniquement naissance à un droit réel prévu par la loi.

4. Empire International Stevedores Ltd., de Vancouver, qui a badigeonné à la chaux les cales du *Nel* afin de les protéger contre la cargaison de soufre, réclame un montant correspondant à 5 846,56 \$. Il s'agit d'un droit réel prévu par la loi.

5. Diverses réclamations présentées par Canpotex Shipping Services Limited, ou par l'entremise de cette société, y compris une réclamation pour les soutes, ont été réglées à un stade antérieur de l'instance. Il reste le compte d'agence générale de Canpotex se rapportant aux débours portuaires, d'un montant correspondant à 33 024,31 \$. Malheureusement, étant donné qu'il a été établi au nord de la frontière américaine, le compte de Canpotex, qui aurait donné naissance à un privilège maritime aux États-Unis, crée simplement, au Canada, un droit réel prévu par la loi. La réclamation vient donc après l'hypothèque de la Bank of Scotland.

#### RÉCLAMATIONS ABANDONNÉES

[143] Un certain nombre de fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ayant des réclamations contre le *Nel* ont engagé des procédures distinctes ou déposé des *caveat*. Certains de ces créanciers ont subséquem-

within the time stipulated for filing claims. Those who did not file affidavits of claim are Tramp Oil & Marine Ltd., United Maritime Supplies Ltd., Petro Marine Products, Howe Robinson & Co. Ltd., Reliance National Insurance and Jardine Shipping Agencies (Hong Kong) Limited. It may be that some of these claims were settled by or on behalf of owners before the present action was initiated. Others may have abandoned their claims. For the record the five claimants listed above, to the extent their claims have not already been settled, are deemed to have abandoned any claims to the sale proceeds of the *Nel*.

#### CONCLUSION

[144] The order which follows these reasons is intended to set out the ultimate disposal of the balance of the sale proceeds and interest which are held in trust. Each successful claimant must now advise Campney & Murphy, who hold the proceeds and interest in trust, of their interest calculation made in conformity with these reasons.

[145] Counsel may wish to speak to the subject of costs. While the Bank of Scotland has received some reimbursement for the expenses of bringing the *Nel* to the point of sale and would be entitled to related taxable costs and disbursements, there is no point in making such an order for those amounts would merely come out of the present surplus which will go to the Bank of Scotland in any event.

[146] As to any other claims to costs and disbursements, I would point out to the claimants that their claims have, in almost every instance, met with mixed results and thus it might be appropriate that all of the parties absorb their own costs.

[147] I thank all of the counsel involved in this matter, going back to the time of the arrest of the *Nel*, for their assistance.

ment déposé des affidavits de réclamation dans la présente action dans le délai imparti. Les créanciers qui n'ont pas déposé d'affidavits de réclamation sont Tramp Oil & Marine Ltd., United Maritime Supplies Ltd., Petro Marine Products, Howe Robinson & Co. Ltd., Reliance National Insurance et Jardine Shipping Agencies (Hong Kong) Limited. Il se peut que certaines réclamations aient été réglées par les propriétaires ou pour le compte des propriétaires avant l'introduction de la présente action. D'autres créanciers ont peut-être abandonné leurs réclamations. Aux fins du dossier, les cinq créanciers ci-dessus désignés, dans la mesure où leurs réclamations n'ont pas déjà été réglées, sont réputés avoir abandonné toute réclamation sur le produit de la vente du *Nel*.

#### CONCLUSION

[144] L'ordonnance qui suit les présents motifs est destinée à faire état de la répartition finale du solde du produit de la vente et des intérêts qui sont détenus en fiducie. Chaque créancier qui a gain de cause doit maintenant faire parvenir à Campney & Murphy, qui détient le produit et les intérêts en fiducie, le calcul de ses intérêts effectué conformément aux présents motifs.

[145] Les avocats voudront peut-être traiter de la question des dépens. La Bank of Scotland a été en partie dédommée des dépenses qu'elle avait engagées en vue de la mise en vente du *Nel* et elle aurait droit aux dépens et débours taxables y afférents, mais il ne sert à rien de rendre une telle ordonnance car ces montants proviendraient simplement de l'excédent, qui de toute façon sera remis à la banque.

[146] En ce qui concerne toute autre réclamation relative aux dépens et aux débours, j'aimerais faire remarquer aux créanciers que leurs réclamations ont dans presque tous les cas connu des résultats variables, et qu'il conviendrait donc peut-être que toutes les parties absorbent leurs propres dépens.

[147] Je remercie tous les avocats qui ont participé à l'instance, et ce, depuis aussi loin que la saisie du *Nel*.