

T-1457-93

T-1457-93

Scott Steel Ltd. (Plaintiff)**Scott Steel Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

The Ship Recorded in the Port of Edmonton Under the Name *The Alarissa* Bearing Record No. 420, and Commonly Known as *The Edmonton Queen* and, North Saskatchewan River Boat Ltd. Operating under the Name and Style North Saskatchewan Riverboat Co. and The Owners and All Others Interested in the Ship (Defendants)

Le navire inscrit au port d'Edmonton sous le nom de *L'Alarissa* portant le numéro 420 et communément désigné sous le nom de *L'Edmonton Queen* et North Saskatchewan River Boat Ltd., faisant affaire sous la dénomination sociale de North Saskatchewan Riverboat Co. et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire (défendeurs)

and

et

Province of Alberta Treasury Branches and J.C. Damar Developments Ltd. (Intervenors)

Province of Alberta Treasury Branches et J.C. Damar Developments Ltd. (intervenantes)

INDEXED AS: SCOTT STEEL LTD. v. ALARISSA (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SCOTT STEEL LTD. c. ALARISSA (L') (I^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Edmonton, January 11, 12; Vancouver, March 13, 1996.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Edmonton, 11 et 12 janvier; Vancouver, 13 mars 1996.

Maritime law — Creditors and debtors — Motion to determine priorities to proceeds of judicial sale of ship as between builder, having possessory lien, lender, having registered marine mortgage, necessities supplier — Established priorities departed from only where necessary to prevent obvious injustice — Builder having right to retain possession until paid for work properly done — Possessory right giving rise to lien for work properly done, including authorized extras, effective when construction commenced — Lender not making reasonable inquiries — Not unjust to leave usual priorities in place.

Droit maritime — Créanciers et débiteurs — Requête visant à faire déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire d'un navire entre le constructeur du navire, qui est titulaire d'un privilège possessoire, le prêteur, qui possède une hypothèque maritime enregistrée et le fournisseur d'approvisionnements nécessaires — Les tribunaux ne s'écartent de l'ordre de priorité établi que lorsque cela est nécessaire pour éviter une injustice flagrante — Droit du constructeur de conserver la possession du navire tant qu'il n'est pas payé pour les travaux régulièrement effectués — Le droit de rétention donne lieu à un privilège pour les travaux régulièrement effectués, y compris les ajouts autorisés, à partir de la date du début des travaux — Le prêteur ne s'est pas suffisamment renseigné — Il n'est pas injuste de ne pas modifier l'ordre de priorité habituel.

Maritime law — Liens and mortgages — Motion to determine priorities to proceeds of judicial sale of ship — Necessaries supplier not having maritime lien on ship — As maritime liens not transferable, unnecessary to determine whether employees of necessities supplier seamen entitled to maritime lien for wages — No constructive possessory lien as no evidence builder acting as agent — No special relationship between owners, suppliers creat-

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Requête visant à faire déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire d'un navire — Le fournisseur d'approvisionnements nécessaires n'a aucun privilège maritime sur le navire — Comme les privilèges maritimes ne sont pas transférables, il n'est pas nécessaire de déterminer si les employés du fournisseur d'approvisionnements nécessaires entrent dans la catégorie des marins qui ont droit à

ing equitable lien — No equitable division — Result not unjust.

Estoppel — Shipbuilder not estopped from claiming priority over lender having registered marine mortgage — Knowledgeable lender aware of possibility of unpaid builder's possessory lien — Lender making no reasonable inquiry, overlooking signs vessel to cost more than anticipated — Not establishing amount of budget — No evidence builder aware lender mistaken as to priorities — Builder not inducing lender to spend money — No unjust enrichment as vessel worth more than what builder paid — Cannot found cause of action on estoppel — Use of estoppel to change priorities beyond merely using estoppel as shield — No legal relationship between shipbuilder, lender — No evidence of fraud — Builder neither making any representations to lender nor attempting to induce course of conduct — Lender relying on representations by co-lender, not builder — Lender misled by own failure to make reasonable independent inquiry.

Equity — Marshalling — Motion to determine priorities to proceeds of court ordered sale of ship — Lender holding several securities in addition to mortgage, including guarantee of Alberta government — Two funds must exist when claim to marshalling arising — Evidence insufficient to show preconditions to Alberta government guarantee met, guarantee available — Condition for application of marshalling not met.

Constitutional law — Distribution of powers — Necessaries supplier claiming priority under Alberta's Possessory Liens Act, Garagemen's Lien Act to proceeds of judicial sale of ship — Beyond provincial jurisdiction to create national form of possessory lien not recognized by Canadian maritime law thereby affecting priorities under Canadian maritime law.

This was a motion to determine priorities to the proceeds of the Court ordered sale of the *Edmonton Queen* as

un privilège maritime garantissant leur salaire — Il n'existe pas de privilège possessoire de droit, étant donné que rien ne permet de penser que le constructeur a agi comme mandataire — Il n'existe entre les propriétaires et les fournisseurs aucune relation spéciale qui créerait un privilège reconnu en equity — Il n'y a pas de partage en equity — Le résultat n'est pas injuste.

Fin de non-recevoir — Le constructeur du navire n'est pas irrecevable à revendiquer le droit d'être préféré au prêteur qui possède une hypothèque maritime enregistrée — Tout prêteur avisé aurait été conscient de la possibilité de l'existence d'un privilège possessoire en faveur du constructeur impayé — Le prêteur ne s'est pas raisonnablement renseigné et il a ignoré des signes évidents qui démontraient que le navire allait coûter plus cher que prévu — Il n'a pas établi le montant du budget — Rien ne permet de croire que le constructeur savait que le prêteur se méprenait au sujet de l'ordre de priorité — Le constructeur n'a pas incité le prêteur à dépenser de l'argent — Il n'y a pas d'enrichissement sans cause, étant donné que le navire vaut plus que ce que le constructeur a payé — Un droit d'action ne peut avoir comme base une fin de non-recevoir — La fin de non-recevoir n'a pas été utilisée simplement comme un bouclier pour faire modifier l'ordre de priorité — Il n'y a aucun rapport juridique entre le constructeur du navire et le prêteur — Rien ne permet de conclure à la fraude — Le constructeur n'a fait aucune affirmation au prêteur et n'a pas essayé de l'amener à adopter une ligne de conduite — Le prêteur s'est fié aux déclarations faites par l'autre prêteur, et non à celles du constructeur — Le prêteur s'est induit en erreur en omettant de se renseigner lui-même de façon indépendante.

Equity — Collocation — Requête visant à faire déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire d'un navire — Le prêteur détenait plusieurs sûretés en plus d'une hypothèque, y compris un cautionnement du gouvernement de l'Alberta — Pour qu'on puisse invoquer la collocation, il doit y avoir deux fonds — Preuve insuffisante pour démontrer si les conditions préalables au cautionnement du gouvernement de l'Alberta ont été respectées et si ce cautionnement a été mis à la disposition de l'intéressé — Une des conditions pour l'application de la collocation n'est pas remplie.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Fournisseur d'approvisionnements nécessaires revendiquant le droit d'être préféré, en vertu de la Possessory Liens Act et de la Garagemen's Lien Act de l'Alberta lors du partage du produit de la vente judiciaire d'un navire — Le législateur provincial n'a pas compétence pour créer un privilège possessoire national qui n'est pas reconnu en droit maritime canadien et de modifier ainsi l'ordre de priorité établi en droit maritime canadien.

Il s'agit d'une requête visant à déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire de

between Scott Steel, the shipbuilder who claimed a priority based on a possessory lien; Alberta Treasury Branches, the lender who had advanced \$700,000 and held a builder's mortgage which had matured into a registered marine mortgage; and J.C. Damar Developments Ltd. (Damar), a necessities supplier, which based its claim for \$75,000 alternatively on a constructive possessory lien, a maritime lien, a garageman's lien, and an equitable lien, and also raised the possibility of equitable division among the parties. There were also the claims of Peter S. Hatfield Ltd. and Wm. R. Brown & Associates Ltd., the naval architects who held statutory rights *in rem*, for unpaid fees, totalling \$30,000.

The original price of the ship was 1.64 million dollars, but the ship was redesigned and extras were constantly being added. In 1994 the uncompleted ship was appraised at 2.2 million dollars. The ship was sold for \$800,000. Scott Steel's claims for extras may exceed that amount.

Treasury Branches argued that Scott Steel lost its priority by failing to warn Treasury Branches that the vessel would cost more than the original price and in representing to the owners that it was "on budget", knowing that such information would be relayed to Treasury Branches, which in turn would make further advances based on such representations.

The issues were whether the usual ranking should be varied; whether Scott Steel should be estopped from claiming priority over Treasury Branches; and whether the equitable doctrine of marshalling should apply.

Held, the usual priorities applied.

The Court's equitable jurisdiction to upset established priorities should only be exercised where necessary to prevent an obvious injustice. There was a heavy onus on Treasury Branches to upset the usual priorities.

The possessory lien of a shipbuilder is no different from that of a ship repairer, for in both instances it is a matter of an artificer putting labour and materials into the making or repairing of a chattel followed by retention of possession until payment or discharge of a debt. It is not necessary that the work be completed before the right to retain possession accrues. Scott Steel had the right to retain possession of the vessel until paid for work properly done. That possessory right would give rise to a lien for work done pursuant to the contract and for the unpaid value of work required through the evolution of the plans

l'*Edmonton Queen* entre la Scott Steel, le constructeur qui affirme avoir un droit de préférence fondé sur un privilège possessoire, Alberta Treasury Branches (la Direction du Trésor), le prêteur qui a avancé 700 000 \$ et qui détient un privilège du constructeur qui s'est transformé en hypothèque maritime enregistrée, et la J.C. Damar Developments Ltd. (Damar), un fournisseur d'approvisionnements nécessaires, qui réclame 75 000 \$. Ces divers créanciers fondent respectivement leur réclamation sur un privilège possessoire de droit, un privilège maritime, un privilège de garagiste et un privilège en *equity*, et ils évoquent également la possibilité d'un partage en *equity* du produit de la vente entre les parties. Il y a également les créances de la Peter S. Hatfield Ltd. et de la Wm. R. Brown & Associates Ltd., les firmes d'architectes navals qui sont titulaires de droits légaux *in rem* de 30 000 \$ pour leurs honoraires impayés.

Le prix initial du navire était de 1,64 million de dollars, mais le navire a été redessiné et des ajouts lui ont constamment été faits. En 1994, le navire inachevé a été évalué à 2,2 millions de dollars. Le navire a été vendu 800 000 \$. Les réclamations présentées par la Scott Steel pour les ajouts risquent de dépasser cette somme.

La Direction du Trésor soutenait que la Scott Steel avait perdu son droit de préférence en omettant d'avertir la Direction du Trésor que le navire coûterait plus cher que le prix initialement prévu et en déclarant aux propriétaires que «le budget prévu [était] respecté», sachant que ce renseignement serait transmis à la Direction du Trésor, qui, à son tour consentirait d'autres avances sur la foi de ces affirmations.

Les questions en litige sont celles de savoir si l'ordre de priorité habituel devrait être modifié, si la Scott Steel est irrecevable à revendiquer le droit d'être préférée à la Direction du Trésor et si la doctrine de collocation reconvenue en *equity* devrait s'appliquer.

Jugement: l'ordre de priorité habituel s'applique.

La Cour ne devrait exercer sa compétence en *equity* pour modifier l'ordre de priorité habituel que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante. La Direction du Trésor devait s'acquitter d'une lourde charge de preuve avant que l'ordre de priorité habituel puisse être modifié.

Le privilège possessoire du constructeur de navires n'est pas différent de celui du réparateur de navires car, dans les deux cas, il s'agit d'un artisan qui fournit son travail et des matériaux pour fabriquer ou réparer un objet dont il conserve ensuite la possession jusqu'au règlement ou à l'extinction de sa créance. Il n'est pas nécessaire que l'artisan ait terminé son travail avant d'acquiescer le droit de conserver la possession du bien. La Scott Steel avait le droit de conserver la possession du navire jusqu'à ce qu'elle soit payée pour les travaux qu'elle avait régulièrement faits. Ce droit de rétention donnerait lieu à un privi-

and authorized additions. The possessory lien came into effect when Scott Steel began constructing the vessel.

It would not be unjust to leave the usual priorities in place. The parties, except perhaps the architects, were apparently not aware of what they were building as the vessel evolved from an under powered basic barge-like vessel to a quite sophisticated and more involved ship. Treasury Branches did not have any idea of or interest in what was being built. The advance of funds was largely governed by material received from the co-lender, Western Economic Diversification, which in turn relied on information from North Saskatchewan Riverboat Company (NSRB), which passed along short confirmations, addressed to it from Scott Steel to the effect that the vessel was on schedule and on budget, and on the advice of Consulting and Audit Canada. The evidence confirmed that Scott Steel advised the owner that the extras were going to be costly. It was not up to Scott Steel who had no direct or contractual dealings with Treasury Branches and owed Treasury Branches no contractual or fiduciary duty to bring changes in plans and extras to the attention of Treasury Branches, without any requests or questions from Treasury Branches.

The estoppel argument failed. As a knowledgeable lender, Treasury Branches should have known of the possibility of an unpaid builder's possessory lien. Treasury Branches made no reasonable inquiries and overlooked obvious signs that the vessel was going to cost more than anticipated, and in any event did not establish the amount of the "budget". There was no evidence that Scott Steel was aware that Treasury Branches was mistaken as to priorities. As to the argument that Scott Steel misled Treasury Branches into thinking that the vessel was within budget, Scott Steel sent to NSRB copies of signed confirmations for many extras and other extras would have been readily apparent to Treasury Branches or those on whom they relied, if they had bothered to look at the evolving drawings for the vessel. There was no unjust enrichment, for on Treasury Branches' own appraisal of the vessel, Scott Steel did work and provided a vessel worth far more than the amount which they were paid. Also, a cause of action cannot be founded upon estoppel. In arguing estoppel, Treasury Branches was trying to demonstrate why Scott Steel should not have the usual priority of a

lège pour les travaux régulièrement exécutés non seulement jusqu'à concurrence de la valeur impayée des travaux prévus au contrat de construction du navire, mais aussi jusqu'à concurrence de la valeur impayée des travaux qui devaient être exécutés par suite de l'évolution des projets et des ajouts autorisés. Le privilège possessoire a pris effet lorsque la Scott Steel a commencé la construction du navire.

Il n'est pas injuste de ne pas modifier l'ordre de priorité habituel. À l'exception peut-être des architectes, les personnes en cause ne semblent pas avoir été conscientes de ce qu'elles étaient en train de construire et de la transformation du navire, d'un simple bâtiment à faible puissance similaire à un chaland à un navire assez perfectionné et complexe. La Direction du Trésor n'avait pas la moindre idée de ce qui était construit et ne s'est pas intéressée à cette question. La Direction du Trésor déterminait en grande partie le montant des avances qu'elle consentait sur le fondement des documents qu'elle recevait de l'autre prêteur, le ministère de la Diversification de l'Économie de l'Ouest, qui se fiait à son tour sur la North Saskatchewan Riverboat Company (NSRB), qui lui transmettait de courtes confirmations qui lui étaient adressées par la Scott Steel et selon lesquelles le déroulement des travaux de construction du navire respectait l'échéancier et le budget et, en second lieu, sur les conseils donnés par Consultation et Vérification Canada. La preuve confirme que la Scott Steel a informé le propriétaire que les ajouts allaient coûter cher. Il n'appartenait pas à la Scott Steel, qui n'avait aucun rapport direct ou relation contractuelle avec la Direction du Trésor et qui n'était tenue à aucune obligation contractuelle ou fiduciaire envers la Direction du Trésor, d'attirer l'attention de la Direction du Trésor sur les modifications aux plans et sur les ajouts, sans demande ou question de la part de la Direction du Trésor.

La fin de non-recevoir est mal fondée. À titre de prêteur avisé, la Direction du Trésor aurait dû être au courant de la possibilité qu'il existe un privilège possessoire de constructeur impayé. La Direction du Trésor ne s'est pas raisonnablement renseignée et elle a ignoré des signes évidents qui démontraient que le navire allait coûter plus cher que prévu, et elle n'a de toute façon pas établi le montant du «budget». Rien ne permet de croire que la Scott Steel savait que la Direction du Trésor se méprenait au sujet de l'ordre de priorité. Quant à l'argument que la Scott Steel a induit la Direction du Trésor en erreur en l'amenant à croire que les travaux respectaient le budget prévu, la Scott Steel a envoyé à la NSRB des copies de confirmation signée portant sur de nombreux ajouts et la Direction du Trésor et les personnes à qui elle s'en est remise pouvaient facilement constater l'addition d'autres ajouts, si elles s'étaient donné la peine d'étudier les nouveaux plans du navire. Il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause, car la Scott Steel s'est effectivement fondée sur l'évaluation que la Direction du Trésor a elle-même faite du navire et elle a fourni un navire qui valait beau-

shipbuilder in possession, and that went beyond using estoppel merely as a shield. The principle of estoppel assumes the existence of a legal relationship between the parties when the representation was made. There was no relationship of any legal sort between Scott Steel and Treasury Branches. The latter received much of its information from Scott Steel third hand through the co-lender. There was no evidence to support any allegations of fraud that would deprive Scott Steel of its legal rights. As to the elements of estoppel, (1) Scott Steel did not make any representation to Treasury Branches intended to induce any course of conduct. Scott Steel wished to be paid for its work, but the actual payments were controlled by NSRB. (2) Treasury Branches relied on representations received from its co-lender, not Scott Steel. (3) Construction advances made to the detriment of Treasury Branches were not as a consequence of an act or omission resulting from a representation by Scott Steel, but were a consequence of Treasury Branches' failure to make reasonable inquiries and to monitor construction of the *Edmonton Queen*.

A necessities supplier does not have a maritime lien on the ship, but has at most a right to bring an action *in rem* against the ship if the ship is still in the hands of the owner. As Damar was the claimant, the Court did not have to decide whether Damar's workers were seamen entitled to a maritime lien for their wages. Maritime liens, except to the extent of bottomry, are generally not transferable. As to whether Damar had a constructive possessory lien, Damar did not together with Scott Steel have possession of the *Edmonton Queen*. Neither was there any evidence that Scott Steel was either appointed agent or in any way ratified a position as agent of Damar, or acted as agent for all who worked on the vessel. As to Damar's claim under Alberta's *Possessory Liens Act* and *Garagemen's Lien Act*, it is beyond the constitutional powers of the province to create a national form of possessory lien not recognized by Canadian maritime law thereby affecting the priorities under Canadian maritime law. An equitable lien is created by reason of a special relationship between the parties, or from a course of conduct, or through an express intention to create an equitable charge. There was no special relationship between Damar and the then owners of the *Edmonton*

coup plus que la somme qu'elle a reçue. Qui plus est, un droit d'action ne peut avoir comme base une fin de non-recevoir. En invoquant une fin de non-recevoir, la Direction du Trésor essayait de démontrer pourquoi la Scott Steel ne devait pas avoir droit au rang habituellement accordé au constructeur de navires qui est en possession du navire. Elle ne se servait donc pas simplement de la fin de non-recevoir comme d'un bouclier. Le principe de la fin de non-recevoir présume l'existence de rapports juridiques entre les parties au moment où l'affirmation est faite. En l'espèce, il n'y avait aucun rapport juridique de quelque nature que ce soit entre la Scott Steel et la Direction du Trésor. Cette dernière a obtenu une grande partie de ses renseignements indirectement de la Scott Steel par l'intermédiaire de l'autre prêteur. Il n'y avait pas de preuve à l'appui d'une allégation de fraude qui priverait la Scott Steel des droits que la loi lui reconnaît. Au sujet des éléments essentiels pour fonder une fin de non-recevoir: (1) Scott Steel n'a fait à la Direction du Trésor aucune affirmation dans le but d'inciter la Direction du Trésor à adopter une certaine ligne de conduite. La Scott Steel désirait être payée pour son travail, mais les paiements étaient en réalité contrôlés par la NSRB; (2) la Direction du Trésor s'est davantage fiée sur les affirmations de l'autre prêteur que sur celles de la Scott Steel; (3) les avances qui ont été consenties pour la construction au détriment de la Direction du Trésor ne l'ont pas été en conséquence d'une action ou d'une omission résultant d'une affirmation faite par la Scott Steel; il s'agissait plutôt d'une conséquence de l'omission de la Direction du Trésor de se renseigner suffisamment au sujet de la construction de l'*Edmonton Queen* et de surveiller le déroulement des travaux.

Le fournisseur d'approvisionnements nécessaires n'a aucun privilège maritime sur le navire, mais possède tout au plus un droit d'exercer une action *in rem* contre le navire, si celui-ci est encore entre les mains du même propriétaire. Comme la Damar est le réclamant, la Cour n'a pas à décider si les employés de la Damar entrent dans la catégorie des marins qui ont droit à un privilège maritime garantissant leur salaire. Sauf dans le cas des contrats à la grosse, les privilèges maritimes ne sont en règle générale pas transférables. Quant à la question de savoir si la Damar possède un privilège possessoire de droit, la Damar n'avait pas elle-même la possession de l'*Edmonton Queen* conjointement avec la Scott Steel. Rien ne permet non plus de penser que la Scott Steel avait été constituée mandataire de la Damar ou que les actes qu'elle aurait accomplis à ce titre ont de quelque façon que ce soit été ratifiés ou qu'elle a agi comme mandataire de toutes les personnes qui travaillaient sur le navire. Quant au privilège que la Damar revendique en vertu de la *Possessory Liens Act* et de la *Garagemen's Lien Act* de l'Alberta, le législateur provincial n'a pas les pouvoirs constitutionnels nécessaires pour créer une sorte de privilège possessoire national, privilège qui n'est pas reconnu en droit maritime

Queen, or a course of conduct that would give rise to an equitable lien. In any event, legal interests stand ahead of equitable interests. It was not unjust to deny Damar's equitable lien priority over the legal mortgage of Treasury Branches and Scott Steel's possessory lien. Equitable division should not be applied. There was neither an obvious injustice nor a plainly unjust result. Ship repairers and necessities suppliers have always in modern times had to deal with the fact that their claims ranked low, even below that of a mortgage holder, even though the repairer or the necessities has enhanced the value of the vessel for the mortgage holder.

Treasury Branches could not be forced to marshal and collect their debt from other sources (guarantors), in the event that Scott Steel lost its priority on appeal. Treasury Branches held a number of securities in addition to and in support of its mortgage security over the *Edmonton Queen* i.e. guarantees of the principals of NSRB and the guarantee of the Province of Alberta. In applying the doctrine of marshalling there are three conditions which must be satisfied: (1) the claims must be against a single debtor; (2) the two funds must be at the debtor's disposal; and (3) the two funds must be in existence when the question of marshalling arises. There were many preconditions in the Alberta government guarantee of the Treasury Branches' loan. There was insufficient evidence to show whether those terms were met and the guarantee made available. The Court does not have jurisdiction to alter contractual obligations. The third requirement was not met.

The priorities were: (1) The Marshal for fees and the costs of the appraisal, study and sale of the ship and Treasury Branches to the extent that they have funded these fees and costs; (2) Scott Steel, for work properly done including items not appearing on the ship as designed but added since and as authorized orally or in writing; (3) Treasury Branches; (4) if funds remain, Damar, Peter Hatfield and Wm. R. Brown, *pari passu*.

canadien, modifiant ainsi l'ordre de priorité établi en droit maritime canadien. La privilège reconnu en *equity* est créé à cause de la relation spéciale qui unit les parties, ou encore en raison d'une ligne de conduite ou d'une intention expresse de créer une charge reconnue en *equity*. Il n'existe aucune relation spéciale entre la Damar et les propriétaires d'alors de l'*Edmonton Queen* ou de ligne de conduite qui donneraient lieu à un privilège reconnu en *equity*. De toute façon, les droits reconnus en common law priment les droits reconnus en *equity*. Nier la préséance du privilège reconnu en *equity* de la Damar sur l'hypothèque légale de la Direction du Trésor et le privilège possesseur de la Scott Steel ne crée pas une injustice. Il n'y a pas lieu d'appliquer un partage fondé sur l'*equity*. Il n'y a ni injustice flagrante, ni résultat manifestement injuste. De nos jours, les réparateurs de navires et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ont toujours eu à composer avec le fait que leurs créances occupent les derniers rangs dans l'ordre de priorité et qu'elles viennent même après celle du créancier hypothécaire et ce, malgré le fait que les réparateurs de navires et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires donnent au navire une plus-value qui profite au créancier hypothécaire.

On ne peut forcer la Direction du Trésor à procéder à une collocation et à recouvrer sa créance d'autres sources (les cautions) pour le cas où la Scott Steel perdrait son droit de préférence en appel. La Direction du Trésor possédait plusieurs garanties en plus de la garantie hypothécaire qu'elle détenait sur l'*Edmonton Queen*, lesquelles garanties appuyaient sa garantie hypothécaire, en l'occurrence le cautionnement versé par les débiteurs principaux de la NSRB et le cautionnement de la province d'Alberta. Il y a trois conditions à remplir pour que la doctrine de collocation puisse s'appliquer: (1) les créances ne doivent viser qu'un seul débiteur; (2) les deux fonds doivent être à la disposition du débiteur; (3) les deux fonds doivent exister lorsque la question de la collocation est soulevée. Le cautionnement du prêt de la Direction du Trésor qu'a consenti le gouvernement de l'Alberta était assorti de nombreuses conditions préalables. Il n'y a pas suffisamment de preuve pour démontrer si ces conditions ont été respectées et si le cautionnement a été mis à la disposition de l'intéressé. La Cour n'a pas la compétence pour modifier des obligations contractuelles. La troisième condition n'est pas remplie.

L'ordre de priorité des créanciers est le suivant: (1) le prévôt, pour les honoraires et les frais afférents à l'évaluation, à l'étude et à la vente du navire, et la Direction du Trésor, dans la mesure où elle a financé les honoraires et les frais en question; (2) la Scott Steel, pour les travaux régulièrement effectués relativement aux éléments qui ne figurent pas dans les plans du navire mais qui ont été ajoutés depuis et qui ont été autorisés verbalement ou par écrit; (3) la Direction du Trésor; (4) s'il reste des deniers, la Damar, Peter Hatfield et Wm. R. Brown, *pari passu*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, art. 46.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2),
 43(2).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1003(9),
 1008(2).
Garagemen's Lien Act, R.S.A. 1980, c. G-1.
Possessory Liens Act, R.S.A. 1980, c. P-13.
Repairers Lien Act, R.S.B.C. 1979, c. 363.
Sale of Goods Act, R.S.A. 1980, c. S-2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Metaxas v. Galaxias (The), [1989] 1 F.C. 386; (1988),
 19 F.T.R. 108 (T.D.); *The Lyrma (No. 2)*, [1978] 2
 Lloyd's Rep. 30 (Q.B. Adm. Ct.); *Scott Steel Ltd. v.*
Alarissa (The), [1995] F.C.J. No. 1303 (T.D.) (QL);
Woods v. Russell (1822), 5 B. & Ald. 942; 106 E.R.
 1436 (K.B.); *Canadian Superior Oil Ltd. et al. v.*
Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al., [1970]
 S.C.R. 932; (1970), 12 D.L.R. (3d) 247; 74 W.W.R.
 356; *Earle's Shipbuilding & Engineering Co. v.*
Akties. D/S Gefion and Fourth Shipbuilding & Engi-
neering Co. (1922), 10 LL. L. Rep. 305 (C.A.);
Finning Ltd. v. Federal Business Development Bank
 (1989), 56 D.L.R. (4th) 379; 34 B.C.L.R. (2d) 237
 (S.C.); *Ellerman Lines Ltd. v. Lancaster Maritime Co.*
Ltd. (The Lancaster), [1980] 2 Lloyd's Rep. 497
 (Q.B.); *Manks v. Whiteley*, [1911] 2 Ch. 448.

DISTINGUISHED:

Somes and Others v. British Empire Shipping Co.,
 [1843-60] All E.R. Rep. 844 (H.L.); *Mucklow v.*
Mangles (1808), 1 Taunt. 318; 127 E.R. 856 (C.P.D.);
Atkinson v. Bell (1828), 8 B. & C. 277; 108 E.R.
 1046 (K.B.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The*
Comer, [1970] Ex. C.R. 12; *First Investors Corpora-*
tion Ltd. v. Veeradon Developments, Wiber and
Butler Engineering Ltd. (1988), 84 A.R. 364; 47
 D.L.R. (4th) 446; [1988] 3 W.W.R. 254; 57 Alta.
 L.R. (2d) 104; 47 R.P.R. 293 (C.A.).

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.); revd (1982), 7 D.L.R. (4th) 395; 52

LOIS ET RÈGLEMENTS

Garagemen's Lien Act, R.S.A. 1980, ch. G-1.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch.
 10.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art.
 22(2), 43(2).
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C.
 (1985), ch. S-9, art. 46.
Possessory Liens Act, R.S.A. 1980, ch. P-13.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles
 1003(9), 1008(2).
Repairers Lien Act, R.S.B.C. 1979, ch. 363.
Sale of Goods Act, R.S.A. 1980, ch. S-2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

JURISPRUDENCE:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Metaxas v. Galaxias (Le), [1989] 1 C.F. 386; (1988),
 19 F.T.R. 108 (1^{re} inst.); *The Lyrma (No. 2)*, [1978] 2
 Lloyd's Rep. 30 (Q.B. Adm. Ct.); *Scott Steel Ltd. c.*
Alarissa (L'), [1995] F.C.J. n^o 1303 (1^{re} inst.) (QL);
Woods v. Russell (1822), 5 B. & Ald. 942; 106 E.R.
 1436 (K.B.); *Canadian Superior Oil Ltd. et al. v.*
Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al., [1970]
 R.C.S. 932; (1970), 12 D.L.R. (3d) 247; 74 W.W.R.
 356; *Earle's Shipbuilding & Engineering Co. v. Ak-*
ties. D/S Gefion and Fourth Shipbuilding & Engi-
neering Co. (1922), 10 LL. L. Rep. 305; (C.A.); *Finning*
Ltd. v. Federal Business Development Bank (1989),
 56 D.L.R. (4th) 379; 34 B.C.L.R. (2d) 237 (C.S.);
Ellerman Lines Ltd. v. Lancaster Maritime Co. Ltd.
(The Lancaster), [1980] 2 Lloyd's Rep. 497 (Q.B.);
Manks v. Whiteley, [1911] 2 Ch. 448.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Somes and Others v. British Empire Shipping Co.,
 [1843-60] All E.R. Rep. 844 (H.L.); *Mucklow v.*
Mangles (1808), 1 Taunt. 318; 127 E.R. 856 (C.P.D.);
Atkinson v. Bell (1828), 8 B. & C. 277; 108 E.R.
 1046 (K.B.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The*
Comer, [1970] R.C.E. 12; *First Investors Corporation*
Ltd. v. Veeradon Developments, Wiber and Butler
Engineering Ltd. (1988), 84 A.R. 364; 47 D.L.R. (4th)
 446; [1988] 3 W.W.R. 254; 57 Alta. L.R. (2d) 104;
 47 R.P.R. 293 (C.A.).

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^{re} inst.); inf. par (1982), 7 D.L.R. (4th) 395;

N.R. 10 (F.C.A.); *The Monica S.*, [1967] 2 Lloyd's Rep 113 (Adm. Div.); *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna*, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.); *Bernard v. Hyne—The Saracen*, [1847] 6 Moo. 56; (1847), 13 E.R. 604 (P.C.); *In re The "Don Francisco"* (1861) Lush. 468; 167 E.R. 210 (H.C. Adm.); *Montreal Dry Docks Co. v. Halifax Shipyards* (1920), 60 S.C.R. 359; 54 D.L.R. 185; [1920] 3 W.W.R. 25; *The Pickaninny; Hammond & Co.*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 533 (Adm. Div.); *Casden v. Cooper Enterprises Ltd. et al.* (1993), 151 N.R. 199 (F.C.A.); *Ex parte Willoughby. In re Westlake* (1881), 16 Ch. D. 604; *Carruthers v. Payne* (1828), 5 Bing. 270; 130 E.R. 1065 (C.P.D.); *Elliott v. Pybus* (1834), 10 Bing. 512; 131 E.R. 993 (C.P.D.); *The Tergeste* (1902), 9 Asp. Mar. Law Cas. 356; *In re The Zodiac* (1825), 1 Hagg 320; 166 E.R. 114; *The Ship Neptune*, [1835] 3 Kn. 94; (1835), 13 E.R. 584 (P.C.); *Alberta (Treasury Branches) v. Don-Gar Construction (1990) Ltd.* (1992), 128 A.R. 186; 1 Alta. L.R. (3d) 120 (Q.B.); *Federal Business Development Bank v. "Winder 4135" (The)*, [1986] 2 F.C. 154; (1984), 111 D.L.R. (4th) 308 (T.D.); *Ex parte Salting. In re Stratton* (1883), 25 Ch. 148 (C.A.); *In re The "Priscilla"* (1859) Lush 1; 167 E.R. 1 (Adm. Div.); *In re International Life Assurance Society* (1876), 2 Ch. 476 (C.A.).

REFERRED TO:

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; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; [1974] 1 Lloyd's Rep. 174; *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.); *The Katingaki*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 372 (Q.B. Adm. Ct.); *Ex Parte Lambton. In re Lindsay* (1875), L.R. 10 Ch. App. 405; *Dover Financial Corp. et al. v. Basin View Village Ltd. et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 1; 399 A.P.R. 1 (S.C.); *The Petone*, [1917] P. 198; *The Leoborg (No. 2)*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Bonham et al. v. The Ship Sarnor* (1918), 21 Ex. C.R. 183; *McCullough v. SS. Marshall, Eliasoph et al.*, [1923] Ex. C.R. 110; affd [1924] Ex. C.R. 53; *Ross, William et al. v. The Ship Aragon*, [1943] Ex. C.R. 41; [1943] 3 D.L.R. 178; [1943] O.W.N. 111; *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 420; 37 R.P.R. 128 (H.C.).

AUTHORS CITED

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 "Constructive possession".

52 N.R. 10 (C.A.F.); *The Monica S.*, [1967] 2 Lloyd's Rep 113 (Adm. Div.); *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Le Miss Donna*, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.); *Bernard v. Hyne—The Saracen*, [1847] 6 Moo. 56; (1847), 13 E.R. 604 (P.C.); *In re The "Don Francisco"* (1861) Lush. 468; 167 E.R. 210 (H.C. Adm.); *Montreal Dry Docks Co. v. Halifax Shipyards* (1920), 60 R.C.S. 359; 54 D.L.R. 185; [1920] 3 W.W.R. 25; *The Pickaninny; Hammond & Co.*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 533 (Adm. Div.); *Casden v. Cooper Enterprises Ltd. et al.* (1993), 151 N.R. 199 (C.A.F.); *Ex parte Willoughby. In re Westlake* (1881), 16 Ch. D. 604; *Carruthers v. Payne* (1828), 5 Bing. 270; 130 E.R. 1065 (C.P.D.); *Elliott v. Pybus* (1834), 10 Bing. 512; 131 E.R. 993 (C.P.D.); *The Tergeste* (1902), 9 Asp. Mar. Law Cas. 356; *In re The Zodiac* (1825), 1 Hagg 320; 166 E.R. 114; *The Ship Neptune*, [1835] 3 Kn. 94; (1835), 13 E.R. 584 (P.C.); *Alberta (Treasury Branches) v. Don-Gar Construction (1990) Ltd.* (1992), 128 A.R. 186; 1 Alta. L.R. (3d) 120 (B.R.); *Banque fédérale de développement c. "Winder 4135" (Le)*, [1986] 2 C.F. 154; (1984), 111 D.L.R. (4th) 308 (T.D.); *Ex parte Salting. In re Stratton* (1883), 25 Ch. 148 (C.A.); *In re The "Priscilla"* (1859) Lush 1; 167 E.R. 1 (Adm. Div.); *In re International Life Assurance Society* (1876), 2 Ch. 476 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy, [1971] C.F. 556 (1^{re} inst.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; [1974] 1 Lloyd's Rep. 174; *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1^{re} inst.); *The Katingaki*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 372 (Q.B. Adm. Ct.); *Ex Parte Lambton. In re Lindsay* (1875), L.R. 10 Ch. App. 405; *Dover Financial Corp. et al. v. Basin View Village Ltd. et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 1; 399 A.P.R. 1 (S.C.); *The Petone*, [1917] P. 198; *The Leoborg (No. 2)*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Bonham et al. v. The Ship Sarnor* (1918), 21 R.C.É. 183; *McCullough v. SS. Marshall, Eliasoph et al.*, [1923] R.C.É. 110; conf. par [1924] R.C.É. 53; *Ross, William et al. v. The Ship Aragon*, [1943] R.C.É. 41; [1943] 3 D.L.R. 178; [1943] O.W.N. 111; *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 420; 37 R.P.R. 128 (H.C.).

DOCTRINE

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 «Constructive possession».

Clarke, Malcolm A. *Shipbuilding Contracts*. London: Lloyd's of London Press, 1982.

Curtis, Simon. *The Law of Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1991.

Falconbridge on Mortgages, 4th ed. by W. B. Rayner and R. H. McLaren, Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1977.

Fridman, Gerald Henry Louis. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1986.

Goldrein, Iain S. *Ship Sale and Purchase: Law and Technique*, Lloyd's of London Press, 1985.

Halsbury's Laws of England, vol. 16, 4th ed. (Reissue), London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Ontario Law Reform Commission. *Report on Sale of Goods*, Vol. II, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985.

Thomas, D. R. *Maritime Liens*. London: Stevens & Sons, 1980.

MOTION to determine priorities to the proceeds of the Court ordered sale of the *Edmonton Queen*. The usual priorities applied.

COUNSEL:

David McEwen and Frank H. Monaghan for plaintiff.

P. Daryl Wilson and Darren R. Bieganek for intervenor Province of Alberta Treasury Branches.

Mark E. Feehan and Matthew Feehan for intervenor J.C. Damar Developments Ltd.

SOLICITORS:

Cook Duke Cox, Edmonton, for plaintiff.

Cruikshank Karvellas, Edmonton, for intervenor Province of Alberta Treasury Branches.

Feehan and Feehan, Edmonton, for intervenor J.C. Damar Developments Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

Clarke, Malcolm A. *Shipbuilding Contracts*. London: Lloyd's of London Press, 1982.

Curtis, Simon. *The Law of Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1991.

Falconbridge on Mortgages, 4th ed. by W. B. Rayner and R. H. McLaren, Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1977.

Fridman, Gerald Henry Louis. *Sale of Goods in Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1986.

Goldrein, Iain S. *Ship Sale and Purchase: Law and Technique*, Lloyd's of London Press, 1985.

Halsbury's Laws of England, vol. 16, 4th ed. (Reissue), London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Ontario Law Reform Commission. *Report on Sale of Goods*, Vol. II, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985.

Thomas, D. R. *Maritime Liens*. London: Stevens & Sons, 1980.

REQUÊTE visant à faire déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire de l'*Edmonton Queen*. L'ordre de priorité habituel est appliqué.

AVOCATS:

David McEwen et Frank H. Monaghan pour la demanderesse.

P. Daryl Wilson et Darren R. Bieganek pour l'intervenante Province of Alberta Treasury Branches.

Mark E. Feehan et Matthew Feehan pour l'intervenante J.C. Damar Developments Ltd.

PROCUREURS:

Cook Duke Cox, Edmonton, pour la demanderesse.

Cruikshank Karvellas, Edmonton, pour l'intervenante Province of Alberta Treasury Branches.

Feehan and Feehan, Edmonton, pour l'intervenante J.C. Damar Developments Ltd.

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

1 HARGRAVE P.: These reasons arise out of a motion heard in Edmonton on January 11 and 12,

1 LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs font suite à une requête qui a été entendue à

1996, to determine priorities to the proceeds of the Court ordered sale of the 150-foot sternwheeler *Edmonton Queen*.

BACKGROUND

2 The original motion filed February 14, 1995, brought by the intervenor, Alberta Treasury Branches (Treasury Branches) sought, among other things, an order declaring that the Treasury Branches' mortgage of the *Edmonton Queen* had a first priority to the sale proceeds and to that end Treasury Branches filed contemporaneous affidavit material.

3 The priorities aspect of the motion was not dealt with until October 13, 1995, when the Associate Chief Justice set the hearing of the priorities motion for December 8, 1995, and determined the issues to be then considered. The motion as it now stands is to determine the priorities as among the plaintiff, Scott Steel Ltd. (Scott Steel), who claims a priority based on a possessory lien, Treasury Branches, who hold various security, but relevant to this motion a builder's mortgage which has matured into a registered marine mortgage and J.C. Damar Developments Ltd. (Damar), who supplied goods and services to go toward finishing the interior of the *Edmonton Queen* and who base their claim alternatively on a constructive possessory lien, a maritime lien, a garageman's lien, and an equitable lien and also raise the possibility of equitable division among the parties.

4 There are also the claims of Peter S. Hatfield Ltd. (Hatfield) and Wm. R. Brown & Associates Ltd. (Wm. R. Brown), the naval architects retained by the former owners for whose account the vessel was built. That claim was mentioned briefly by one of the counsel who now appears for Scott Steel.

Edmonton les 11 et 12 janvier 1996 et qui visait à déterminer l'ordre de collocation du produit de la vente judiciaire de l'*Edmonton Queen*, un bateau à roue arrière de 150 pieds.

GENÈSE DE L'INSTANCE

2 Dans la requête initiale qu'elle a déposée le 14 février 1995, l'intervenante, Alberta Treasury Branches (la Direction du Trésor) concluait notamment au prononcé d'une ordonnance déclarant que la créance hypothécaire qu'elle détenait sur l'*Edmonton Queen* devait être colloquée au premier rang lors du partage du produit de la vente. Au soutien de sa requête, la Direction du Trésor a déposé en même temps des affidavits.

3 Le volet de la requête relatif à l'ordre de priorité des créances n'a été abordé que le 13 octobre 1995, date à laquelle le juge en chef adjoint a fixé l'audition de cette requête au 8 décembre 1995 et a précisé les questions qui devaient alors être examinées. La requête dont je suis présentement saisi vise à déterminer l'ordre de priorité entre la demanderesse, la Scott Steel Ltd. (Scott Steel), qui affirme avoir un droit de préférence fondé sur un privilège possessoire, la Direction du Trésor, qui détient diverses sûretés—pour la présente requête, seul le privilège du constructeur qui s'est transformé en hypothèque maritime enregistrée nous intéresse—et la J.C. Damar Developments Ltd. (Damar), qui a fourni les biens et les services qui ont contribué à la finition de l'intérieur de l'*Edmonton Queen*. Ces divers créanciers fondent respectivement leur réclamation sur un privilège possessoire de droit, un privilège maritime, un privilège de garagiste et un privilège en *equity*, et ils évoquent également la possibilité d'un partage en *equity* du produit de la vente entre les parties.

4 Il y a également les créances de la Peter S. Hatfield Ltd. (Hatfield) et de la Wm. R. Brown & Associates Ltd. (Wm. R. Brown), les firmes d'architectes navals qui ont été engagées par les anciens propriétaires pour le compte desquels le navire a été construit. Ces créances ont été mentionnées brièvement par l'un des avocats qui comparait maintenant pour la Scott Steel.

5 The approach that I will take will be first to deal with priorities generally; second, to assign the usual ranking to the four claimants; third, the question of whether the usual ranking ought to be changed by reason of special circumstances; and finally, whether the equitable doctrine of marshalling ought to apply so as to require Treasury Branches to exhaust other security before looking to the vessel sale proceeds. However, before beginning all of this there is one point to make clear: the ranking of the priorities of the claimants does not provide, in this instance, approval of the amounts of the claims themselves. Proof of the claims will be on another day. Rather, the aim of this motion is to set out a framework of priorities by which to determine division of the ship sale proceeds at a later date.

THE CONVENTIONAL PRIORITIES

6 The ranking of maritime claims in Canada generally follows that in the United Kingdom, but, because there are some minor differences, one is best off to follow Canadian cases unless aware of the differences. The leading cases are *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; *Osborn Refrigeration Sales and Services Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661 (T.D.); and *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.). I would add to this list *The Monica S.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 113 (Adm. Div.), a decision of Mr. Justice Brandon. *The Monica S.* deals extensively with the position of a necessities supplier. Much of the analysis applies equally to anyone holding a statutory right *in rem* by reason of subsections 22(2) and 43(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and I note that this would include, for the purposes of the present proceeding, "any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship" (paragraph 22(2)(n) of the *Federal Court Act*).

5 La méthode que je me propose d'adopter consistera à traiter d'abord de l'ordre de priorité en général, à colloquer ensuite les créances des quatre créanciers selon l'ordre de priorité habituel, à déterminer si l'ordre de priorité habituel devrait être modifié en raison de l'existence de circonstances exceptionnelles et, finalement, à vérifier si la doctrine de collocation reconnue en *equity* devrait s'appliquer de façon à obliger la Direction du Trésor à réaliser d'abord ses autres sûretés avant de prétendre à une partie du produit de la vente du navire. Cependant, avant de commencer, il y a une chose que je tiens à préciser: la détermination du rang des créanciers n'emporte pas, en l'espèce, approbation du montant des créances elles-mêmes. Les créanciers devront faire la preuve de leurs créances un autre jour. La présente requête vise plutôt à établir l'ordre de priorité qui servira à déterminer plus tard le partage du produit de la vente du navire.

L'ORDRE DE PRIORITÉ CONVENTIONNEL

6 L'ordre de priorité des créances maritimes au Canada suit en règle générale celui qui existe au Royaume-Uni, mais, comme il existe certaines différences mineures, il est préférable de suivre la jurisprudence canadienne à moins de connaître les différences en question. Les décisions de principe sont les suivantes: *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1^{re} inst.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; *Osborn Refrigeration Sales and Services Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661 (1^{re} inst.); et *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1^{re} inst.). J'ajouterais à cette liste le jugement *The Monica S.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 113 (Adm. Div.), une décision du juge Brandon, dans laquelle ce dernier examine à fond la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires. Une grande partie de son analyse s'applique également à toute personne qui est titulaire d'un droit légal *in rem* en vertu des paragraphes 22(2) et 43(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], ce qui s'appliquerait notamment, dans le cadre de la présente instance, à «une demande fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d'équipement d'un navire» (alinéa 22(2)n) de la *Loi sur la Cour fédérale*).

7 I now turn to the pertinent priorities in Canada. In that Damar argues a number of alternatives, I have included those as well in the ranking, which is generally as follows:

1. Disbursements of the admiralty Marshal;
2. Costs of the sale, including the costs of the plaintiff in an action for arrest, appraisal and sale: in this instance portions of the claim of the intervenor, Treasury Branches, might fall within this category;
3. Possessory liens in which the possession predated other liens;
4. Maritime liens including the lien traditionally granted to a seaman for wages;
5. Possessory liens arising subsequent to a maritime lien;
6. The claim of a mortgage holder which, in Canada, includes the claim of a lender holding a builder's mortgage recorded at the Shipping Registry;
7. Statutory rights *in rem*, including for necessities (the supply of goods, materials and services) and those with claims arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship, which rank *pari passu* among themselves and with the claims of ordinary non-marine unsecured creditors, the status of which does not change so as to allow the claimant to become a secured creditor upon institution of an action.

A USUAL RANKING OF THE CLAIMANTS

8 In setting out the usual ranking of the present claimants I have assumed that the admiralty Marshal has no unsatisfied claims, but that his charges and disbursements have been met, from time to time, by

Je passe maintenant à l'ordre de priorité applicable au Canada. Étant donné que la Damar fait également valoir plusieurs autres créances, j'ai inclus celles-ci dans l'ordre de priorité applicable, qui est en règle générale le suivant:

1. Les débours du prévôt maritime;
2. Les frais de la vente, y compris les frais engagés par le demandeur dans le cadre d'une action en saisie, évaluation et vente d'un navire; en l'espèce, des parties de la créance de l'intervenante, la Direction du Trésor, pourraient tomber dans cette catégorie;
3. Les privilèges possessoires dont l'existence remonte à une date antérieure aux autres privilèges;
4. Les privilèges maritimes, y compris le privilège traditionnellement reconnu aux marins au titre de leur salaire;
5. Les privilèges possessoires postérieurs aux privilèges maritimes;
6. La créance du créancier hypothécaire, laquelle, au Canada, comprend la créance du prêteur qui détient une hypothèque de constructeur enregistrée dans le registre de la navigation;
7. Les droits légaux *in rem*, y compris les droits visant les approvisionnements nécessaires (de marchandises, de matériel et de services) et les créances découlant d'un contrat se rapportant à la construction, à la réparation ou à l'équipement d'un navire, qui sont colloqués *pari passu* entre eux et avec les créances des créanciers chirographaires non maritimes, dont le statut ne change pas, de manière à permettre au créancier de devenir un créancier garantissant une fois qu'une action en justice est intentée.

ORDRE DE PRIORITÉ HABITUEL DES CRÉANCIERS

8 Pour déterminer l'ordre de priorité habituel des présents créanciers, j'ai présumé que le prévôt maritime n'avait aucune créance non réglée, mais que ses frais et ses débours avaient été payés, à l'occasion,

Treasury Branches. The usual ranking, subject to any special circumstances, with which I will deal later, is as follows:

1. The claim of Treasury Branches for reimbursement as to the admiralty Marshal's agency costs and fees, which has also been touched upon in the order of August 31, 1994;

2. The claim of Treasury Branches for the appraisal and study costs, up to \$20,000, as provided for in the August 31, 1994, order and any other taxable costs and disbursements which Treasury Branches is able to show as instrumental in rendering the fund, the proceeds of the sale of the *Edmonton Queen*, available to the creditors;

3. The possessory lien claimed by Scott Steel;

4. The claim of Treasury Branches as the holder of a recorded builder's mortgage, which has now matured into a registered marine mortgage as provided for in section 46 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9]; and

5. The statutory rights *in rem* of Damar, Wm. R. Brown and Hatfield as suppliers of goods, materials or services and/or as holders of claims arising out of contracts relating to construction and equipping of the *Edmonton Queen* as provided in paragraphs 22(2)(m) and (n) of the *Federal Court Act*.

I have used the term "usual ranking" as in my view there are no immutable rules of ranking, but a usual ranking which is a manifestation of a consideration over the years of then current equitable concerns, public policy considerations and commercial realities.

9 I should note here the choice of terms by which to characterize the claims. The term "lien" is in the context of possessory liens and maritime liens and is

par la Direction du Trésor. Voici, sous réserve des circonstances spéciales applicables, l'ordre habituel de priorité, sur lequel je reviendrai plus loin:

1. La demande de remboursement de la Direction du Trésor en ce qui concerne les coûts et frais d'agence du prévôt maritime, demande qui a également été abordée dans l'ordonnance du 31 août 1994;

2. La demande de remboursement de la Direction du Trésor en ce qui concerne les frais d'évaluation et d'étude du navire, jusqu'à concurrence de la somme de 20 000 \$, ainsi qu'il est prévu dans l'ordonnance du 31 août 1994, de même que tous les autres frais et débours taxables dont la Direction du Trésor peut démontrer qu'il ont servi à constituer le gage commun des créanciers grâce au produit de la vente de l'*Edmonton Queen*;

3. Le privilège possessoire revendiqué par la Scott Steel;

4. La demande formulée par la Direction du Trésor en tant que titulaire d'une hypothèque de constructeur enregistrée, laquelle hypothèque s'est depuis transformée en hypothèque maritime enregistrée ainsi que le prévoit l'article 46 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9];

5. Les droits légaux *in rem* dont la Damar, Wm. R. Brown et Hatfield sont titulaires à titre de fournisseurs de marchandises, de matériel ou de services ou à titre de détenteur de créances découlant de contrats se rapportant à la construction et à l'équipement de l'*Edmonton Queen* au sens des alinéas 22(2)m) et n) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

J'ai employé l'expression «ordre de priorité habituel» parce que, à mon avis, il n'existe pas de principes immuables en matière de collocation, mais plutôt un ordre de priorité habituel qui reflète la prise en compte au fil des ans des préoccupations d'équité, des principes d'ordre public et des réalités commerciales applicables.

9 Je tiens à insister ici sur le choix des termes servant à qualifier les créances. Le terme «privilège» est employé dans le contexte des privilèges posses-

not to be confused with the claim, in Canada, of a mortgage holder. Finally, as Mr. Justice Addy pointed out in *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna*, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.), at page 384, one ought not to use the term “statutory lien” for those claiming a mere right *in rem*, but rather the proper term is a “statutory right *in rem*” when one refers to the claims of necessary suppliers and other claimants who do not strictly speaking have a lien, but rather have the use of a right *in rem* under subsection 43(2) of the *Federal Court Act* in order to enforce a debt.

SPECIAL CIRCUMSTANCES TO CHANGE THE RANKING

- 10 Maritime priorities have been shaped by considerations of equity, public policy and commercial expediency in order to produce a result that is just in the circumstances of each case. This is neatly set out in a passage from Thomas, D. R., in *Maritime Liens*, Stevens & Sons, 1980, at page 234:

There has to date been no attempt by the legislature, beyond giving a statutory priority to the maritime lien of the life salvor to lay down a precise scheme of priorities. Nor has the judiciary been attracted by such an approach. On the contrary, the Admiralty and Appellate Courts have adopted a broad discretionary approach with rival claims ranked by reference to considerations of equity, public policy and commercial expediency, with the ultimate aim of doing that which is just in the circumstance of each case. This is not however to suggest that the law is capricious, erratic or unpredictable. Arising from the “value” framework within which the Courts operate there have emerged various principles which are capable of providing reliable signposts to the likely attitude of the Courts.

Any change in the usual ranking of maritime priorities must be accomplished by the application of equitable principles.

soires et des privilèges maritimes et ne doit pas être confondu avec la créance que possède, au Canada, le créancier hypothécaire. Finalement, ainsi que le juge Addy l’a souligné dans le jugement *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Le Miss Donna*, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.), à la page 384, on ne devrait pas employer l’expression «privilège légal» dans le cas des personnes qui font valoir un simple droit *in rem*. L’expression juste est «droit légal *in rem*» lorsqu’on veut désigner les créances des fournisseurs d’approvisionnements nécessaires et les créances des autres créanciers qui ne possèdent pas au sens strict un privilège, mais à qui le paragraphe 43(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* reconnaît un droit *in rem* qui leur permet d’obtenir le paiement de leur créance.

CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES MODIFIANT L’ORDRE DE PRIORITÉ

- L’ordre de priorité des créances maritimes a été déterminé en fonction de considérations d’équité, d’ordre public et de commodité commerciale dans le but d’atteindre un résultat juste eu égard aux circonstances de chaque cas. Cette façon de procéder est bien résumée dans l’extrait suivant de l’ouvrage de Thomas, D. R., dans *Maritime Liens*, publié chez Stevens & Sons, 1980, à la page 234:

[TRADUCTION] Jusqu’à maintenant, le législateur n’a pas essayé d’établir un ordre de priorité précis. Il s’est contenté de reconnaître par voie législative une priorité au privilège maritime que détient la personne qui sauve des vies. Les tribunaux ne se sont pas non plus attaqués à cette question. Au contraire, les cours d’amirauté et les cours d’appels ont retenu une conception discrétionnaire large selon laquelle les créances concurrentes sont colloquées en fonction de considérations se rapportant à l’équité, à l’ordre public et aux commodités commerciales avec l’objectif ultime d’en arriver au résultat le plus juste possible eu égard aux circonstances de chaque cas. Je ne veux cependant pas laisser entendre que le droit est capricieux, instable ou imprévisible. À partir du cadre relatif à la «valeur» dans lequel ils fonctionnent, les tribunaux en sont venus à dégager divers principes qui donnent des repères fiables en ce qui concerne l’attitude probable des tribunaux.

Toute modification apportée à l’ordre habituel de priorité des privilèges maritimes doit être effectuée par application de principes d’équité.

- 11 The ranking of claims has changed over the years. However, at any given time the courts have been very hesitant, in any one case, to change the position of a claimant within the then established hierarchy. With this in mind it is useful to look at some of the early English and Canadian cases. One must bear in mind that at the time of the two English cases I have referred to, the English Admiralty Court had lost much of its equitable jurisdiction, a jurisdiction which was not regained until more recently. Similarly, our Canadian Admiralty Court, the Exchequer Court, did not have a full equitable jurisdiction until it was replaced by the Federal Court and the *Federal Court Act* in 1970 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. Thus in the early cases the courts were constrained to apply usual priorities. However, it is interesting to observe that later, when our Court and the English Admiralty Court regained a full equitable jurisdiction, few judges have ventured to upset the usual and expected priorities.
- L'ordre de priorité des créances a été modifié au fil des ans. Toutefois, quelle que soit l'époque considérée, les tribunaux se sont toujours montrés très réticents à modifier le rang qu'occupe un créancier déterminé dans la hiérarchie établie. Compte tenu de cette réserve, il est utile d'examiner certaines des décisions anglaises et canadiennes les plus anciennes. On ne doit pas oublier qu'à l'époque des deux décisions anglaises que j'ai mentionnées, la Cour d'amirauté d'Angleterre avait perdu une grande partie de sa compétence en *equity* et qu'elle n'a recouvré cette compétence que récemment. De même, notre tribunal canadien d'amirauté, la Cour de l'Échiquier, n'a obtenu une pleine compétence en *equity* qu'au moment où elle a été remplacée par la Cour fédérale lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale* en 1970 [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10]. Il s'ensuit que, dans les affaires les plus anciennes, les tribunaux étaient forcés d'appliquer l'ordre de priorité habituel. Il est toutefois curieux de constater que, plus tard, lorsque notre Cour et la Cour d'amirauté anglaise ont récupéré leur pleine compétence en *equity*, peu de juges se sont aventurés à modifier l'ordre de priorité habituel prévu.
- 12 The English Admiralty Court's admiralty jurisdiction was considered by the Privy Council as early as 1847 in the *Bernard v. Hyne—The Saracen*, [1847] 6 Moo. 56; (1847), 13 E.R. 604, the Privy Council there being of the view that equitable considerations ought to have their weight, although the Admiralty Court, not having a full equitable jurisdiction, could not order an equitable distribution of proceeds which would take away the priority of a prior petitioner (at pages 75-76/611-612).
- Le Conseil privé a examiné dès 1847 la compétence en droit maritime de la Cour d'amirauté d'Angleterre dans l'affaire *Bernard v. Hyne—The Saracen*, [1847] 6 Moo. 56; (1847), 13 E.R. 604. Dans cet arrêt, le Conseil privé s'est dit d'avis qu'il fallait tenir compte de considérations d'équité, mais que, comme elle ne possédait pas une compétence en *equity* complète, la Cour d'amirauté ne pouvait pas ordonner un partage en *equity* du produit de la vente qui aurait eu pour effet de supprimer la priorité d'un créancier antérieur (aux pages 75 et 76/611 et 612).
- 13 Dr. Lushington commented on the Admiralty Court's equitable jurisdiction in the context of a crew wage claim and equitable set-off, which he was unable to allow, in *In re The "Don Francisco"* (1861), Lush. 468; 167 E.R. 210 (H.C. Adm.), at pages 471/212 *et seq.*, to the effect that the Admiralty Court was a court of equity as well as of law, but that the extent to which it was a court of
- Le juge Lushington a formulé des observations au sujet de la compétence en *equity* de la Cour d'amirauté dans le contexte d'une demande de paiement de salaires de marins et de compensation en *equity* dans l'affaire *In re The "Don Francisco"* (1861), Lush. 468; 167 E.R. 210 (H.C. Adm.), aux pages 471/212 et suivantes. Il a rejeté la demande au motif que même si la Cour d'amirauté était un tribunal de

equity had not been clearly defined, notwithstanding some of the earlier cases, including *The Saracen*, *supra*. He contrasted the situation in the English courts then, with the broader equitable jurisdiction of the admiralty courts in the United States, who obtained their jurisdiction before the equitable jurisdiction of the admiralty courts in England was cut back by various decisions in the common law courts.

droit et d'*equity*, la mesure dans laquelle elle était un tribunal d'*equity* n'avait pas été définie avec précision, malgré certaines décisions antérieures, dont l'arrêt *The Saracen*, précité. Il a mis en contraste la situation qui existait à cette époque dans les tribunaux anglais avec la compétence en *equity* plus étendue que possédaient les tribunaux d'amirauté des États-Unis, qui avaient obtenu leur compétence avant que la compétence en *equity* des tribunaux d'amirauté d'Angleterre ne soit restreinte par suite de diverses décisions rendues par des tribunaux de common law.

14 Mr. Justice Anglin, writing the majority decision in the *Montreal Dry Docks Co. v. Halifax Shipyards* (1920), 60 S.C.R. 359, picked up the fact that the Exchequer Court did not possess a full equitable jurisdiction, but went on to point out that since the Admiralty Court had jurisdiction over various claims against the *res* it could see that an injustice not be done within that framework: the Court was not about to let other claimants be unjustly enriched when a ship repairer, in possession, did work on a vessel after an arrest, following which it was sold in an action by other creditors.

14 Le juge Anglin, qui a rédigé la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Montreal Dry Docks Co. v. Halifax Shipyards* (1920), 60 R.C.S. 359, a relevé le fait que la Cour de l'Échiquier ne possédait pas une pleine compétence en *equity*, mais il a poursuivi en soulignant que, comme la Cour d'amirauté était compétente à l'égard de diverses créances dirigées contre la chose, elle pouvait s'assurer qu'aucune injustice ne soit commise dans ce cadre. La Cour n'allait pas laisser d'autres créanciers s'enrichir injustement alors que le réparateur du navire, qui avait la possession du navire, avait effectué des travaux sur le navire après la saisie à la suite de laquelle le navire avait été vendu dans le cadre d'une action intentée par d'autres créanciers.

15 I have referred to these earlier cases to indicate that historically the admiralty courts, both here and in England, were constrained by their lack of jurisdiction in upsetting established priorities. However, this has changed, both in England and, in our own situation, with the 1970 enactment of the *Federal Court Act*, which constituted the Federal Court as a court of equity.

15 J'ai mentionné ces anciennes décisions pour montrer que, historiquement, les tribunaux d'amirauté, tant ici qu'en Angleterre, étaient limités dans leur pouvoir de modifier l'ordre de priorité établi à cause de leur manque de compétence. Mais cette situation a changé tant en Angleterre qu'au Canada, par suite, dans notre cas, de l'adoption en 1970 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui a constitué la Cour fédérale en tant que tribunal d'*equity*.

16 In the modern English context Mr. Justice Hewson considered whether he ought to grant necessities suppliers a priority over the mortgage holders in *The Pickaninny; Hammond & Co.*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 533 (Adm. Div.), at page 537. His view was that the Court ought to be slow to depart from the usual order of priorities and then do so only where there was very strong reliable evidence:

16 Dans le contexte anglais contemporain, le juge Hewson s'est demandé, dans l'affaire *The Pickaninny; Hammond & Co.*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 533 (Adm. Div.), à la page 537, s'il devait accorder aux fournisseurs d'approvisionnement nécessaires un droit de priorité sur les créanciers hypothécaires. Il s'est dit d'avis que le tribunal devait hésiter à s'écarter de l'ordre de priorité habituel et

It seems to me that there would have to be very strong reliable evidence before a Court could upset the normal run of priorities established by judgments over many years in the Admiralty Court. I have been referred to several cases, namely, *The Scio*, (1867) L.R. 1 A. & E. 353; also to a passage from *The Zigurds*, [1932] P. 113; (1932) 43 Ll.L.Rep. 387, and to *Bristow v. Whitmore*, (1861) 9 H.L.C. 391. These cases, so far as they assist me in this particular motion, indicate that the Court must be slow to depart from the usual order of priorities.

I now turn to two Canadian cases dealing with the equitable tempering of priorities.

17 Mr. Justice Walsh commented on the fundamental rules of priorities in *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661 (T.D.), at page 686 *et seq.* where, after some consideration, he stated the proposition that priorities do not rest on a rigid application of rules, but rather on the principle of doing equity to the parties in the circumstances of each particular case. He concluded that the priorities, so far as the proceeds of the *Atlantean I* were concerned, ought to be equitably tempered. But the adjustments made to the usual priorities, in *The Atlantean I*, were very minor and generally had to do with the cost of preserving the vessel, subsequent to the sale, in order to deliver up the vessel in proper condition to the purchaser. Now this seems a reasonable conclusion. However, when the Court of Appeal dealt with *The Atlantean I* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, Mr. Justice Pratte pointed out that costs incurred, in the nature of necessities, after the date the Court ordered the sale, but before the vessel was delivered up to the purchaser, did not have an enhanced priority.

18 The outcome in *The Atlantean I* indicates to me that priorities ought not to be departed from except

qu'il ne devait le faire que dans les cas où on lui présentait des éléments de preuve solides et fiables:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il faudrait qu'on lui présente des éléments de preuve solides et fiables avant qu'un tribunal puisse modifier l'ordre de priorité habituel qui a été établi sur un grand nombre d'années par la Cour d'amirauté. On m'a cité plusieurs décisions, à savoir *The Scio*, (1867) L.R. 1 A. & E. 353, ainsi qu'un extrait du jugement *The Zigurds*, [1932] P. 113; (1932) 43 Ll.L.Rep. 387, et la décision *Bristow v. Whitmore*, (1861) 9 H.L.C. 391. Il ressort de ces décisions—dans la mesure où elles me sont utiles pour trancher la requête dont je suis saisi—que le tribunal doit hésiter à s'écarter de l'ordre de priorité habituel.

Je passe maintenant à l'examen de deux décisions canadiennes qui traitent de l'adoucissement selon l'*equity* des règles régissant l'ordre de priorité.

Le juge Walsh a formulé des observations au sujet 17 des règles fondamentales régissant l'ordre de priorité dans le jugement *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661 (1^{re} inst.), à la page 686 et suivantes, où, après avoir examiné les règles applicables, il affirme que l'ordre de priorité ne repose pas sur une application rigide de principes, mais plutôt sur le principe voulant que, dans des cas d'espèce, il faille tenir compte de considérations d'équité. Il a conclu qu'en ce qui concernait le produit de la vente de l'*Atlantean I*, l'ordre de priorité devait être adouci par l'*equity*. Mais les modifications qui ont été apportées à l'ordre de priorité habituel dans le jugement *L'Atlantean I* étaient très mineures et se rapportaient en règle générale aux frais de conservation du navire, qui avaient été engagés après la vente pour remettre le navire en bon état à l'acquéreur. Voilà une conclusion qui semble raisonnable. Toutefois, lorsque la Cour d'appel a examiné le jugement *L'Atlantean I* à (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, le juge Pratte a souligné que les frais—qui étaient de la nature d'approvisionnements nécessaires—qui avaient été engagés après la date à laquelle la Cour avait ordonné la vente, mais avant que la navire ne soit livré à l'acquéreur, ne bénéficiaient pas d'un meilleur rang dans l'ordre de priorité.

Selon moi, il ressort de l'issue de l'affaire 18 *L'Atlantean I* qu'on ne devrait s'écarter de l'ordre

in very special circumstances or, as Mr. Justice Rouleau put it in the *Metaxas v. The Galaxias*, [1989] 1 F.C. 386 (T.D.), at page 423, “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 necessary to prevent an obvious injustice.”

19 In *The Galaxias* the issue of interest is the claim of Naftikon Apomachicon Tameion (NAT), a Greek statutory seamen’s union akin to a Canadian Crown corporation. The vessel was registered in Greece. Despite the Court ordered sale, the Greek government made it clear that unless NAT was paid in full out of the proceeds of the sale of the vessel, the Greek government would not close the Greek registry, thus preventing the transfer of the vessel to the new owners. In effect, NAT sought to have the Court adjudicate on the merits of its claim yet, with the backing of the Greek authorities, was in a position to exert pressure “tantamount to blackmail” in the event that the Court did not recognize NAT’s claims (at page 426).

20 It was in this context that Mr. Justice Rouleau formulated what I take to be the present Canadian rule, that the Court’s equitable jurisdiction, to upset the priorities long established in Canadian maritime law, should only be exercised where necessary to prevent an obvious injustice. Notwithstanding the conduct of NAT, Mr. Justice Rouleau allowed the claim of NAT, subject to minor reimbursements to the purchasers, to the Sheriff and subject to the provision, by the Greek Shipping Registry, of a certificate of deletion of registry to allow the vessel to be transferred to the new owners. However, despite the reprehensible conduct on the part of NAT, the apparent priorities were not altered.

21 At about the same time that Mr. Justice Rouleau decided *The Galaxias*, *supra*, Mr. Justice Brandon of

de priorité que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles ou, pour reprendre les paroles du juge Rouleau dans le jugement *Metaxas c. Le Galaxias*, [1989] 1 C.F. 386 (1^{re} inst.), à la page 423: «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.»

En ce qui concerne l’affaire *Le Galaxias*, la question qui nous intéresse est la créance de Naftikon Apomachicon Tameion (NAT), un syndicat de marins grecs créé par la loi et semblable à une société d’État canadienne. Le navire était immatriculé en Grèce. Malgré le fait que le tribunal avait ordonné la vente en justice du navire, le gouvernement grec avait bien précisé qu’à moins que NAT ne soit remboursé intégralement avec le produit de la vente du navire, le gouvernement grec ne fermerait pas le registre grec, empêchant ainsi le transfert du navire à ses nouveaux propriétaires. NAT essayait en fait d’obtenir que la Cour se prononce sur le fond de sa demande. Cependant, avec l’appui des autorités grecques, NAT se trouvait dans une situation où il pouvait exercer des pressions qui «équiva[laient] à [du] chantage» dans l’éventualité où la Cour ne reconnaîtrait pas ses réclamations (à la page 426).

C’est dans ce contexte que le juge Rouleau a formulé ce que j’estime être le principe actuellement applicable au Canada, à savoir que la compétence en *equity* qui permet à la Cour fédérale de modifier l’ordre de priorité établi depuis longtemps en droit maritime canadien ne devrait être exercée que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante. Malgré la conduite de NAT, le juge Rouleau a fait droit à sa réclamation, sous réserve de certains remboursements mineurs aux acquéreurs, au shérif et sous réserve de la délivrance, de la part des autorités chargées de tenir le registre grec de la navigation, d’un certificat de radiation du navire du registre, pour permettre le transfert du navire aux nouveaux propriétaires. Toutefois, malgré la conduite répréhensible de NAT, l’ordre des priorités apparent n’a pas été modifié.

À peu près au même moment où le juge Rouleau rendait le jugement *Le Galaxias*, précité, le juge

19

20

21

the Queen's Bench Division, Admiralty Court, decided *The Lyrma (No. 2)*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30, a contest between salvors and the crew who claimed, among other things, wages earned both before and after the salvage. For various reasons, including serious financial hardship, the seamen contended that their claim should come before that of the salvor. Mr. Justice Brandon considered the priority of the salvage claim, based on the equitable idea that the salvors, through their services having preserved the vessel, ought to be paid first, even if there were other liens which had on the one hand attached earlier or on the other hand had attached later and might arguably take priority in inverse order of attachment. In upholding the priority of the salvor he said [at page 33]:

The equitable basis of the principle appears to me to be sound. Even if I thought otherwise, however, the principle has been established for so long that I do not consider that I should be justified in departing from it, unless perhaps it could be shown that, on the special facts of a particular case, the application of the principle produced a plainly unjust result.

22 These two views, by Justices Rouleau and Brandon, are not particularly different. In *The Galaxias* it is that equitable powers should only be used to upset priorities long established in Canadian maritime law where it was necessary to prevent an obvious injustice and in *The Lyrma (No. 2)*, that established priorities ought not to be departed from "unless perhaps it could be shown that, on the special facts of the particular case, the application of the principle produced a plainly unjust result." However, both of these phrasings of the test, and particularly that flowing from the facts in *The Galaxias*, point to a heavy onus on the part of Treasury Branches to upset the usual long-established priorities.

Brandon, de la Division du Banc de la Reine de la Cour d'amirauté, prononçait son jugement dans l'affaire *The Lyrma (No. 2)*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30. Il s'agissait d'un différend opposant des sauveteurs et des membres d'équipage qui réclamaient notamment le salaire qu'ils avaient gagné tant avant qu'après le sauvetage. Pour diverses raisons—notamment de graves difficultés financières —, les marins prétendaient que leur créance devait prendre rang devant celle des sauveteurs. Le juge Brandon a examiné le rang qu'occupait la créance du sauveteur, en se fondant sur le principe d'*equity* suivant lequel les sauveteurs devaient être payés en premier en raison du fait que leurs services avaient permis de conserver le navire et ce, même s'il existait d'autres privilèges qui avaient, d'une part, grevé le navire à une date antérieure ou qui, d'autre part, avaient grevé le navire à une date ultérieure et dont on pouvait prétendre qu'ils prenaient rang dans l'ordre inverse des dates auxquelles ils avaient grevé le navire. Pour confirmer la priorité de la créance des sauveteurs, le juge a déclaré [à la page 33]:

[TRADUCTION] Le fondement en *equity* du principe me semble solide. Même si j'étais d'un autre avis, le principe est établi depuis tellement longtemps que je ne crois pas que je serais justifié de m'en écarter, à moins peut-être qu'on puisse démontrer que, vu les faits particuliers d'une affaire déterminée, l'application de ce principe produirait un résultat manifestement injuste.

L'opinion du juge Rouleau et celle du juge Brandon ne sont pas particulièrement différentes. Dans l'affaire *Le Galaxias*, le juge Rouleau s'est dit d'avis que la Cour ne devait recourir à sa compétence en *equity* pour modifier l'ordre de priorité établi depuis longtemps en droit maritime canadien que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante, tandis que, dans la décision *The Lyrma (No. 2)*, le juge Brandon a statué qu'on ne devait pas s'écarter des principes régissant l'ordre de priorité établi [TRADUCTION] «à moins peut-être qu'on puisse démontrer que, vu les faits particuliers d'une affaire déterminée, l'application de ce principe produirait un résultat manifestement injuste». Il ressort cependant de ces deux formulations du critère—en particulier celle qui découle des faits de l'affaire *Le Galaxias*—que la Direction du Trésor doit s'acquitter d'une lourde charge de preuve avant

CONSIDERATION OF THE PRIORITY OF SCOTT STEEL

- 23 There are two issues to consider in establishing the priority of Scott Steel: Treasury Branches submits first, that Scott Steel does not have a possessory lien; and second, that even if Scott Steel has a possessory lien, Scott Steel, through its actions, has lost its priority over Treasury Branches' claim as mortgage holder, for to hold otherwise would be an unjust result. That Scott Steel did not file an affidavit setting out their claim, under subsection 1008(2) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] is, as pointed out by the Associate Chief Justice in his order of October 3, 1995 [[1995] F.C.J. No. 1303 (T.D.) (QL)], not an issue. In addition, there are many cases in which a creditor claiming against vessel proceeds has been added as a claimant at a later date.

Scott Steel's claim to a possessory lien

- 24 Treasury Branches' approach, that counsel submits denies the existence of a possessory lien to Scott Steel, is that Scott Steel agreed to provide, launch and deliver a vessel that had completed sea trials, for a set price and as such the arrangement is merely a contract for the sale of goods, referring to *Casden v. Cooper Enterprises Ltd. et al.* (1993), 151 N.R. 199 (F.C.A.). In that case a vessel, originally to be delivered at a fixed price, later had extras added. Mr. Justice Linden of the Federal Court of Appeal held, not surprisingly, that it was a sale of goods and indeed, in shipbuilding situations, many *Sale of Goods Act* [R.S.B.C. 1979, c. 370] provisions normally come into play. Mr. Justice Linden went on to consider sale of goods concepts including sale by description and fitness for purpose, but not any issue directly bearing on liens. But all of this does not particularly assist Treasury Branches,

que l'ordre de priorité qui est établi depuis longtemps puisse être modifié.

EXAMEN DU RANG DE LA CRÉANCE DE LA SCOTT STEEL

Il y a deux questions à examiner pour déterminer le rang que doit occuper la créance de la Scott Steel. En premier lieu, la Direction du Trésor soutient que la Scott Steel n'a pas de privilège possessoire. En second lieu, elle affirme que, même si elle possède un privilège possessoire, la Scott Steel a, en raison de ses agissements, perdu son droit de préférence sur la créance que possède la Direction du Trésor à titre de créancière hypothécaire, car statuer autrement conduirait à un résultat injuste. Le fait que la Scott Steel n'ait pas produit d'affidavit exposant sa réclamation conformément au paragraphe 1008(2) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], ainsi que le juge en chef adjoint l'a souligné dans son ordonnance du 3 octobre 1995 [[1995] F.C.J. n° 1303 (1^{re} inst.) (QL)], n'est pas en litige. En outre, il y a de nombreux cas dans lesquels un créancier ayant des prétentions sur le produit de la vente d'un navire a été ajouté à titre de réclamant à une date ultérieure.

Revendication de privilège possessoire de la Scott Steel

24 La thèse de la Direction du Trésor—qui, selon l'avocat, nie l'existence du privilège possessoire de la Scott Steel—est que la Scott Steel a convenu de fournir, de lancer et de livrer à un prix déterminé un navire dont les essais en mer étaient terminés, et que cette entente constitue simplement, en tant que telle, un contrat de vente d'objet (*Casden c. Cooper Enterprises Ltd. et al.* (1993), 151 N.R. 199 (C.A.F.)). Dans cette affaire, des ajouts ont été faits à un navire, qui devait initialement être livré en contrepartie du paiement d'un prix déterminé. Le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, a statué—comme on pouvait s'y attendre—qu'il s'agissait d'une vente d'objet. D'ailleurs, en matière de construction de navires, bon nombre des dispositions de la *Sale of Goods Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 370] s'appliquent habituellement. Le juge Linden a poursuivi en analysant des concepts relatifs à la vente d'objets, notamment la

for even under the *Sale of Goods Act* an unpaid vendor has a possessory lien. Indeed, the *Sale of Goods Act* is a codification and any common law builder's lien or repairers lien still survives, to the extent that such are not inconsistent with the Act. Treasury Branches may be saying that there is no possessory lien for the price of a generic chattel, one of which a supplier may take off his shelf and supply to anyone: I will deal with that argument shortly within the context of *Woods v. Russell* (1822), 5 B. & Ald. 942; 106 E.R. 1436 (K.B.).

25 Treasury Branches says that a vendor may maintain a lien only for the price of the goods retained, but no other charges in the nature of extras and refers to the 1860 case of *Somes and Others v. British Empire Shipping Co.*, [1843-60] All E.R. Rep. 844 [hereinafter referred to *British Empire*], a decision of the House of Lords. That case stands for the proposition that a ship repairer, claiming a possessory lien, may not (outside of a specific contractual provision) add into his lien the cost of storage. This has always been a sore point with shipbuilders and repairers, who have no summary remedy and may not sell a vessel under a possessory lien, but must keep and look after the vessel until it is sold by some other means or party. The case is still good law. To the extent that any of Scott Steel's claim is for storage of the vessel, it would not be secured by a lien. However, the *British Empire* does not stand for the proposition that proper extras, beyond the contract price, such as time, equipment and material, may not be the subject of the possessory lien: see also *The Katingaki*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 372 (Q.B. Adm. Ct.), a decision of Mr. Justice Brandon.

vente par désignation et l'adaptation à la destination, mais n'a pas abordé de questions se rapportant directement aux privilèges. Mais toutes ces considérations n'aident pas directement la Direction du Trésor car, même sous le régime de la *Sale of Goods Act*, le vendeur impayé possède un privilège possessoire. D'ailleurs, la *Sale of Goods Act* est une codification et tout privilège de constructeur ou de réparateur reconnu en common law survit toujours, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les dispositions de la Loi. La Direction du Trésor peut affirmer qu'il n'existe pas de privilège possessoire en ce qui concerne le prix d'un objet générique que le fournisseur peut prendre sur ses étagères et fournir à quiconque. J'analyserai cet argument sous peu en examinant l'arrêt *Woods v. Russell* (1822), 5 B. & Ald. 942; 106 E.R. 1436 (K.B.).

25 La Direction du Trésor affirme que le vendeur ne peut faire valoir son privilège que pour le prix des marchandises retenues, mais pas en ce qui concerne les autres frais se rapportant à des ajouts, et elle cite à cet effet une décision rendue en 1860, l'arrêt *Somes and Others v. British Empire Shipping Co.*, [1843-60] All. E.R. Rep. 844 [ci-après appelé *British Empire*], un arrêt de la Chambre des lords. Cet arrêt appuie la proposition que le réparateur de navires qui revendique un privilège possessoire ne peut pas—sauf s'il existe un disposition contractuelle précise contraire—inclure les frais d'entreposage dans sa réclamation. Les constructeurs et les réparateurs de navires, qui n'ont pas de recours sommaire et qui ne peuvent pas faire vendre un navire en vertu d'un privilège possessoire mais qui doivent conserver et surveiller le navire jusqu'à ce qu'il soit vendu par un autre moyen ou par une autre personne, ont toujours été très chatouilleux sur ce point. Cet arrêt énonce toujours l'état du droit. Dans la mesure où une partie quelconque de la créance de la Scott Steel concerne l'entreposage du navire, elle ne serait pas garantie par un privilège. L'arrêt *British Empire* n'appuie cependant pas la proposition que les ajouts légitimes non prévus au contrat, comme le temps, l'équipement et les matériaux, ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège possessoire (voir également le jugement *The Katingaki*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 372 (Q.B. Adm. Ct.), une décision du juge Brandon).

26 Treasury Branches goes on to say that common law possessory liens arise where an owner delivers a vessel into the possession of a repairer. That is true, so far as the proposition goes, however, there is also a common law lien available to a shipbuilder in possession for the unpaid portion of the price: see for example *Woods v. Russell*, *supra*, which I will later deal with in more detail, *Ex parte Lambton. In re Lindsay* (1875), L.R. 10 Ch. App. 405 and *Ex parte Willoughby. In re Westlake* (1881), 16 Ch. D. 604, the latter involving new construction and the possessory lien of engineers to steam machinery provided for the vessel. Again, these cases are still good law. That there are no modern reported shipbuilder's possessory lien cases of which I am aware is probably an indication that the right of a shipbuilder in possession to claim a lien is so well established that it has not been litigated in recent years. Indeed, the modern textbooks dealing with particular liens in the marine context generally touch on the shipbuilder's possessory lien only briefly.¹

27 Treasury Branches says that in the *Edmonton Queen* we have new construction, paid for by instalments, with the final balance not due until the vessel was delivered following sea trials. The submission then is that Scott Steel would have had to give up possession for sea trials, with owners to provide the crew for the sea trials, before the final payment was due. The result, on this line of argument, was an agreement to give up possession and thus destructive of the lien. This latter idea is generally although not exclusively an American concept where, in addition, one must keep in mind that ship construction is not a maritime matter. This is not to say that there may not be a waiver of a lien, for example the lien of an unpaid seller in possession, the question being one of fact, however, there are no facts to support waiver in this instance.

26 La Direction du Trésor poursuit en affirmant que les privilèges possessoires reconnus en common law naissent lorsqu'un propriétaire confie un navire aux soins d'un réparateur. Cette proposition est vraie, mais la common law reconnaît par ailleurs un privilège au constructeur de navire qui a la possession de ce dernier, pour la partie impayée du prix. Voir, par exemple, les décisions *Woods v. Russell*, précitée, que j'examinerai plus en détail plus loin, et *Ex parte Lambton. In re Lindsay* (1875), L.R. 10 Ch. App. 405 et *Ex parte Willoughby. In re Westlake* (1881), 16 Ch. D. 604. Cette dernière décision portait sur une nouvelle construction et sur le privilège possessoire des ingénieurs sur les machines à vapeur fournies pour le navire. Là encore, ces décisions énoncent toujours l'état du droit. Le fait qu'il n'y ait pas, à ma connaissance, de décisions publiées récentes concernant le privilège possessoire du constructeur de navires permet probablement de penser que le droit du constructeur de navires en la possession de qui se trouve le navire de revendiquer un privilège est tellement bien établi qu'il n'a pas été débattu devant les tribunaux au cours des dernières années. D'ailleurs, les ouvrages de doctrine traitant de privilèges déterminés dans le contexte du droit maritime n'abordent en règle générale que brièvement la question du privilège du constructeur de navires¹.

27 La Direction du Trésor affirme que, dans le cas de l'*Edmonton Queen*, nous sommes en présence d'une nouvelle construction, qui est payée au moyen de versements échelonnés, et dont le solde final n'est devenu exigible qu'après que le navire eut été livré après les essais en mer. Elle soutient donc que la Scott Steel aurait été obligée de renoncer à la possession du navire pour les essais en mer et que les propriétaires auraient eu à fournir l'équipage pour les essais en mer, avant que le versement final ne devienne exigible. Ce raisonnement a conduit à la conclusion d'une entente par laquelle il y a eu renonciation à la possession du navire, ce qui a aussi eu pour effet de détruire le privilège. Cette dernière idée est, en règle générale mais pas exclusivement, un concept qui a cours aux États-Unis, où l'on doit par ailleurs se souvenir que la construction navale n'est pas considérée comme une question maritime. Cela ne veut pas dire qu'on ne puisse pas renoncer

28 I reject the concept of destruction of a possessory lien, in this instance by implication from the contract, but in any event, the universally customary procedure on sea trials, and I expect that if Scott Steel did not explicitly know of it they would have done it as a matter of course, is to have a builder's representative aboard ship who retains possession, notwithstanding that the crew is almost always, as is custom, provided by the vessel owner. In this way there is no question of possession being given up, to the detriment of the shipbuilder and the benefit of the owner and his lenders, until the final instalment is paid. In that context, any holdback, following delivery by the shipbuilder, may be put into trust.

29 In answer generally to Treasury Branches' submissions that Scott Steel has no possessory lien as builder I would refer to *Woods v. Russell*, *supra* in which new construction was to be paid for by instalments, payable at various stages of construction, to a total of £ 3,000. The shipbuilder, who had possession, assigned his interest to the plaintiffs. Chief Justice Abbott pointed out that while the plaintiffs were not entitled to recover the general value of the ship, the plaintiffs, through the builder and notwithstanding that the general ownership had passed to the owner of the vessel, would have a lien on the vessel for the residue of the price, that lien remaining until the third and fourth instalments were paid on the launching of the vessel. He went on to hold that the builder was entitled to so much of the fourth instalment as had been earned, the ship being incomplete.

au privilège, par exemple dans le cas du vendeur impayé qui se trouve en possession du bien vendu. La question est une question de fait. Il n'y a cependant en l'espèce aucun fait qui appuie une telle renonciation.

28 Je rejette le concept de la destruction du privilège possessoire, destruction qui, dans le cas qui nous occupe, pourrait être déduite de façon implicite du contrat. De toute façon, la coutume qui est universellement suivie, en matière d'essais en mer—et j'estime que si la Scott Steel ne la connaissait pas expressément, il va sans dire qu'elle l'aurait fait—consiste à faire venir à bord du navire un représentant du constructeur qui conserve la possession, malgré le fait que l'équipage est presque toujours, comme le veut la coutume, fourni par le propriétaire du navire. De cette manière, il n'est pas question de renoncer à la possession au détriment du constructeur du navire et au profit du propriétaire et de ses prêteurs tant que le versement final n'est pas fait. Dans ce contexte, toute retenue de garantie effectuée après la livraison du navire par son constructeur peut être mise en fiducie.

29 Pour répondre de façon générale aux moyens que la Direction du Trésor fait valoir pour affirmer que la Scott Steel ne possède pas de privilège possessoire à titre de constructeur, je citerais l'affaire *Woods v. Russell*, précitée, dans laquelle une nouvelle construction devait être payée par versements échelonnés, payables à diverses étapes de la construction, jusqu'à concurrence d'un total de 3 000 £. Le constructeur du navire, qui avait la possession de celui-ci, avait cédé ses droits aux demandeurs. Le juge en chef Abbott a souligné que, même s'ils n'avaient pas le droit de récupérer la valeur générale du navire, les demandeurs avaient, par l'intermédiaire du constructeur et malgré le fait que la propriété générale avait été transmise au propriétaire du navire, un privilège sur le navire pour le solde du prix, et que ce privilège demeurerait tant que le troisième et le quatrième versements ne seraient pas faits après le lancement du navire. Il a poursuivi en statuant que le constructeur avait droit à la fraction du quatrième versement qu'il avait gagnée, compte tenu du fait que la construction du navire n'avait pas été achevée.

30 Now there is at least one shipbuilding case, in a line of similar cases, in which the builder did not have a possessory lien, and that is *Mucklow v. Mangles* (1808), 1 Taunt. 318; 127 E.R. 856, an appeal from the Court of Common Pleas. In that case the shipbuilder undertook to build a barge. The shipbuilder went into bankruptcy. The customer, who had paid for the whole of the value of the barge by course of construction advances, was held to have no property right in the barge (and the corollary to this would be that the shipbuilder would have no possessory lien). That case hinged on the observation that "A tradesman often finishes goods, which he is making in pursuance of an order given by one person, and sells them to another." (at pages 320/856).

31 *Mucklow v. Mangles* was a case distinguished in *Woods v. Russell*, in the course of granting a possessory lien. In addition, *Mucklow v. Mangles* was considered in *Carruthers v. Payne* (1828), 5 Bing. 270; 130 E.R. 1065 (C.P.D.), where the goods had passed from a chariot builder to the owner. Similarly, in *Elliott v. Pybus* (1834), 10 Bing. 512; 131 E.R. 993 (C.P.D.), the Appellate Court explained *Mucklow v. Mangles* on the basis that there had been no passage of title to the customer, while the goods were being manufactured, and that is certainly not the present case, as there was passage of title during the construction of the *Edmonton Queen*. Indeed, there is no contention that the then owners of the *Edmonton Queen* did not have title to mortgage to obtain funding for construction.

32 The passage of title to the then owners of the *Edmonton Queen* may also be contrasted with the situation in *Atkinson v. Bell* (1828), 8 B. & C. 277; 108 E.R. 1046 (K.B.), involving the manufacture of spinning frames. In *Atkinson v. Bell* there was no

Il existe par ailleurs, dans une série d'affaires semblables, au moins une affaire de construction de navires dans laquelle le constructeur n'avait pas de privilège possessoire. Il s'agit de l'affaire *Mucklow v. Mangles* (1808), 1 Taunt. 318; 127 E.R. 856, un appel d'un jugement de la Cour des plaids communs. Dans cette affaire, le constructeur de navires avait entrepris la construction d'un chaland. Le constructeur de navires a fait faillite. La Cour a jugé que le client, qui avait payé la valeur intégrale du chaland au moyen d'avances consenties au cours de la construction, n'avait aucun droit de propriété sur le chaland—et, en corollaire, que le constructeur de navires n'avait aucun privilège possessoire. Cette décision tournait autour de l'observation suivante: [TRADUCTION] «Il arrive souvent qu'un artisan fabrique des marchandises conformément à une commande donnée par une personne et qu'il les vende à une autre personne» (aux pages 320/856).

Dans l'arrêt *Woods v. Russell*, le tribunal a reconnu l'existence d'un privilège possessoire et a jugé que l'affaire *Mucklow v. Mangles* portait sur des faits différents. La décision *Mucklow v. Mangles* a également été examinée dans l'affaire *Carruthers v. Payne* (1828), 5 Bing. 270; 130 E.R. 1065 (C.P.D.), dans laquelle les marchandises avaient été transmises d'un constructeur de chariots au propriétaire. De même, dans l'arrêt *Elliott v. Pybus* (1834), 10 Bing. 512; 131 E.R. 993 (C.P.D.), la Cour d'appel a expliqué la portée de l'arrêt *Mucklow v. Mangles* en déclarant qu'il n'y avait pas eu transfert du droit de propriété au client au cours de la fabrication des marchandises, ce qui n'est certainement pas le cas en l'espèce, étant donné que le titre de propriété a été transféré au cours de la construction de l'*Edmonton Queen*. D'ailleurs, nul ne prétend que les personnes qui étaient alors propriétaires de l'*Edmonton Queen* ne possédaient pas le droit de propriété nécessaire pour hypothéquer le navire afin d'obtenir du financement pour sa construction.

Le transfert du titre de propriété aux personnes qui étaient alors propriétaires de l'*Edmonton Queen* peut également être mis en contraste avec la situation qui existait dans l'affaire *Atkinson v. Bell* (1828), 8 B. & C. 277; 108 E.R. 1046 (K.B.), qui

passage of title and for that reason the Appellate Court distinguished *Woods v. Russell* by pointing out that the ship, in that case, was irrevocably appropriated to the buyer. These cases not only assist in explaining *Woods v. Russell*, but also point to the fact that the argument of Treasury Branches, that Scott Steel does not have a possessory lien, just does not hold up.

33 In summary, the possessory lien of a shipbuilder is really no different than the possessory lien of a ship repairer, for in both instances it is a matter of an artificer putting labour and materials into the making or repairing of a chattel followed by retention of possession until payment or discharge of a debt, all an old common law concept. At this point I would add that it is not necessary that the work be completed before the right to retain possession accrues: see for example *Woods v. Russell*, *supra* and *The Tergeste* (1902), 9 Asp. Mar. Law Cas. 356, in which Mr. Justice Phillimore pointed out not only that a possessory lien begins when the shipyard takes possession of the vessel, although there may not be any amount due in respect of which the lien would operate until work is done, but also that the shipyard might have a possessory lien for work done though the shipyard had not finished all of the agreed work [at page 357]:

The shipwrights contend that if the contract here was to do certain work, it always included the term, to do it if they were paid reasonable sums in part payment as they went along, not an advance, but in part payment for work already done before they proceeded to the next thing; and if that payment was not made then the shipwright, or any other artificer, is entitled to review his work, and say, "I have done work worth so much; true I have contracted to do other work, but it is not reasonable I should do it as I have not been paid, and in respect of work I have done I claim payment." In my judgment Messrs. Rait and Gardiner had here a possessory lien for the work which they had done, though they had not finished all the work.

portait sur la fabrication de métiers à filer. Dans l'affaire *Atkinson v. Bell*, il n'y avait pas eu transfert du titre de propriété et, pour cette raison, le tribunal d'appel a établi une distinction entre les faits de cette affaire et ceux de l'affaire *Woods v. Russell* en soulignant que, dans cette dernière espèce, la propriété du navire avait été transmise de façon irrévocable à l'acquéreur. Ces décisions nous aident non seulement à expliquer la portée de l'arrêt *Woods v. Russell*, mais aussi à souligner que l'argument de la Direction du Trésor suivant lequel la Scott Steel n'a pas de privilège possessoire ne se tient tout simplement pas.

En résumé, le privilège possessoire du constructeur de navires n'est en réalité pas différent du privilège possessoire du réparateur de navires, car, dans les deux cas, il s'agit d'un artisan qui fournit son travail et des matériaux pour fabriquer ou réparer un objet dont il conserve ensuite la possession jusqu'au règlement ou à l'extinction de sa créance. Il s'agit d'un vieux concept de common law. J'aimerais à ce moment-ci ajouter qu'il n'est pas nécessaire que l'artisan ait terminé son travail avant d'acquiescer le droit de conserver la possession du bien. Voir, par exemple l'arrêt *Woods v. Russell*, précité, et la décision *The Tergeste* (1902), 9 Asp. Mar. Law Cas. 356, dans laquelle le juge Phillimore a souligné non seulement qu'un privilège possessoire naît lorsque le chantier naval prend possession du navire—même si aucune somme à l'égard de laquelle le privilège produirait ses effets n'est due avant l'achèvement des travaux—mais aussi que le chantier naval pourrait être titulaire d'un privilège possessoire pour les travaux effectués même si le chantier naval n'a pas terminé tous les travaux convenus [à la page 357]:

[TRADUCTION] Le constructeur de navires prétend que, s'il était tenu aux termes du présent contrat d'exécuter certains travaux, c'était toujours à la condition qu'il reçoive, avant de passer à l'étape suivante des travaux, des sommes raisonnables en paiement partiel des travaux au fur et à mesure de leur exécution, et non à l'avance, mais à titre de paiement partiel des travaux déjà effectués. Il ajoute que si le paiement n'était pas effectué, lui ou tout autre artisan avait le droit de revoir son travail et de dire: «J'ai fait un travail qui vaut tant; il est vrai que je me suis engagé par contrat à exécuter d'autres travaux, mais il n'est pas raisonnable que je les exécute, étant donné que je n'ai pas été payé, et je réclame le paiement des travaux

33

If they had asked for payment on account, as they were entitled to do. They have a possessory lien on all the work they have done, and that lien takes precedence of any claim, even a maritime lien, which has accrued since the ship first came into their possession.

que j'ai déjà exécutés». À mon sens, MM. Rait et Gardiner avaient en l'espèce un privilège possessoire pour les travaux qu'ils avaient effectués et ce, même s'ils n'avaient pas terminé tous les travaux. S'ils avaient demandé qu'on leur fasse un paiement à titre d'acompte, comme ils avaient le droit de le faire. Ils détiennent un privilège possessoire pour tous les travaux qu'ils ont effectués, et ce privilège a priorité sur toute autre créance, même sur les privilèges maritimes, qui est née depuis qu'ils ont acquis la possession du navire.

34 I have concluded that Scott Steel had the right to retain possession of the vessel until paid for work properly done. That possessory right would give rise to a lien for work properly done in the sense not only to the extent of the unpaid value of work required pursuant to the contract to build the vessel, but also for the unpaid value of work required through the evolution of the plans and through additions authorized by or on behalf of the then owners. While Treasury Branches, in its written brief, and counsel, in his submissions, touched on the argument that Scott Steel's claim is not proven, that is not an issue at this point, for the possessory lien came into effect when Scott Steel began constructing the vessel although, as pointed out in *The Tergeste supra*, at page 357, there may not be any amount due until relevant work is done and not paid for. Rather the value of work, falling within the properly done category, may become an issue on a motion for distribution, at which time the parties will have to prove their claims. We now turn to the more difficult question of whether it would be equitable to dispossess Scott Steel of their priority as a possessory lien holder and give priority to Treasury Branches as mortgagee.

J'en suis venu à la conclusion que la Scott Steel 34 avait le droit de conserver la possession du navire jusqu'à ce qu'elle soit payée pour les travaux qu'elle avait régulièrement effectués. Ce droit de rétention donnerait lieu à un privilège pour les travaux régulièrement exécutés non seulement jusqu'à concurrence de la valeur impayée des travaux prévus au contrat de construction du navire, mais aussi jusqu'à concurrence de la valeur impayée des travaux qui devaient être exécutés par suite de l'évolution des projets et des ajouts autorisés par les personnes qui étaient alors propriétaires du navire ou en leur nom. Bien que la Direction du Trésor, dans son mémoire, et son avocat, dans son plaidoyer, aient effleuré l'argument que la réclamation de la Scott Steel n'avait pas été prouvée, cette question ne se pose pas pour le moment, étant donné que le privilège possessoire a pris effet lorsque la Scott Steel a commencé la construction du navire, bien que, comme le tribunal l'a souligné dans la décision *The Tergeste*, précitée, à la page 357, il se peut qu'aucune somme ne soit due tant que les travaux pertinents ne sont pas effectués et que le débiteur n'est pas en défaut de les payer. La question de la valeur des travaux qui ont été régulièrement exécutés se posera plutôt lorsque le tribunal sera saisi d'une requête portant sur le partage du produit de la vente. Les parties devront alors établir le bien-fondé de leur créance. Passons maintenant à la question plus difficile de savoir s'il serait équitable de déposséder la Scott Steel de sa priorité à titre de titulaire d'un privilège possessoire et de donner priorité à la Direction du Trésor en tant que créancière hypothécaire.

Entitlement of Scott Steel to the usual priority

35 The argument of Treasury Board for not granting Scott Steel the usual priority for its possessory lien,

Droit de la Scott Steel au rang habituel

On peut résumer la thèse que défend la Direction 35 du Trésor pour nier à la Scott Steel le droit qu'elle

above that of the Treasury Branches' mortgage, may be summarized by saying first that Scott Steel agreed to build the vessel that became the *Edmonton Queen* for 1.64 million dollars; second, that Scott Steel knew the 1.64 million dollar figure was critical to the then owners, and to their lenders; third, that some time in the latter part of 1992 Scott Steel knew that to complete the *Edmonton Queen* would cost more than 1.64 million dollars, yet not only did they fail to warn Treasury Branches, but they also represented in writing to the then owners, North Saskatchewan Riverboat Company (NSRB), that the vessel was "on budget"; fourth, that Scott Steel knew or ought to have known that their "on budget" representations would be passed on by NSRB to another lender, the Department of Western Economic Diversification, who in turn would send a copy to Treasury Branches, who would rely on that representation; fifth, that as a result of that reliance Treasury Branches, to their detriment, made further advances which Treasury Branches would not otherwise have made; and finally, that all of this constitutes behaviour on the part of Scott Steel such as to disentitle them from claiming payment for any work, for which they might be owed, in priority to Treasury Branches. Treasury Branches say it would be an obvious injustice for Scott Steel to have a superior priority to the proceeds of the sale of the *Edmonton Queen*.

possède habituellement de prendre rang devant la créance hypothécaire de la Direction du Trésor en tant que titulaire d'un privilège possessoire en disant, premièrement, que la Scott Steel a convenu de construire le navire qui est devenu l'*Edmonton Queen* pour la somme de 1,64 million de dollars; deuxièmement, que la Scott Steel savait que le chiffre de 1,64 million de dollars était critique pour les propriétaires d'alors et pour leurs prêteurs; troisièmement, qu'au cours de la dernière partie de 1992, la Scott Steel savait qu'il en coûterait plus que 1,64 million de dollars pour compléter la construction de l'*Edmonton Queen* et que, malgré tout, elle a non seulement omis d'en informer la Direction du Trésor, mais qu'elle a aussi déclaré par écrit à la propriétaire d'alors, la North Saskatchewan Riverboat Company (NSRB) que [TRADUCTION] «le budget prévu est respecté»; quatrièmement, que la Scott Steel savait ou aurait dû savoir que sa déclaration que «le budget prévu est respecté» serait transmise par la NSRB à un autre prêteur, le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, qui enverrait à son tour une copie de cette lettre à la Direction du Trésor, qui se fierait à cette déclaration; cinquièmement, que, comme elle s'est fiée à son détriment à cette déclaration, la Direction du Trésor a consenti d'autres avances qu'elle n'aurait pas autrement consenties; finalement, que tous les faits précités constituent de la part de la Scott Steel un comportement qui lui fait perdre son droit de réclamer en priorité sur la Direction du Trésor le paiement de tout travail pour lequel elle pourrait détenir une créance. La Direction du Trésor affirme qu'accorder à la Scott Steel un rang supérieur lors du partage du produit de la vente de l'*Edmonton Queen* constituerait une injustice flagrante.

36 Scott Steel, for their part, say first, that they built the ship that was required by their customer, NSRB, which was a very different ship from that designed by Scott Steel in 1989 and subsequently redesigned in March of 1992 by NSRB's naval architect, Wm. R. Brown; second, that the design of the ship kept changing as appears in the various subsequent drawings of NSRB's second firm of naval architects, Peter S. Hatfield Ltd.; third, that NSRB added various extras; fourth, and that Scott Steel's original

Pour sa part, la Scott Steel déclare d'abord qu'elle a construit le navire que sa cliente, la NSRB, lui a commandé et que ce navire était très différent de celui que la Scott Steel avait dessiné en 1989 et qui a par la suite été redessiné en mars 1992 par l'architecte naval de la NSRB, Wm. R. Brown. Elle affirme en deuxième lieu que les plans du navire n'ont pas cessé d'être modifiés, ainsi qu'il ressort des divers dessins subséquents de la seconde firme d'architectes navals de la NSRB, la Peter S. Hatfield

36

concept of a sternwheeler at 1.64 million dollars, as set out in their letter of August 1, 1991, was merely a proposal and not a contract with a firm price; fifth, that Scott Steel had no direct dealings with Treasury Branches whatsoever; and sixth, no one at Treasury Branches knew or asked Scott Steel what the price for the vessel was to be. Scott Steel points to much higher values of the *Edmonton Queen* being those of the Wm. R. Brown firm who estimated the value of the vessel (then to carry only 300 passengers) at 2.2 million dollars in 1989, the Peter S. Hatfield firm, who valued the by-then 400-passenger vessel at 3 million dollars in January of 1993 and the Coopers & Lybrand commissioned appraisal of September 8, 1994, which put the fair market value of the uncompleted *Edmonton Queen*, in the Scott Steel yard, at 2.1 to 2.2 million dollars.²

Ltd. Elle soutient en troisième lieu que la NSRB a fait divers ajouts et, en quatrième lieu, que la conception initiale que la Scott Steel avait donnée d'un bateau à aubes arrière de 1,64 million de dollars dans sa lettre du 1^{er} août 1991 était uniquement une proposition et non un contrat prévoyant un prix ferme. Elle affirme, en cinquième lieu, que la Scott Steel n'a eu absolument aucune relation directe avec la Direction du Trésor et, en sixième lieu, que personne, à la Direction du Trésor, ne savait quel devait être le prix du navire ou ne s'en est informé auprès de la Scott Steel. La Scott Steel affirme que l'*Edmonton Queen* avait une valeur beaucoup plus élevée, à savoir celle qui lui a été attribuée par le cabinet Wm. R. Brown—qui a estimé la valeur du navire (qui ne devait transporter alors que 300 passagers) à 2,2 millions de dollars en 1989—par le cabinet Peter S. Hatfield—qui a évalué le navire qui devait alors transporter 400 passagers à trois millions de dollars en janvier 1993—et par la firme Coopers & Lybrand—qui, dans son évaluation commandée du 8 septembre 1994, établit la juste valeur marchande de l'*Edmonton Queen* non terminé qui se trouvait alors au chantier de la Scott Steel entre 2,1 et 2,2 millions de dollars².

37 The *Edmonton Queen* was sold by the admiralty Marshal, assisted by Coopers & Lybrand, at \$800,000 to a local buyer. Given that Treasury Branches advanced some \$700,000, that Scott Steel's claims for extras may well be in excess of that amount, that Damar claimed \$75,000 and Hatfield, together with Wm. R. Brown, hold statutory rights *in rem*, for unpaid architectural fees, totalling some \$30,000, together with the time and expense of this and other litigation to date, the likely outcome for the winning claimant will be a substantial shortfall and for the other claimants a disaster.

L'*Edmonton Queen* a été vendu à un acheteur local par le prévôt maritime, avec l'aide de la Coopers & Lybrand, pour une somme de 800 000 \$. Compte tenu du fait que la Direction du Trésor a avancé quelque 700 000 \$, que les sommes réclamées par la Scott Steel pour les ajouts risque fort de dépasser cette somme, que la Damar a réclaté 75 000 \$ et que Hatfield, ainsi que Wm. R. Brown, sont titulaires de droits légaux *in rem* pour les honoraires d'architectes impayés, pour un total d'environ 30 000 \$, sans compter le temps et les dépenses afférentes à la présente instance et aux autres procès déjà intentés, l'issue probable pour le créancier qui obtiendra gain de cause sera un déficit considérable et, pour les autres créanciers, une catastrophe.

38 This present maritime disaster can be likened to the Honda Point naval disaster of September 8, 1923, in which a fleet of destroyers, on peace time manoeuvres off the California coast, each followed

La présente catastrophe maritime peut être comparée au sinistre maritime de Honda Point, qui est survenu le 8 septembre 1923 et au cours duquel une flotte de contre-torpilleurs, qui exécutaient des

and kept station with the next vessel ahead at speed in fog, none in the rear either asking their own questions of the vessel in the van, or doing their own navigation, until eight ships struck the California coast at right angles. A little essential independent navigation and some pertinent questioning by those in the rear would likely have avoided anyone beaching themselves, just as proper investigation, inquiry and assessment by Treasury Branches should have prevented either Treasury Branches or Scott Steel from being harmed to the present apparent disastrous extent.

manœuvres en temps de paix au large de la côte de la Californie, étaient en formation de convoi à une vitesse adaptée à la brume. Aucun des navires à l'arrière n'avait fait un suivi de sa propre progression par rapport au navire de tête ou n'avait fait sa propre navigation, jusqu'à ce que huit navires heurtent la côte californienne à angle droit. Il semble que, si les navires avaient assuré eux-mêmes leur progression en vérifiant ou en faisant la vérification de leur position à intervalles réguliers, l'échouement aurait probablement pu être évité, tout comme, en l'espèce, il aurait suffi que la Direction du Trésor mène les enquêtes, obtienne les renseignements et procède aux évaluations qui s'imposaient pour éviter qu'elle-même ou la Scott Steel ne subisse un préjudice aussi grave que celui dont elles semblent avoir été victimes en l'espèce.

39 Key to this disaster are comments made on at least two occasions by Ronald Scott, President of Scott Steel, when he was cross-examined on his affidavit material in connection with the present motion, that "We didn't know what we were building until the project was complete", (at page 31 of transcript) and when further questioned as to why he did not update the value of the vessel as set out in the Scott Steel letter of August 1, 1991, that "It would be impossible to do so. I didn't know what I was building." (At page 77 of transcript.) It seems to me that none of the other deponents of the affidavits, relied upon in this proceeding, ever thought about what was being built.

Un des éléments clés qui permet de comprendre la présente catastrophe sont les commentaires que Ronald Scott, président de la Scott Steel, a faits à au moins deux reprises lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son affidavit lors de l'audition de la présente requête. Il a en effet déclaré: [TRADUCTION] «Nous n'avons su ce que nous étions en train de construire que lorsque les travaux ont été terminés» (à la page 31 de la transcription). Interrogé de nouveau au sujet de la raison pour laquelle il n'avait pas modifié la valeur du navire en fonction de la lettre du 1^{er} août 1991 de la Scott Steel, il a également déclaré: [TRADUCTION] «Il aurait été impossible de le faire. J'ignorais ce que j'étais en train de construire.» (À la page 77 de la transcription.) Il me semble qu'aucune des autres personnes qui ont souscrit les affidavits sur lesquels on se fonde en l'espèce ne se soit jamais interrogée sur ce qu'on était en train de construire.

40 This leads to a consideration of the voluminous affidavit material filed for the motion: indeed, too voluminous material, a substantial portion of which has problems of relevance or weight.

Cela m'amène à examiner les affidavits volumineux qui ont été produits au soutien de la requête. Ces affidavits sont en réalité trop volumineux et il y a d'ailleurs lieu de s'interroger sur la pertinence et la valeur de bon nombre d'entre eux.

41 I accept the affidavit evidence of Mr. Al Everett who, on cross-examination, was well prepared and gave straightforward answers. Indeed, I would give

J'accepte l'affidavit de Al Everett qui était bien préparé pour son contre-interrogatoire et qui a répondu franchement aux questions qui lui ont été posées.

full weight to his affidavit material, although this is not to say that I would give much weight to the Consulting and Audit Canada reviews apparently relied upon by Mr. Everett's employer, the Department of Western Economic Diversification and indirectly relied upon by Treasury Branches.

42 I accept most of the Scott Steel affidavit material, that is relevant to the present motion, at face value. I would note that Mr. Scott stood up fairly well on cross-examination on his affidavit material.

43 It is unfortunate that Mr. Ivan Sawchuk, of Treasury Branches, was put in the position of having to provide affidavit evidence, for Mr. Sawchuk was not involved in the project at a relevant time, 1992 and 1993, but rather came in only in January of 1995, just in time to become involved in this priority dispute. It would have been far more satisfactory had Messrs. Fulkerth and Mooney, who were directly involved at the time and who are still employed by Treasury Branches, given evidence. Some of Mr. Sawchuk's affidavit material fails to show a grasp of the issues, particularly in that earlier affidavit material indicates no reliance on representations made by Scott Steel through NSRB and Western Economic Diversification, which one would have expected to see in early affidavit material, particularly in that this priorities motion is the motion of Treasury Branches. The evidence of reliance on Scott Steel's representations seemed to come, as an afterthought, in later affidavit material. That Mr. Sawchuk lacked first-hand knowledge and was poorly informed appears to be the case both from material in his affidavits and from his performance on cross-examination on his affidavit material. This lack of knowledge on cross-examination is apparent not only from the answers that he gave, but also from the amount of protection and interference which the counsel for Treasury Branches deemed necessary to interject. Far better if one or more of Treasury Branches' employees, who is actually involved during the relevant time span, 1992-1993, had sworn the affidavit material. As it is, there is too much second information in Mr. Everett's evi-

En fait, j'accorderais une pleine valeur à son affidavit, bien que cela ne veuille pas dire que j'accorderais beaucoup de poids aux études de consultation et de vérification sur lesquelles se serait fié l'employeur d'Everett, le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, et sur lesquelles la Direction du Trésor s'est indirectement fiée.

J'accepte tel quel la plus grande partie de l'affidavit de la Scott Steel, qui est pertinent à la présente requête. Je tiens à souligner que Scott s'est relativement bien défendu lors du contre-interrogatoire qu'il a subi au sujet de son affidavit.

Il est malheureux que Ivan Sawchuk, de la Direction du Trésor, ait été forcé de souscrire un affidavit, étant donné qu'il ne participait pas au projet à l'époque en cause, à savoir en 1992 et 1993, et qu'il n'est intervenu dans ce dossier qu'en janvier 1995, juste à temps pour intervenir dans le présent conflit sur l'ordre de priorité des créances. Il aurait été beaucoup plus satisfaisant que Fulkerth et Mooney, qui étaient directement impliqués à l'époque et qui travaillent toujours à la Direction du Trésor, témoignent. Il ressort de certains extraits de son affidavit que Sawchuk n'a pas bien saisi les points litigieux, comme le démontre particulièrement le fait que, dans son premier affidavit, il n'invoque pas les déclarations faites par la Scott Steel à NSRB et au ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, ce à quoi on se serait attendu dans un premier affidavit, d'autant plus que la présente requête en collocation est présentée par la Direction du Trésor. Il semble qu'il ait pensé après coup, dans l'affidavit ultérieur, à invoquer le fait que l'on s'était fié aux déclarations de la Scott Steel. Il semble, à la lecture de son affidavit et de la façon dont il s'est comporté lors du contre-interrogatoire qu'il a subi au sujet de son affidavit, que Sawchuk n'a pas eu directement et personnellement connaissance des faits et qu'il a été mal informé. Ce manque de connaissances lors du contre-interrogatoire ressort non seulement des réponses qu'il a données, mais aussi du nombre d'interventions que l'avocat de la Direction du Trésor a jugé nécessaires de faire et de l'attitude protectrice que ce dernier a eue. Il aurait mieux valu qu'un ou plusieurs des employés de la Direction du

dence. I give little weight to the Sawchuk affidavit material.

44 Counsel for Scott Steel attacked Mr. Haak's affidavit material in a number of ways, including that Mr. Haak had been a guarantor of the Treasury Branches' loan and that included in the eventual settlement of his guarantee was a provision that he assist Treasury Branches in its litigation. This is a fairly normal provision with little or no effect as to the weight that I would give his material. However, Mr. Haak's affidavit material exhibits some hard swearing on points that are incorrect, some of which I will touch on later. In addition, Mr. Haak gave many answers that were less than direct on his cross-examination. Again counsel was overly protective of his witness on difficult but relevant questions. I give only moderate weight to Mr. Haak's affidavit material overall.

45 I now turn to the crux of this disaster, that the parties, with the probable exception of the architects, who prepared the evolving design and put realistic values on the vessel, appear not to have been aware of what they were building.

46 The original Scott Steel design may best be described as a self-propelled barge with some rudimentary accommodation, but few amenities, on the main deck, topped with a small wheel house and propelled by twin 180-horsepower engines. It is the vessel referred to in the Scott Steel letter of August 1, 1991, to NSRB, which letter Treasury Branches would like to call a firm contract, but which Mr. Collins, President of NSRB, referred to, in a December 28, 1989, letter to Canada/Alberta Tourism, as an estimate. If the August 1, 1991, letter from Scott Steel was the construction contract initially, it was overtaken by events, including the addition of many extras and the evolution of the

Trésor qui s'étaient effectivement occupés de la question à l'époque en cause (1992-1993) souscrivent l'affidavit en question. Le témoignage d'Everett comporte trop de renseignements de seconde main. J'accorde donc peu de valeur à l'affidavit de Sawchuk.

L'avocat de la Scott Steel a contesté l'affidavit de Haak de diverses façons. Il a notamment affirmé que Haak s'était porté caution pour garantir l'emprunt de la Direction du Trésor et qu'une des dispositions de ce contrat stipulait qu'en cas de disposition de son cautionnement, il s'engageait à appuyer la Direction du Trésor dans tout procès qu'elle intenterait. Il s'agit là d'une stipulation assez courante qui a peu d'incidences, sinon aucune, sur la valeur que je devrais accorder à son affidavit. Haak fait cependant des affirmations énergiques qui sont incorrectes dans son affidavit. J'y reviendrai plus loin. Qui plus est, Haak a donné de nombreuses réponses qui étaient loin d'être directes dans son contre-interrogatoire. Là encore, l'avocat a surprotégé son témoin sur des questions difficiles mais pertinentes. Je n'accorde qu'une valeur limitée à l'affidavit de Haak dans son ensemble.

Je passe maintenant au nœud du problème, c'est-à-dire au fait qu'à l'exception probable des architectes, qui ont modifié les plans du navire et qui lui ont attribué une valeur réaliste, les personnes en cause ne semblent pas avoir été conscientes de ce qu'elles étaient en train de construire.

La meilleure description que l'on peut donner du dessin initial de la Scott Steel est de dire qu'il s'agit d'un dessin portant sur une péniche autopropulsée dotée de quelques espaces de logement rudimentaires et de quelques commodités situées sur le pont principal, lequel était surmonté d'une petite timonerie. La péniche était propulsée par un double moteur de 180 chevaux-vapeur. C'est le navire dont il est question dans la lettre que la Scott Steel a écrite le 1^{er} août 1991 à la NSRB. La Direction du Trésor aimerait qualifier cette lettre de contrat ferme, mais le président de la NSRB, Collins, désigne cette lettre d'estimation dans sa lettre du 28 décembre 1989 à Tourisme Canada et Alberta Tourism. Si la lettre du

44

45

46

vessel from the box-like self-propelled barge design of Scott Steel through to the quite sophisticated larger and more involved ship, the *Edmonton Queen*.

47 In the spring of 1992 the Wm. R. Brown firm of naval architects produced new drawings at the request of their client, NSRB. While the design is still fairly basic, the hull now begins to look like that of a ship. The passenger capacity is larger. There are more amenities for the passengers. The design provides for a 200-horsepower bow thruster "if required". The vessel is altogether more attractive. Notwithstanding that it was somewhat more complex to build, it seems that Scott Steel, after discussing the vessel with the architects, believed they could build the Wm. R. Brown designed vessel for the 1.64 million dollar price.

48 The real evolution of the vessel, from an underpowered, basic barge-like vessel to what emerged as the *Edmonton Queen* is documented in the various revised drawings done by the Peter S. Hatfield firm and in the extras added by NSRB. While there are no as-built drawings, it is apparent, from the Hatfield drawings and from the evidence, that improvements including greater length, breadth and depth; substantially larger main engines; a bow thruster to improve manoeuvrability; air-conditioning and later more costly water cooled air-conditioning; an enlarged and raised wheelhouse in order to accommodate a stage below and at the forward end of the main deck dining room; a large aft deck house on the upper deck, to include washroom facilities, to complement new handicapped washroom facilities on the main deck; a raised deckhead throughout on the main deck; upper deck embarkation walkways to complement the main deck entrance; galley facilities in lieu of shore catering; increased fuel and water capacity; increased generating capacity; and larger paddle wheels, to name just the obvious. And with a

1^{er} août 1991 de la Scott Steel était le premier contrat de construction, elle a été supplantée par les événements, dont l'addition de nombreux ajouts et la transformation du navire d'une barge autopropulsée en forme de boîte, conformément aux plans de la Scott Steel, à un navire plus grand et assez perfectionné et beaucoup plus grand et complexe, l'*Edmonton Queen*.

47 Au printemps 1992, la firme d'architectes navals Wm. R. Brown a produit de nouveaux dessins à la demande de sa cliente, la NSRB. Bien que le dessin soit encore assez rudimentaire, la coque commence à ressembler à celle d'un navire. La capacité en passagers est plus importante. Il y a plus de commodités pour les passagers. Le dessin prévoit un propulseur d'étrave de 200 chevaux-vapeur [TRADUCTION] «au besoin». Le navire est dans l'ensemble plus attrayant. Malgré le fait que le navire ait été quelque peu plus complexe à construire, il semble qu'après avoir discuté du navire avec les architectes, la Scott Steel ait estimé qu'elle pouvait construire le navire selon les plans de Wm. R. Brown pour la somme de 1,64 million de dollars.

48 La véritable transformation du navire, d'un simple bâtiment à faible puissance similaire à un chaland à ce qui est devenu l'*Edmonton Queen*, est documentée dans les divers dessins révisés de la firme Peter S. Hatfield et par les ajouts qui ont été faits par la NSRB. Bien qu'il n'existe pas de dessins montrant le navire tel qu'il a été finalement construit, il ressort des dessins de la firme Hatfield et de la preuve que les améliorations suivantes ont été apportées au navire. Ainsi, le navire a une longueur, une largeur et un creux plus grands; des machines principales beaucoup plus grosses, un propulseur d'étrave permettant une meilleure manoeuvrabilité; un système de climatisation et, plus tard, un système de climatisation refroidi à l'eau beaucoup plus dispendieux. On a également ajouté une timonerie agrandie et surélevée pour aménager une scène sous la salle à manger dans la partie avant du pont principal, un rouf à grande surface sur l'arrière du pont supérieur, qui comprenait des latrines pour compléter celles aménagées pour les personnes handicapées sur le pont principal. On a aussi ajouté un pont surélevé

larger, more powerful and more complex vessel goes much more supporting equipment and structures.

au-dessus du pont principal; des passerelles d'embarquement situées sur le pont supérieur et servant à compléter l'entrée du pont principal; des cuisines au lieu de services de traiteur à terre; une capacité plus grande de combustible et d'eau; une capacité génératrice d'énergie accrue et de plus grandes roues à aubes arrière, pour ne nommer que les éléments les plus évidents. Et l'existence d'un navire plus grand, plus puissant et plus complexe implique un plus grand nombre d'équipements et de structures d'appui.

49 Now Ronald Scott, of Scott Steel, says there was never a fixed price for the vessel, however, I believe everyone treated the 1.64 million dollar 1989 figure as the price for the Scott Steel designed vessel and also for the Wm. R. Brown design, the latter of course without the fairly costly bow thruster unit. And here is an interesting point: Mr. Haak's evidence is that the 1.64 million dollar price was firm throughout, that even in the face of clearly authorized extras: "The agreement of August 1, 1991, was the final agreement for construction of the riverboat and there were no amendments written or verbal." (Paragraph 12 of November 20, 1995 affidavit.) It is clear that Mr. Haak had no real idea of what was being built and as just one example of this he says in his October 20, 1995, affidavit, in the context of denying extras, that:

The bow thruster is the main means of propulsion of the riverboat, is a part of the original contract and can no more be considered an extra than an engine could be considered an extra in an automobile; . . .

apparently not realizing that a bow thruster is a useful although not essential manoeuvring device, but not a main means of propulsion.

50 As I say, I give only moderate weight to the Haak affidavit, for Mr. Haak obviously did not pay a great deal of attention to the evolution of the riverboat from the original Scott Steel design to what was eventually designed and built.

Ronald Scott, de la Scott Steel, affirme maintenant 49 qu'il n'y a jamais eu de prix fixe pour le navire. J'estime toutefois que chacun a considéré que le chiffre de 1,64 millions de dollars établi en 1989 constituait à la fois le prix du navire dessiné par la Scott Steel et celui de la Wm. R. Brown, sans tenir compte, dans le cas de cette dernière, du coût du propulseur d'étrave assez cher. Et voici un point intéressant: Haak a témoigné que le prix de 1,64 million avait été un prix ferme en tout temps et ce, malgré les ajouts qui avaient été expressément autorisés. Voici ce qu'il déclare: [TRADUCTION] «L'entente du 1^{er} août 1991 constitue l'entente définitive intervenue au sujet de la construction du bateau à aubes arrière et il n'y a eu aucune modification verbale ou écrite» (paragraphe 12 de l'affidavit du 20 novembre 1995). Il est évident que Haak n'avait aucune idée précise de ce qui était construit. Voici, à cet égard, ce qu'il déclare dans son affidavit du 20 octobre 1995 en niant qu'il y ait eu des ajouts:

[TRADUCTION] Le propulseur d'étrave est le principal moyen de propulsion du bateau à aubes arrière. Il était prévu au contrat initial et il ne saurait pas plus être considéré comme un ajout qu'un moteur pourrait être considéré comme un ajout à une automobile . . .

Haak ne se rendait vraisemblablement pas compte qu'un propulseur d'étrave est un dispositif de manoeuvre utile bien que non essentiel, mais pas un moyen de propulsion.

Ainsi que je l'ai déjà dit, je n'accorde qu'une 50 valeur limitée à l'affidavit de Haak, car celui-ci n'a de toute évidence pas accordé beaucoup d'attention à l'évolution du dessin initial de la Scott Steel en ce qui a finalement été dessiné et construit.

51 Nor did Treasury Branches seem to have any idea of or interest in what was being built and perhaps this is consistent with their admission, on the cross-examination of Mr. Sawchuk, that NSRB's application for funding was considered almost exclusively on the basis of the Alberta government's guarantee (at pages 239 and 240 of transcript of Sawchuk cross-examination). It would seem, other than for one or more occasional tours of the vessel, during construction, Treasury Branches governed their advances by and relied largely on material received from their co-lender, Western Economic Diversification. Western Economic Diversification in turn seemed to have relied upon two sources for their information. First, they relied on information from NSRB, who passed along short confirmations, addressed to NSRB, from Scott Steel, to the effect that the vessel was on schedule and on budget, the latter being a point to which I will turn later, and second on the advice of Consulting and Audit Canada who are said to have conducted an audit of each claim of Scott Steel. However, it would appear that Consulting and Audit Canada did not do the obvious and look at the plans and speak with the builder in order to obtain an explanation of how a self-propelled barge with basic accommodation on it was being turned into a sophisticated ship.

52 There are still the representations by Scott Steel to NSRB, which were passed along to Western Economic Diversification, who in turn passed them to Treasury Branches that the vessel was on budget. Mr. Scott's explanation is that the basic vessel was on budget, it was just that the number of expensive extras had been added by NSRB, either by authorization or through changes in the plans made by NSRB's naval architect. It is also clear that in the summer and early fall of 1992, Mr. Collins, as President of NSRB, was aware of cost problems and

51 La Direction du Trésor ne semble pas non plus avoir eu la moindre idée de ce qui était construit et ne s'est absolument pas intéressée à cette question. Ce comportement s'accorde peut-être avec l'aveu qu'elle a fait, lors du contre-interrogatoire de Sawchuk, que la demande de financement de la NSRB a été examinée presque exclusivement en fonction du cautionnement fourni par le gouvernement de l'Alberta (aux pages 239 et 240 de la transcription du contre-interrogatoire de Sawchuk). Il semblerait que, hormis une ou plusieurs visites occasionnelles du navire qui ont eu lieu au cours des travaux de construction, la Direction du Trésor ait déterminé le montant des avances qu'elle a consenties sur le fondement des documents qu'elle recevait de l'autre prêteur, le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, et qu'elle se soit largement fiée à ces documents. Il semble que le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest se soit à son tour fié sur deux sources de renseignements. En premier lieu, il s'en est remis à la NSRB, qui lui a transmis de courtes confirmations adressées à la NSRB par la Scott Steel et selon lesquelles le déroulement des travaux de construction du navire respectait l'échéancier et le budget—je reviendrai plus loin sur ce dernier point—et, en second lieu, il s'est fié sur les conseils donnés par Consultation et Vérification Canada, qui aurait procédé à une vérification de chaque créance de la Scott Steel. Il semblerait toutefois que Consultation et Vérification Canada n'ait pas fait ce qui était évident et qu'il n'ait pas examiné les plans et parlé avec le constructeur pour essayer de savoir pourquoi on transformait un chaland autopropulsé doté d'espaces de logement rudimentaires en un bateau sophistiqué.

52 Il y a aussi les déclarations que les travaux de construction respectaient le budget prévu que la Scott Steel a faites à la NSRB, qui les a à son tour transmises au ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, qui les a lui-même transmises à la Direction du Trésor. M. Scott a expliqué que le bateau de base respectait le budget prévu, mais que le problème venait des nombreux ajouts dispendieux qui avaient été faits par la NSRB, soit après avoir obtenu une autorisation, soit par suite des modifications apportées aux plans dessinés par l'architecte

indeed sought an alternate method of turning the vessel, in place of the bow thruster, by using piling by which to make one end of the vessel fast and thus utilize the river flow to gradually swing the vessel about. This confirms Mr. Scott's evidence that he advised NSRB that the changes to the vessel, the extras, were going to be costly, and I also accept his evidence that he was told by NSRB not to concern himself about the payment for the extras.

naval de la NSRB. Il est également évident qu'au cours de l'été et du début de l'automne 1992, M. Collins était au courant, en sa qualité de président de la NSRB, des problèmes de coûts et qu'il a effectivement essayé de trouver un autre moyen que le propulseur d'étrave pour faire tourner le navire en utilisant des pilotis destinés à immobiliser une partie du navire et à utiliser ainsi le courant de la rivière pour faire graduellement tourner le navire. Cet élément confirme le témoignage de M. Scott qui affirme avoir avisé la NSRB que les modifications apportées au navire, les ajouts, allaient coûter cher. J'accepte également son témoignage que la NSRB lui a dit de ne pas s'inquiéter du paiement des ajouts.

53 In addition to changes obviously required by the evolving plans, Scott Steel provided copies of signed change orders to NSRB, between February 22 and March 24, 1993, totalling \$176,501.28. It is not up to Scott Steel, who had no direct or contractual dealings with Treasury Branches and owed Treasury Branches no contractual or fiduciary duty, to bring changes in plans and extras to the attention of Treasury Branches, let alone supply them with copies of change orders, without any requests or questions from Treasury Branches.

En plus des modifications manifestement exigées par les changements apportés aux plans, la Scott Steel a fourni des copies des ordres de modification signés qui ont été donnés à la NSRB entre le 22 février et le 24 mars 1993 pour un total de 176 501,28 \$. Il n'appartenait pas à la Scott Steel, qui n'avait aucun rapport direct ou relation contractuelle avec la Direction du Trésor et qui n'était tenue à aucune obligation contractuelle ou fiduciaire envers la Direction du Trésor, d'attirer l'attention de la Direction du Trésor sur les modifications aux plans et sur les ajouts, sans parler de lui fournir des copies des ordres de modification, même si la Direction du Trésor ne lui faisait pas de demande ou ne lui posait pas de question.

54 Even when Treasury Branches received a cash flow projection from NSRB at some time before January 22, 1993, showing expenditures on the incomplete vessel of some \$1,761,000, well in excess of the 1.64 million dollar figure with which they were preoccupied, that seemed not to alert anyone to take action or to make inquiries: Treasury Branches subsequently went ahead and made three advances totalling \$526,788.

Même lorsque la Direction du Trésor a reçu des projections portant sur les mouvements de trésorerie de la NSRB avant le 22 janvier 1993—projections qui indiquaient que les dépenses engagées à l'égard du navire inachevé s'élevaient alors à quelque 1 761 000 \$ (ce—qui dépasse de beaucoup le chiffre de 1,64 millions de dollars qui la préoccupait) il semble que cela n'a mis la puce à l'oreille de personne et que personne n'a pris de mesures ou ne s'est renseigné. La Direction du Trésor est par la suite allée de l'avant et a consenti trois avances totalisant 526 788 \$.

55 Finally, we have the admission of Mr. Sawchuk, of Treasury Branches, that Treasury Branches had

55 Finalement, il y a l'aveu de Sawchuk, de la Direction du Trésor, qui a reconnu que celle-ci ne savait

no idea what Scott Steel considered the budget to be in January of 1993 (Sawchuk cross-examination transcript, at pages 145 and 224). Indeed, Treasury Branches, on the evidence of Mr. Sawchuk, never asked Scott Steel to provide updated costing estimates other than that contained in the August 1, 1991, letter to NSRB. Again, it is clear from Mr. Sawchuk's cross-examination, when he says that he cannot agree that the vessel, as built is "a lot different" from the original Scott Steel drawing, that Treasury Branches paid little attention to what their customer, NSRB, was having built.

absolument pas ce que la Scott Steel estimait être la situation du budget en janvier 1993 (transcription du contre-interrogatoire de Sawchuk, aux pages 145 et 224). D'ailleurs, suivant le témoignage de Sawchuk, la Direction du Trésor n'a jamais demandé à la Scott Steel de fournir d'autres estimations révisées des coûts que celles qui se trouvaient dans la lettre du 1^{er} août 1991 adressé à la NSRB. Là encore, il ressort du contre-interrogatoire de Sawchuk—lorsqu'il dit qu'il ne saurait souscrire à l'affirmation que le navire qui a finalement été construit était [TRADUCTION] «très différent» de celui que la Scott Steel avait initialement dessiné—que la Direction du Trésor s'est peu souciée de ce que sa cliente, la NSRB, faisait construire.

56 On these arguments I do not see it as unjust to leave the usual priorities in place.

Vu ces arguments, j'estime qu'il n'est pas injuste de ne pas modifier l'ordre de priorité habituel. 56

57 Counsel for Treasury Branches makes an extensive estoppel argument, based in part on *Dover Financial Corp. et al. v. Basin View Village Ltd. et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 1 (S.C.).

L'avocat de la Direction du Trésor soulève une importante fin de non-recevoir en se fondant en partie sur le jugement *Dover Financial Corp. et al. v. Basin View Village Ltd. et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 1 (S.C.). 57

58 Counsel's submission is first that Treasury Branches made a mistake, as to its legal rights, in believing that it had a first charge over the *Edmonton Queen*. Certainly, Treasury Branches did have the first charge, in the form of a first recorded builder's mortgage and subsequently a first registered marine mortgage, but as a knowledgeable lender ought to have kept in mind and would be presumed to know of the possibility of an unpaid builder's possessory lien. It is equally as likely that Treasury Branches was so certain of its first position that it paid no direct attention either to what Scott Steel was building or to the likelihood of extra charges.

L'avocat soutient d'abord que la Direction du Trésor a commis une erreur au sujet des droits que la loi lui reconnaît en estimant qu'elle possédait une charge de premier rang sur l'*Edmonton Queen*. Certes, la Direction du Trésor avait effectivement une charge de premier rang, en l'occurrence l'hypothèque de constructeur enregistrée de premier rang qui est devenue par la suite une hypothèque maritime enregistrée de premier rang, mais à titre de prêteur avisé, elle aurait dû se souvenir de la possibilité de l'existence d'un privilège possessoire de constructeur impayé et elle serait présumée être au courant de cette possibilité. Il est également tout aussi probable que la Direction du Trésor était à ce point sûre du premier rang qu'elle occupait, qu'elle n'a pas porté attention à ce que la Scott Steel construisait ou à la probabilité qu'il y ait des frais supplémentaires. 58

59 Second, counsel for Treasury Branches says that Treasury Branches made advances on the faith of this mistaken belief, that it held a first charge and that the vessel was proceeding on budget. Leaving

En second lieu, l'avocat de la Direction du Trésor affirme que celle-ci a consenti des avances sur la foi de la conviction erronée qu'elle détenait une charge de premier rang et que les travaux de construction 59

aside that Treasury Branches made no reasonable inquiries and overlooked obvious signs that the vessel was going to cost more than they thought might be the case, including the cash flow sheet for January through March of 1993, and the evolution of the vessel as new designs were prepared by NSRB's architects and clearly visible extras were added, Treasury Branches has failed to establish the amount of the so-called budget, which amount they neither knew at the time nor inquired about.

du navire respectaient le budget prévu. Abstraction faite du fait que la Direction du Trésor ne s'est pas raisonnablement renseignée et qu'elle a ignoré des signes évidents—dont le relevé des mouvements de trésorerie couvrant la période de janvier à mars 1993—qui démontraient que la navire allait coûter plus cher que ce qu'elle pouvait croire, et de la transformation graduelle que subissait le navire au fur et à mesure que de nouveaux dessins étaient préparés par les architectes de la NSRB et des ajouts clairement visibles qui étaient faits, la Direction du Trésor n'a pas établi le montant du prétendu budget, lequel montant elle ignorait à l'époque ou au sujet duquel elle ne s'est pas renseignée.

60 Third, counsel for Treasury Branches says that to establish an estoppel, Scott Steel must know its own right, that is its possessory lien, and know the right is inconsistent with the right claimed by Treasury Branches. Scott Steel's possessory lien, which is in place from the minute that the first keel plate is laid, but does not come into play until Scott Steel is in the position of an unpaid builder (see *The Tergeste*, supra, at page 357), is only inconsistent with the Treasury Branches' mortgage if Scott Steel is not paid for work properly done. Treasury Branches cannot ignore both the evolution of the design of a self-propelled barge into a sophisticated ship and all of the danger signs that were present on reasonable inquiry and then say that Scott Steel is estopped because Treasury Branches were unaware of the claim of Scott Steel as an unpaid builder in possession.

En troisième lieu, l'avocat de la Direction du Trésor affirme que, pour pouvoir invoquer une fin de non-recevoir, la Scott Steel doit connaître ses propres droits, à savoir son privilège possessoire, et savoir que ce droit est incompatible avec celui que revendique la Direction du Trésor. Le privilège possessoire de la Scott Steel, qui existe dès que la première plaque de la quille est posée mais qui n'entre en jeu qu'au moment où la Scott Steel se trouve dans la position d'un constructeur impayé (voir la décision *The Tergeste*, précitée, à la page 357), n'est incompatible avec l'hypothèque de la Direction du Trésor que si la Scott Steel n'est pas payée pour les travaux qu'elle effectue régulièrement. La Direction du Trésor ne peut ignorer à la fois la transformation de la conception du bateau, d'un chaland autopropulsé en un bateau sophistiqué, ainsi que tous les signaux de danger qu'une simple vérification aurait permis de déceler, et prétendre ensuite que la Scott Steel est irrecevable à faire valoir sa réclamation parce que la Direction du Trésor n'était pas au courant de la créance que détenait la Scott Steel à titre de constructeur impayé en possession du navire.

61 Fourth, counsel for Treasury Branches notes that Scott Steel, as holder of the possessory lien, must know of Treasury Branches' mistaken belief as to the priority of claims. There is no evidence that Scott Steel had knowledge that Treasury Branches was mistaken as to priorities.

En quatrième lieu, l'avocat de la Direction du Trésor fait remarquer qu'en sa qualité de titulaire du privilège possessoire, la Scott Steel devait être au courant de la conviction erronée qu'avait la Direction du Trésor au sujet de l'ordre de priorité des créances. Rien ne permet de croire que la Scott Steel savait que la Direction du Trésor se méprenait au sujet de l'ordre de priorité.

62 Finally, to establish an estoppel, Treasury Branches must show that Scott Steel encouraged Treasury Branches to spend money. Treasury Branches say Scott Steel did this by pressuring Treasury Branches for course of construction payments and by generating invoices showing the vessel was within budget. However, it must also be remembered that Scott Steel sent to NSRB copies of signed confirmations for many extras and other extras would have been readily apparent to Treasury Branches or those on whom it relied, if they had bothered to look at the evolving drawings for the vessel and at the *Edmonton Queen* to see what was truly being built.

63 Treasury Branches claims unjust enrichment. It says that Scott Steel received in excess of 1.4 million dollars of money from Treasury Branches and from their co-lenders, Western Economic Diversification, of which Treasury Branches' advances total \$706,308. Treasury Branches says that this is unjust enrichment. Treasury Branches overlooks the fact that Coopers & Lybrand, whom Treasury Branches put in place to value and to sell the vessel, had the *Edmonton Queen's* fair market value appraised at between 2.1 and 2.2 million dollars as is in the Scott Steel yard. This does not appear to me to be a situation of unjust enrichment, for on Treasury Branches' own appraisal of the vessel Scott Steel did work and provided a vessel worth far more than the amount which they were paid.

64 I should also consider the requirements for estoppel set out by the Supreme Court of Canada in *Canadian Superior Oil Ltd. et al. v. Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al.*, [1970] S.C.R. 932. First, "a cause of action cannot be founded upon estoppel" (at page 937). Treasury Branches, who brings this motion, in arguing estoppel, are trying to demonstrate why Scott Steel do not have the usual priority of a shipbuilder in possession. That goes

62 Finalement, pour pouvoir invoquer une fin de non-recevoir, la Direction du Trésor doit démontrer que la Scott Steel l'a encouragée à dépenser de l'argent. La Direction du Trésor affirme que c'est ce qu'a fait la Scott Steel en exerçant des pressions sur elle pour se faire payer au cours des travaux de construction et en produisant des factures qui indiquaient que les travaux de construction du navire respectaient le budget prévu. Il faut toutefois se rappeler que la Scott Steel a envoyé à la NSRB des copies de confirmation signée portant sur de nombreux ajouts et que la Direction du Trésor et les personnes à qui elle s'en est remise pouvaient facilement constater l'addition d'autres ajouts, si elles s'étaient donné la peine d'étudier les nouveaux plans du navire et d'examiner l'*Edmonton Queen* pour voir ce qu'on construisait en réalité.

63 La Direction du Trésor accuse la Scott Steel d'enrichissement sans cause. Elle affirme que la Scott Steel a reçu 1,4 million de dollars en trop d'elle-même et de l'autre prêteur, le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest. Sur cette somme, les avances consenties par la Direction du Trésor totalisent 706 308 \$. La Direction du Trésor affirme qu'il s'agit là d'un enrichissement sans cause. La Direction du Trésor oublie que la Coopers & Lybrand, à qui elle a confié la tâche d'évaluer et de vendre le navire, a fixé la juste valeur marchande de l'*Edmonton Queen*, tel qu'il se trouve au chantier de la Scott Steel, entre 2,1 et 2,2 millions de dollars. Cela ne me semble pas être un cas d'enrichissement sans cause, car la Scott Steel s'est effectivement fondée sur l'évaluation que la Direction du Trésor a elle-même faite du navire et elle a fourni un navire qui valait beaucoup plus que la somme qu'elle a reçue.

64 Il me faut également examiner les conditions de la fin de non-recevoir que la Cour suprême du Canada a énoncées dans l'arrêt *Canadian Superior Oil Ltd. et al. v. Paddon-Hughes Development Co. Ltd. et al.*, [1970] R.C.S. 932. En premier lieu, «un droit d'action ne peut avoir comme base une fin de non-recevoir» (à la page 937). En invoquant une fin de non-recevoir, la Direction du Trésor, l'auteur de la présente requête, essaie de démontrer pourquoi la

beyond using estoppel merely as a shield.

65 Second, the principle of estoppel “assumes the existence of a legal relationship between the parties when the representation is made.” (*Ibid.*, at page 938.) In the present instance the only legal relationship was between Scott Steel and NSRB. There was no relationship of any legal sort between Scott Steel and Treasury Branches: indeed the latter received much of its information from Scott Steel third hand through Western Economic Diversification.

66 Third, Mr. Justice Martland went on to point out in *Canadian Superior Oil*, at pages 938 and 939, that there was no evidence to support any allegations of fraud that would deprive one of their legal rights and that is the situation in the present matter as between Scott Steel and Treasury Branches.

67 As to the elements of estoppel, the Supreme Court of Canada sets them out in *Canadian Superior Oil*, at pages 939 and 940:

(1) A representation or conduct amounting to a representation intended to induce a course of conduct on the part of the person to whom the representation is made.

(2) An act or omission resulting from the representation, whether actual or by conduct, by the person to whom the representation [*sic*] is made.

(3) Detriment to such person as a consequence of the act or omission.

68 First, as to any representation, it was certainly not made by Scott Steel to Treasury Branches. Nor I think was it intended to induce any course of conduct. Certainly Scott Steel wished to be paid for their work. However, the actual payments were controlled by NSRB.

Scott Steel n’occupe pas le rang habituellement accordé au constructeur de navires qui est en possession du navire. Il ne s’agit donc pas simplement de se servir de la fin de non-recevoir comme d’un bouclier.

65 En deuxième lieu, le principe de la fin de non-recevoir «présume l’existence de rapports juridiques entre les parties au moment où l’affirmation est faite.» (*Ibid.*, à la page 938.) En l’espèce, le seul rapport juridique qui existait était celui qui liait la Scott Steel et la NSRB. Il n’y avait aucun rapport juridique de quelque nature que ce soit entre la Scott Steel et la Direction du Trésor; d’ailleurs, cette dernière a obtenu une grande partie de ses renseignements indirectement de la Scott Steel par l’intermédiaire du ministère de la Diversification de l’économie de l’Ouest.

66 Troisièmement, le juge Martland a poursuivi en déclarant, dans l’arrêt *Canadian Superior Oil*, aux pages 938 et 939, qu’il n’y avait pas de preuve à l’appui d’une allégation de fraude qui priverait quelqu’un des droits que la loi lui reconnaît. Or, c’est précisément la situation qui existe en l’espèce entre la Scott Steel et la Direction du Trésor.

67 Voici ce que la Cour suprême déclare, aux pages 939 et 940 de l’arrêt *Canadian Superior Oil*, au sujet des éléments essentiels pour fonder une fin de non-recevoir:

(1) Une affirmation, ou une conduite y équivalant, qui a pour but d’inciter la personne à qui elle est faite à adopter une certaine ligne de conduite.

(2) Une action ou une omission résultant de l’affirmation, en paroles ou en actes, de la part de la personne à qui l’affirmation est faite.

(3) Un préjudice causé à cette personne en conséquence de cette action ou omission.

68 Premièrement, en ce qui concerne l’existence d’une affirmation, il est certain que la Scott Steel n’en a pas faite à la Direction du Trésor. Je ne crois pas non plus que l’affirmation avait pour but d’inciter quelqu’un à adopter une ligne de conduite. Certes, la Scott Steel désirait être payée pour son travail. Toutefois, les paiements étaient en réalité contrôlés par la NSRB.

- 69 Second, it seems clear that Treasury Branches, if it relied on representations received third hand from Scott Steel, it relied far more on and acted as a result of the confirmation from their co-lender, Western Economic Diversification, that the latter had either decided to or had actually made their portion of each course of construction advance first.
- 70 Third, while the latter advances may have been to the detriment of Treasury Branches, it is hard to say that they were as a consequence of an act or omission resulting from a representation by Scott Steel, but rather they were a consequence of Treasury Branches' failure to make reasonable inquiries about and keep an eye on the construction of the *Edmonton Queen*.
- 71 In any event I conclude that this estoppel argument, based on the actions of Scott Steel and particularly the letter of January 18, 1993, from Scott Steel to NSRB, then passed along to Western Economic Diversification, who apparently sent a copy to Treasury Branches, fails. It does not provide a basis upon which to alter the usual ranking of the priorities, with Scott Steel coming ahead of Treasury Branches.
- 72 The question is, just where does the fault for this disaster lie. If Treasury Branches had made their own inquiries, it should have been apparent to anyone familiar with any sort of construction project that this one had to be going over what they thought might be the budget. Instead, they relied on Western Economic Diversification, who in turn relied on Consulting and Audit Canada and on representations obtained third hand through NSRB.
- 73 On this analysis, while Treasury Branches may have misled themselves, both by their failure to
- Deuxièmement, il semble clair que, si elle s'est fiée aux affirmations qu'elle a reçues indirectement de la Scott Steel, la Direction du Trésor s'est bien davantage fiée sur la confirmation qu'elle a obtenue de l'autre prêteur, le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest et qu'elle a agi en fonction de ces affirmations. Le Ministère lui avait en effet confirmé soit qu'il avait décidé de consentir le premier sa part des avances relatives à chaque étape des travaux de construction, soit qu'il les avaient effectivement consenties.
- Troisièmement, bien que les avances que la Direction du Trésor a consenties par la suite lui aient causé un préjudice, on ne saurait dire que ce préjudice était une conséquence d'une action ou d'une omission résultant d'une affirmation faite par la Scott Steel. Il s'agissait plutôt d'une conséquence de l'omission de la Direction du Trésor de se renseigner suffisamment au sujet de la construction de l'*Edmonton Queen* et de surveiller le déroulement des travaux.
- En tout état de cause, je conclus que cette fin de non-recevoir, qui est fondée sur les agissements de la Scott Steel et plus particulièrement sur la lettre qu'elle a écrite le 18 janvier 1993 à la NSRB et qui a ensuite été transmise au ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest, lequel en a vraisemblablement envoyé une copie à la Direction du Trésor, est mal fondée. Elle ne justifie pas de modifier l'ordre habituel de priorité qui permet à la Scott Steel de prendre rang avant la Direction du Trésor.
- La question qui se pose est simplement celle de savoir à qui imputer la responsabilité de la catastrophe. Si la Direction du Trésor s'était elle-même renseignée, il aurait été évident pour toute personne qui connaît bien tout genre de projet de construction que les coûts de celui-ci dépasseraient inévitablement les coûts prévus au budget. Au lieu de cela, elle s'est fiée au ministre de la Diversification de l'économie de l'Ouest, qui à son tour s'est fié à Consultation et Vérification Canada et sur les affirmations obtenues indirectement par l'intermédiaire de la NSRB.
- Suivant cette analyse, bien que la Direction du Trésor s'est peut-être induite elle-même en erreur,

make reasonable independent inquiry and by their interpretation of the Scott Steel "on budget" memoranda, it does not appear that they were directly misled by Scott Steel: Treasury Branches had only to ask the proper question, not as to the budget for the vessel, but as to the cost of the vessel and the extras.

tant par son omission de se renseigner elle-même de façon indépendante que par son interprétation de la note de service de la Scott Steel relative au «respect» du budget prévu, il ne semble pas qu'elle ait été induite directement en erreur par la Scott Steel. Il suffisait à la Direction du Trésor de poser la bonne question, non pas au sujet du budget du navire, mais au sujet du coût du navire et des ajouts.

74 In *The Galaxias, supra*, an innocent party was unable to raise their priority over that of another claimant whose tactics the Court said were akin to blackmail. In the present instance, the best that can be said for Treasury Branches is that they deluded themselves. It ought not to be for a shipbuilder to go behind his customer, the shipowner, and gratuitously explain to the lender what ought to have been obvious.

Dans l'affaire *Le Galaxias*, précitée, un tiers de bonne foi n'a pas réussi à obtenir la préséance sur un autre créancier qui avait utilisé une tactique que la Cour a assimilée à du chantage. En l'espèce, tout ce qu'on peut dire en faveur de la Direction du Trésor, c'est qu'elle s'est illusionnée. Il n'appartient pas au constructeur d'un navire d'ignorer son client, en l'occurrence le propriétaire du navire, et d'expliquer sans motif au prêteur une chose qui aurait dû être évidente.

75 In this instance the loss will lie where it has fallen, for I do not see that what has occurred was either a plainly unjust result or an obvious injustice.

Dans le cas qui nous occupe, la perte sera assumée par celui qui l'a occasionnée, car ce qui s'est produit ne m'apparaît pas comme une conséquence manifestement inéquitable ou une injustice flagrante.

76 In the event that my decision goes to appeal, I will consider the alternative argued by Scott Steel and that is that Treasury Branches ought to be forced to marshal and, to the extent they are able, collect their debt from other sources, in this case the guarantors. However, there is also the issue of Damar's priority, which I will consider next.

Pour le cas où ma décision serait portée en appel, j'examinerai le moyen subsidiaire invoqué par la Scott Steel; celle-ci affirme en effet que la collocation devrait être imposée à la Direction du Trésor et, dans la mesure où elle le peut, qu'elle devrait être forcée de recouvrer sa créance d'autres personnes, en l'occurrence, des cautions. Il convient toutefois d'examiner d'abord la question du rang qu'occupe la Damar.

PRIORITY OF DAMAR

77 The claim of Damar is as a supplier of goods and services to the *Edmonton Queen* while the ship was in Scott Steel's yard. In the usual scheme of priorities this would give Damar a statutory right *in rem* and place Damar, as a necessities supplier, or shipbuilder without a possessory lien, below the position of Treasury Branches and *pari passu* with the claims of Hatfield and Wm. R. Brown, the naval architects.

RANG DE LA DAMAR

La Damar présente sa réclamation à titre de fournisseur des biens et des services qui ont été livrés à l'*Edmonton Queen* alors qu'il se trouvait au chantier de la Scott Steel. Suivant l'ordre de priorité habituel, cette qualité conférerait à la Damar un droit légal *in rem* et la placerait, à titre de fournisseur d'approvisionnements nécessaires ou de constructeur de navires sans privilège possessoire, après la Direction du Trésor et sur le même pied que Hatfield et Wm. R. Brown, les architectes navals.

78 Counsel for Damar urges that his clients have, directly or indirectly, a maritime lien, or alternately, some form of constructive or agency based possessory lien through Scott Steel, or a garage-man's lien under Alberta legislation, or an equitable lien, or should be entitled to an equitable share of the sale proceeds.

Maritime Lien

79 At one time a necessities supplier had a maritime lien under English law: see for example the comments of Lord Stowell in *In re The Zodiac* (1825), 1 Hagg 320, at page 325; 166 E.R. 114, at page 116. Lord Stowell points out that the doctrine of a lien for necessities was overthrown by the House of Lords in the mid-17th Century. Now there was some doubt as to whether this was so, however, the issue was certainly settled in *The Ship Neptune*, [1835] 3 Kn. 94; (1835), 13 E.R. 584, in which the Privy Council unanimously held that those who supplied necessities had no maritime lien against a ship and thus no similar claim against the proceeds of the sale of the ship.

80 In *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 12, Mr. Justice Noël considered the position of a necessities supplier. His reasons are an excellent examination of the underlying decisions. He reached the conclusion "that the claimant for necessities supplied to a ship has not [*sic*] maritime lien on the ship but, at the most, has a right to bring an action *in rem* against the ship if the ship is still in the hands of the same owner" (at page 31) and went on to say that the claimant for necessities was in the same position as an ordinary unsecured creditor.³ These propositions were quoted by Deputy Judge Keirstead in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy*, [1971] F.C. 556 (T.D.), at page 562.

78 L'avocat de la Damar affirme que sa cliente possède directement ou indirectement un privilège maritime ou, subsidiairement, une forme quelconque de privilège possessoire de droit ou un privilège fondé sur un mandat par l'intermédiaire de la Scott Steel, ou encore un privilège de garagiste reconnu par la loi albertaine, ou un privilège reconnu en *equity*, ou encore qu'on devrait lui reconnaître une part équitable du produit de la vente.

Privilège maritime

79 À une certaine époque, le droit anglais reconnaissait un privilège maritime au fournisseur d'approvisionnements nécessaires (voir, par exemple, les observations formulées par lord Stowell dans l'arrêt *In re The Zodiac* (1825), 1 Hagg 320, à la page 325; 166 E.R. 114, à la page 116). Lord Stowell souligne que la doctrine du privilège du fournisseur d'approvisionnements nécessaires a été renversée par la Chambre des lords au milieu du dix-septième siècle. Des doutes subsistaient au sujet de la véracité de cette affirmation, mais la question a indiscutablement été tranchée dans l'arrêt *The Ship Neptune*, [1835] 3 Kn. 94; (1835), 13 E.R. 584, dans lequel le Conseil privé a statué à l'unanimité que ceux qui fournissaient des approvisionnements nécessaires ne possédaient aucun privilège maritime sur un navire et qu'ils ne pouvaient participer à ce titre au partage du produit de la vente du navire.

80 Dans le jugement *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 12, le juge Noël a examiné la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires. Ses motifs constituent une excellente analyse des décisions rendues en la matière. Il en est venu à la conclusion «que le réclamant d'approvisionnements nécessaires d'un navire n'a aucun lien [*sic*] maritime sur le navire, mais possède tout au plus un droit d'exercer une action *in rem* contre le navire si ce navire est encore entre les mains du même propriétaire» (à la page 31). Il a poursuivi en disant que le réclamant d'approvisionnements nécessaires se trouve dans la même situation que le créancier chirographaire ordinaire³. Ces propositions ont été citées par le juge suppléant Keirstead dans le jugement *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1^{re} inst.), à la page 562.

Indirect Maritime Lien

81 As an alternative, Damar says that its employees, in working aboard the *Edmonton Queen*, were seamen, entitled to a maritime lien for their wages and that most of the account of Damar is for labour.

82 The claimant in these proceedings is Damar and not the seamen and for that reason, I do not have to decide whether Damar's workers fall within the category of seamen. Rather, it is conclusive that maritime liens, except to the extent of bottomry, are generally not transferable for the courts are reluctant to allow a maritime lien to be assigned. As to transferability of a maritime lien for wages, so that a person, on paying off a privileged wage claim, might stand in the shoes of the privileged claimant, see *The Petone*, [1917] P. 198, at page 208 which is a complete bar, and *The Leoborg (No. 2)*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.), at page 383. *The Petone* was followed in *Bonham et al. v. The Ship Sarnor* (1918), 21 Ex. C.R. 183; *McCullough v. SS. Marshall, Eliasoph et al.*, [1923] Ex. C.R. 110 (upheld [1924] Ex. C.R. 53) and in *Ross, William et al. v. The Ship Aragon*, [1943] Ex. C.R. 41. Subject to the leave of the Court anyone who pays off a seamen's lien for wages acquires no lien on the ship.

Possessory Lien

83 Counsel for Damar asserts that his client has a constructive possessory lien against the *Edmonton Queen* and is therefore entitled to share *pari passu* with any other possessory lien holder.

84 To begin, I agree that possession need not be exclusive. Counsel refers to *Earle's Shipbuilding & Engineering Co. v. Akties. D/S Gefion and Fourth Shipbuilding & Engineering Co.* (1922), 10 Ll. L. Rep. 305, a decision of the Court of Appeal. Lord

Privilège maritime indirect

À titre subsidiaire, la Damar affirme que lorsqu'ils travaillaient à bord de l'*Edmonton Queen*, ses employés étaient des marins et qu'ils avaient droit à un privilège maritime garantissant leur salaire et que la plus grande partie de la créance de la Damar porte sur la main-d'œuvre qu'elle a fournie.

82 Le réclamant dans la présente instance est la Damar et non les marins et, pour cette raison, je n'ai pas à décider si les employés de la Damar entrent dans la catégorie des marins. Qu'il suffise de dire que, sauf dans le cas des contrats à la grosse, les privilèges maritimes ne sont en règle générale pas transférables, étant donné que les tribunaux sont peu disposés à permettre la cession d'un privilège maritime. Quant à la transférabilité du privilège maritime portant sur des salaires, transférabilité qui permettrait à la personne qui règle une créance privilégiée portant sur des salaires de prendre la place du créancier privilégié, voir la décision *The Petone*, [1917] P. 198, à la page 208, dans laquelle le tribunal l'interdit totalement, et le jugement *The Leoborg (No. 2)*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.), à la page 383. Le jugement *The Petone* a été suivi dans les décisions *Bonham et al. v. The Ship Sarnor* (1918), 21 R.C.É. 183; *McCullough v. SS. Marshall, Eliasoph et al.*, [1923] R.C.É. 110 (confirmée à [1924] R.C.É. 53) et *Ross, William et al. v. The Ship Aragon*, [1943] R.C.É. 41. À moins d'obtenir l'autorisation de la Cour, toute personne qui règle le privilège que des marins détiennent au titre de leurs salaires n'acquiert aucun privilège sur le navire.

Privilège possessoire

83 L'avocat de la Damar soutient que sa cliente possède un privilège possessoire de droit sur l'*Edmonton Queen* et qu'elle a par conséquent le droit d'être colloquée *pari passu* avec tout autre titulaire de privilège possessoire.

84 Pour commencer, je suis d'accord pour dire qu'il n'est pas nécessaire que la possession soit exclusive. L'avocat de la Damar cite la décision *Earle's Shipbuilding & Engineering Co. v. Akties. D/S Gefion and Fourth Shipbuilding & Engineering Co.* (1922),

Justice Bankes, in writing the unanimous judgment, indicated that possession need not be exclusive and by way of example he could “personally see no reason why property which has been handed over to a contractor to work on, and was by him handed over to a sub-contractor, may not by agreement be held by the sub-contractor, both for the contractor and for the sub-contractor” (at page 310).

10 L.I. L. Rep. 305, un arrêt de la Cour d’appel. Le lord juge Bankes, qui rédigeait l’arrêt unanime de la Cour, a déclaré qu’il n’était pas nécessaire que la possession soit exclusive et, à titre d’exemple, il a déclaré qu’il n’avait [TRADUCTION] «personnellement aucune objection à ce que le bien qui a été confié à un entrepreneur pour exécuter des travaux qu’il a lui-même confiés à un sous-entrepreneur ne puisse pas, aux termes d’un contrat, être détenu par le sous-entrepreneur en son nom et au nom de l’entrepreneur» (à la page 310).

85 Certainly Damar did not itself, together with Scott Steel, have possession of the *Edmonton Queen*, when they sent workers to attend at the Scott Steel yard to work on the vessel. Damar says that Scott Steel acted as their agent, in asserting a possessory lien. However, there is no evidence that Scott Steel was either appointed agent or in any way ratified a position as agent of Damar, or as submitted by Damar’s counsel, acted as agent for all who worked on the vessel.

85 Certes, la Damar n’avait pas elle-même la possession de l’*Edmonton Queen* conjointement avec la Scott Steel lorsqu’elle a envoyé des ouvriers au chantier de la Scott Steel pour travailler sur le navire. La Damar affirme que la Scott Steel s’est comportée comme son mandataire en invoquant un privilège possessoire. Toutefois, rien ne permet de penser que la Scott Steel avait été constituée mandataire de la Damar ou que les actes qu’elle aurait accomplis à ce titre ont de quelque façon que ce soit été ratifiés ou, comme le prétend l’avocat de la Damar, qu’elle a agi comme mandataire de toutes les personnes qui travaillaient sur le navire.

Alberta Lien Legislation

86 Damar also refers to Alberta legislation dealing with liens, the *Possessory Liens Act*, R.S.A. 1980, c. P-13, and the *Garagemen’s Lien Act*, R.S.A. 1980, c. G-1. Counsel says that Damar made the necessary filings to preserve any lien.

Dispositions législatives albertaines en matière de privilèges

86 La Damar cite également des dispositions législatives albertaines portant sur les privilèges, à savoir la *Possessory Liens Act*, R.S.A. 1980, ch. P-13 et la *Garagemen’s Lien Act*, R.S.A. 1980, ch. G-1. L’avocat affirme que la Damar a déposé les documents nécessaires pour protéger tout privilège qu’elle possède.

87 My understanding of these pieces of Alberta legislation is that they are a codification of the common law and do not grant a lien, but rather provide a means of giving up possession yet maintaining the lien for a given time. Indeed, the *Possessory Liens Act* provides, in section 5, that “[a]ctual or constructive and continued possession of the property that is the subject matter of the debt is essential to the existence of the lien.”

87 À mon sens, ces lois albertaines sont une codification de la common law et elles n’accordent aucun privilège, mais procurent plutôt un moyen de renoncer à la possession tout en conservant un privilège pour une période déterminée. D’ailleurs, l’article 5 de la *Possessory Liens Act* dispose que [TRADUCTION] «[I]a possession continue du bien qui fait l’objet de la créance—possession de fait ou possession de droit—constitue une condition essentielle à l’existence du privilège».

88 Counsel for Damar argues that a garageman's lien is equivalent to a possessory lien and that may be so if it is based on a common law possessory lien and that is not inconsistent with the points that Master Funduk makes in *Alberta (Treasury Branches) v. Don-Gar Construction (1990) Ltd.* (1992), 128 A.R. 186 (Q.B.), when he considers the relationship between a possessory lien and a garageman's lien, however, he does not suggest that the *Garagemen's Lien Act* goes beyond preserving an existing possessory lien, rather it is the exchange of the possessory lien for a continued right against, in the case of that Act, a vehicle, by registration. I would however add that in *Federal Business Development Bank v. "Winder 4135" (The)*, [1986] 2 F.C. 154 (T.D.), at page 161 Mr. Justice Walsh pointed out that even if a provincially granted lien is valid, it is a statutory lien and would be postponed to a mortgage in existence at the time the ship was arrested to enforce the lien.

89 Damar says it had some form of constructive possession, to bring it within section 5 of the *Alberta Possessory Liens Act*. Counsel argues that a person has constructive possession if he has the power to control and the intent to control the item in question, relying upon a definition of "Constructive possession" in *Black's Law Dictionary*. Damar might have had an intention to control the *Edmonton Queen*, although this could be more of an intention in hindsight. Where the argument founders is on the actual power of Damar to control the vessel. Damar may have arrested the vessel, which by *Federal Court Rules*, subsection 1003(9) remained in the possession of and the responsibility of Scott Steel, filed caveats and left tools on board, but that stops short of control.

90 Rather than explore these possibilities further, the short answer to a claim under provincial legislation, dealing with repairer's liens and the like, against a

L'avocat de la Damar affirme que le privilège du garagiste équivaut à un privilège possessoire et qu'il peut en être ainsi si le privilège est fondé sur un privilège possessoire reconnu en common law. Cette affirmation n'est pas incompatible avec les arguments que le protonotaire Funduk fait ressortir dans la décision *Alberta (Treasury Branches) v. Don-Gar Construction (1990) Ltd.* (1992), 128 A.R. 186 (Q.B.), dans laquelle il examine le rapport qui existe entre le privilège possessoire et le privilège du garagiste. Il n'affirme cependant pas que la *Garagemen's Lien Act* fait plus que protéger un privilège possessoire qui existe déjà. Il parle plutôt de l'échange du privilège possessoire pour un droit permanent grevant, dans le cas de cette Loi, un véhicule, par suite d'un enregistrement. J'ajouterais toutefois que, dans le jugement *Banque fédérale de développement c. «Winder 4135» (Le)*, [1986] 2 C.F. 154 (1^{re} inst.), à la page 161, le juge Walsh souligne que, même si un privilège conféré par une loi provinciale est valide, il s'agit d'un privilège d'origine législative qui prendrait rang après l'hypothèque qui existait au moment où le navire a été saisi pour réaliser le privilège.

La Damar affirme qu'elle avait une certaine forme de possession de droit, ce qui la ferait tomber sous le coup de l'article 5 de l'*Alberta Possessory Liens Act*. Se fondant sur la définition de la possession de droit que l'on trouve dans le *Black's Law Dictionary*, l'avocat de la Damar fait valoir qu'une personne a la possession de droit d'un bien si elle a le pouvoir et l'intention de contrôler le bien en question. La Damar avait peut-être l'intention de contrôler l'*Edmonton Queen*, bien qu'avec le recul, il s'agirait davantage d'une intention. Là où cet argument s'effondre, c'est lorsqu'il s'agit du pouvoir effectif de la Damar de contrôler le navire. Il est vrai que la Damar a fait saisir le navire, lequel est, selon le paragraphe 1003(9) des *Règles de la Cour fédérale*, demeuré en la possession et sous la responsabilité de la Scott Steel. Il est vrai qu'elle a également déposé des oppositions et qu'elle a laissé des outils à bord, mais cela ne constitue pas un contrôle.

Plutôt que d'explorer plus à fond ces possibilités, on peut trouver dans le jugement *Finning Ltd. v. Federal Business Development Bank* (1989), 56

88

89

90

federally documented ship, may be found in *Finning Ltd. v. Federal Business Development Bank* (1989), 56 D.L.R. (4th) 379, a constitutional reference in which the Attorney General of British Columbia intervened, being a decision of Mr. Justice Cowan of the B.C. Supreme Court. Mr. Justice Cowan agreed that the province, by referring to a "boat" in the B.C. *Repairers Lien Act* [R.S.B.C. 1979, c. 363], intended that it applied to ships of any size. However, he then went on to find that the provision of the *Repairers Lien Act*, which purported to preserve the lien, was beyond the constitutional powers of the province to the extent that it purported to create a national form of possessory lien not recognized by Canadian maritime law and thereby affecting the priorities under Canadian maritime law. He held that the repairer's lien filed by Finning Ltd., not being a valid possessory lien under Canadian maritime law, must rank behind the mortgage of the Federal Business Bank which was registered against the registered vessel, *Pacific Eagle* (see page 384).

D.L.R. (4th) 379, une réponse simple à la question du statut de la réclamation présentée en vertu d'une loi provinciale relative aux privilèges des réparateurs et aux privilèges semblables sur un navire immatriculé au fédéral. Il s'agissait d'un renvoi constitutionnel dans lequel le procureur général de la Colombie-Britannique est intervenu. Dans ce jugement, le juge Cowan, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a convenu qu'en mentionnant le mot «boat» (bateau) dans la *Repairers Lien Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 363] de la Colombie-Britannique, le législateur provincial voulait qu'il s'applique aux navires de toutes tailles. Il a toutefois poursuivi en déclarant que le législateur provincial n'avait pas les pouvoirs constitutionnels nécessaires pour adopter la disposition de la *Repairers Lien Act* qui prétendait conserver le privilège, dans la mesure où cette disposition visait à créer une sorte de privilège possessoire national, privilège qui n'est pas reconnu en droit maritime canadien, modifiant ainsi l'ordre de priorité établi en droit maritime canadien. Il a statué que, comme il ne constituait pas un privilège valide en droit maritime canadien, le privilège du réparateur déposé par Finning Ltd. devait prendre rang après l'hypothèque de la Banque fédérale de développement qui était enregistrée sur le *Pacific Eagle*, un navire immatriculé (à la page 384).

Equitable Lien

91 Damar says that it has some form of equitable lien, which does not require the claimant to have had possession of the *Edmonton Queen*.

92 An equitable lien is created by reasons of a special relationship between the parties, or from a course of conduct, or through an express intention to create an equitable charge. From time to time the courts have enforced equitable mortgages against vessels, not only in the sense of an unregistered mortgage being enforced against a registered vessel, but also the promise of a mortgage against a registered vessel. Indeed, maritime law admits the validity of an equitable lien.

Privilège reconnu en equity

La Damar affirme qu'elle possède un type de privilège reconnu en *equity* qui n'oblige pas le réclamant à avoir eu la possession de l'*Edmonton Queen*. 91

Le privilège reconnu en *equity* est créé à cause de la relation spéciale qui unit les parties, ou encore en raison d'une ligne de conduite ou d'une intention expresse de créer une charge reconnue en *equity*. À l'occasion, les tribunaux ont fait droit à l'exercice d'hypothèques reconnues en *equity* grevant des navires. Ils ont reconnu la validité non seulement des hypothèques non enregistrées grevant des navires immatriculés, mais aussi les promesses de constitution d'hypothèques portant sur des navires immatriculés. Le droit maritime reconnaît effectivement la validité des privilèges fondés sur l'*equity*. 92

- 93 In the present instance I do not see a special relationship between Damar and the then owners of the *Edmonton Queen*, or a course of conduct that would give rise to an equitable lien. However, if I am wrong in this assessment, there is the question of the priority of any equitable lien that Damar might have.
- 94 Mr. Justice Robert Goff considered the priority of an equitable lien in *Ellerman Lines Ltd. v. Lancaster Maritime Co. Ltd. (The Lancaster)*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 497 (Q.B.), at page 503. He pointed out that legal interests stood ahead of equitable interests. In that case he gave priority to legal mortgage holders, who held assignments of insurance proceeds as part of their mortgage security, ahead of a charterer's equitable lien.
- 95 In the present instance, any equitable lien held by Damar would rank behind both the legal possessory lien of Scott Steel and the recorded legal builder's mortgage of Treasury Branches, which is now a registered ship's mortgage.
- 96 This argument, as to an equitable lien, is inventive and interesting, however, it does not assist Damar in this instance. Moreover, to deny Damar's equitable lien priority over the legal mortgage of Treasury Branches and the possessory lien of Scott Steel does not work an injustice such as that the priorities in this instance ought to be revised.
- 97 Counsel for Scott Steel makes the point that to allow in some doctrine of constructive possessory lien, ranking ahead of other maritime claimants, would make meaningless a whole body of jurisprudence on the ranking of maritime claims. That in itself is not necessarily a reason for excluding a new idea as to the ranking of claims. However, in this
- En l'espèce, je ne constate l'existence d'aucune relation spéciale entre la Damar et les propriétaires d'alors de l'*Edmonton Queen* ou de ligne de conduite qui donneraient lieu à un privilège reconnu en *equity*. Toutefois, si j'ai tort sur cette question, il convient de se prononcer sur le rang qu'occupe tout privilège reconnu en *equity* que la Damar pourrait avoir.
- Le juge Robert Goff a examiné la question du rang des privilèges reconnus en *equity* dans l'affaire *Ellerman Lines Ltd. v. Lancaster Maritime Co. Ltd. (The Lancaster)*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 497 (Q.B.), à la page 503. Il a souligné que les droits reconnus en common law primaient les droits reconnus en *equity*. Dans ce jugement, il a statué que les créanciers hypothécaires légaux qui avaient obtenu la cession du produit de la police d'assurance en vertu de leur garantie hypothécaire avaient priorité sur l'affréteur qui détenait un privilège reconnu en *equity*.
- Dans le cas qui nous occupe, tout privilège reconnu en *equity* que possède la Damar prendrait rang après le privilège possessoire légal de la Scott Steel et l'hypothèque légale du constructeur enregistrée de la Direction du Trésor, laquelle hypothèque est devenue une hypothèque dûment enregistrée qui grève le navire.
- Cet argument de l'existence d'un privilège reconnu en *equity* est novateur et intéressant, mais il n'est d'aucun secours pour la Damar en l'espèce. En outre, nier la préséance du privilège reconnu en *equity* de la Damar sur l'hypothèque légale de la Direction du Trésor et le privilège possessoire de la Scott Steel ne crée pas une injustice telle qu'il faudrait réviser l'ordre de priorité applicable en l'espèce.
- L'avocat de la Scott Steel souligne que si l'on permettait au privilège possessoire de droit, selon une doctrine quelconque, de prendre rang avant d'autres créances maritimes, on viderait de son sens toute une jurisprudence relative à l'ordre de priorité des créances maritimes. Il ne s'agit pas en soi d'une raison justifiant d'exclure une nouvelle idée portant

instance I cannot see that it is unjust to deny a constructive possessory lien.

Equitable Division

98 Finally, Damar argues that equitable division, as suggested in *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661 (T.D.) ought to be applied. However, to apply the idea of equitable distribution is also to apply the tests set out in the subsequent cases of *The Galaxias*, *supra*, and *The Lyrma No. 2*, *supra*, which require that there be either an obvious injustice or a plainly unjust result. Ship repairers and necessities suppliers have always, in modern times, had to deal with the fact that their claims ranked low, even below that of a mortgage holder, and yet the repairer or the necessities supplier has, in many cases, enhanced the value of the vessel for that mortgage holder, or in this case, for the possessory lien holder. Moreover, on the appeal of *The Atlantean I*, reported (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, Mr. Justice Pratte denied that necessities, as such, ought to have an enhanced priority: he was prepared to allow the expense of fuel oil, a necessary, to take an enhanced priority when the fuel oil was ordered by the admiralty Marshal, but was not prepared to apply enhanced priorities to ordinary necessities. In the end result, the priorities set out by the Court of Appeal were the usual, notwithstanding that there was perhaps a certain degree of unfairness.

MARSHALLING

99 In the event that I am wrong in applying the usual priority as between Scott Steel and Treasury Branches, and the latter thus has priority, I should

sur l'ordre de priorité des créances. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, je ne vois pas en quoi il serait injuste de ne pas reconnaître un privilège possessoire de droit.

Partage fondé sur l'equity

98 Finalement, la Damar soutient qu'un partage fondé sur l'*equity* devrait être appliqué, comme la Cour l'a suggéré dans le jugement *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661 (1^{re} inst.). Toutefois, en appliquant le concept du partage fondé sur l'*equity*, on applique également les critères posés dans les décisions ultérieures *Le Galaxias*, précitée et *The Lyrma (No. 2)*, précitée, qui exigent qu'il y ait soit une injustice flagrante, soit un résultat manifestement injuste. De nos jours, les réparateurs de navires et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ont toujours eu à composer avec le fait que leurs créances occupaient les derniers rangs dans l'ordre de priorité et qu'elles venaient même après le créancier hypothécaire et ce, malgré le fait que les réparateurs de navires et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires améliorent, dans de nombreux cas, la valeur du navire au profit de ce créancier hypothécaire ou, dans le cas qui nous occupe, du titulaire du privilège possessoire. Qui plus est, siégeant en appel dans l'affaire *L'Atlantean I* publiée à (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, le juge Pratte a nié que les approvisionnements nécessaires devaient, en tant que tels, bénéficier d'un rang supérieur. Il s'est dit prêt à permettre aux frais engagés pour le mazout—qui constituait un approvisionnement nécessaire—à obtenir un meilleur rang lorsque la fourniture du mazout était commandée par le prévôt maritime, mais il n'était pas disposé à appliquer l'ordre de priorité ainsi obtenu aux approvisionnements nécessaires ordinaires. En fin de compte, l'ordre de priorité établi par la Cour d'appel était l'ordre habituel, malgré le fait que cet ordre de priorité créait peut-être une certaine injustice.

COLLOCATION

99 Pour le cas où j'aurais tort d'appliquer l'ordre de priorité habituel entre la Scott Steel et la Direction du Trésor, et où cette dernière aurait en conséquence

consider the submission of counsel for Scott Steel that Treasury Branches, as holders of alternate security, should be required to marshal and thereby draw first on that alternative security.

100 Tetley, on *Maritime Liens and Claims*, Business Law Communications Ltd., 1985, at pages 393-394, describes marshalling as follows:

Marshaling is the equitable process whereby the Marshal or the court orders a creditor who has a secured right on more than one *res* or more than one fund belonging to the debtor or security from two or more debtors for the same debt, to exercise his right on the security in a manner which will be in the best interests of all creditors. The Marshal or court must also take into consideration the best interests of third parties and even of the debtor.⁴

101 Scott Steel refers to a number of securities held by Treasury Branches in addition to and in support of its mortgage security over the *Edmonton Queen*. The list of security includes the guarantees of the principals of NSRB and the guarantee of the province of Alberta. Treasury Branches has realized what it can against the guarantees of the principals of NSRB. Scott Steel says too little was realized. However, that is not in my view now relevant for (*Manks v. Whiteley*, [1911] 2 Ch. 448, at page 466):

The equitable right of marshalling has never been held to prevent a prior mortgagee from realizing his securities in such manner and order as he thinks fit.

I take this to mean that if before the marshalling issue is raised the mortgagee had already realized on a security which was at hand a court can only apply an equitable solution to the security that remains, but alternately, if the marshalling issue is raised before the mortgagee has satisfied its claim, a court can make an order compelling the mortgagee to satisfy its claim in such a way as to allow the doctrine of marshalling to apply in the most equitable way.

un droit de préférence, j'examine maintenant l'argument de l'avocat de la Scott Steel qui affirme qu'en tant que titulaire d'une garantie subsidiaire, la Direction du Trésor devrait être tenue de procéder à une collocation et de recourir d'abord à cette garantie subsidiaire.

Voici la définition du terme «marshalling» (collocation) que Tetley donne dans son ouvrage *Maritime Liens and Claims*, Business Law Communications Ltd., 1985, aux pages 393 et 394: 100

[TRADUCTION] La collocation est un mécanisme reconnu en *equity* par lequel le prévôt ou le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers. Le prévôt ou le tribunal doit également tenir compte des meilleurs intérêts des tiers et même de ceux du débiteur⁴.

La Scott Steel mentionne plusieurs garanties que 101 la Direction du Trésor possède en plus de la garantie hypothécaire qu'elle détient sur l'*Edmonton Queen* et qui appuient cette dernière. La liste de garanties comprend le cautionnement versé par les débiteurs principaux de la NSRB, ainsi que le cautionnement de la province d'Alberta. La Direction du Trésor a obtenu tout ce qu'elle a pu obtenir en vertu du cautionnement fourni par les débiteurs principaux de la NSRB. La Scott Steel affirme qu'elle en a obtenu trop peu. J'estime toutefois que cette question n'est pas pertinente maintenant, étant donné que (*Manks v. Whiteley*, [1911] 2 Ch. 448, à la page 466):

[TRADUCTION] Les tribunaux n'ont jamais considéré que le droit reconnu en *equity* de procéder à une collocation empêchait un créancier hypothécaire antérieur de réaliser sa sûreté de la façon et dans l'ordre qu'il décide.

Si j'ai bien compris, cela veut dire que si, avant que la question de la collocation ne soit soulevée, le créancier hypothécaire a déjà réalisé la sûreté qu'il détenait, le tribunal ne peut qu'appliquer une solution fondée sur l'*equity* en ce qui concerne la sûreté qui reste, alors que, si la question de la collocation est soulevée avant que le créancier hypothécaire n'ait été remboursé, le tribunal peut prononcer une ordonnance forçant le créancier hypothécaire à éteindre sa créance de manière à permettre à la doctrine

de collocation de s'appliquer de la façon la plus équitable.

102 Treasury Branches says that as a creditor it cannot be forced to marshal. In answer to this concept that a party cannot be forced to marshal, Scott Steel refers to *Falconbridge on Mortgages*, 4th, 1977, at page 314:

It would appear that there are cases in which a court would be justified, for the protection of the interests of the respective owners or mortgagees of separate parcels of land, in interfering with the freedom of action of the holder of the common mortgage, provided it can do so without substantially delaying or inconveniencing such mortgagee, or preventing him from obtaining payment in full of his claim or rendering his proceedings more onerous.

for the proposition that a court may, in certain circumstances, dictate that marshalling take place.

103 While marshalling is often sought by a creditor, the holder of alternate securities, it is not limited to such instances, but may be sought by the singly secured creditor: see for example *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 420, at pages 426-427, a decision of the Ontario High Court.

104 Treasury Branches says it has a right to the remedy which it seeks and that the Court cannot use the doctrine of marshalling to force a creditor to pursue a remedy which it has not sought, referring to *First Investors Corporation Ltd. v. Veeradon Developments, Wiber and Butler Engineering Ltd.* (1988), 84 A.R. 364, a decision of the Alberta Court of Appeal.

105 The *First Investors* case, which involved two properties, stands on its own particular facts. The singly secured creditor sought to force the doubly secured creditor to look to the property on which the singly secured creditor did not have a mortgage. The two properties were appraised at more than enough to satisfy the doubly secured creditor, but on the

La Direction du Trésor soutient qu'on ne peut pas 102
forcer un créancier à la collocation. En réponse à l'idée qu'on ne peut forcer un créancier à la collocation, la Scott Steel cite *Falconbridge on Mortgages*, 4^e édition, 1977, à la page 314, pour affirmer que le tribunal peut, dans certaines circonstances, ordonner la collocation:

[TRADUCTION] Il semblerait qu'il y ait des cas où le tribunal serait justifié, pour la protection des intérêts des propriétaires ou créanciers hypothécaires respectifs de parcelles de terrain distinctes, d'entraver la liberté d'action du titulaire de l'hypothèque commune, à condition qu'il puisse le faire sans retarder ce créancier hypothécaire ou sans lui nuire de façon trop importante, ou sans l'empêcher d'obtenir le paiement intégral de sa créance ou de rendre sa poursuite plus onéreuse.

Bien qu'elle soit souvent demandée par un créancier 103
qui détient plusieurs garanties, la collocation n'est pas limitée à ces cas, mais peut être demandée séparément par un créancier qui ne détient qu'une seule garantie (voir, par exemple, le jugement *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 420, aux pages 426 et 427, une décision de la Haute Cour de l'Ontario).

Citant la décision *First Investors Corporation Ltd.* 104
v. Veeradon Developments, Wiber and Butler Engineering Ltd. (1988), 84 A.R. 364, un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, la Direction du Trésor affirme qu'elle a droit à la réparation qu'elle réclame et que la Cour ne peut recourir à la doctrine de collocation pour forcer un créancier à essayer d'obtenir une réparation qu'il n'a pas sollicitée.

L'affaire *First Investors*, qui portait sur deux 105
propriétés, est un cas d'espèce. Dans cette affaire, le titulaire d'une seule créance garantie cherchait à forcer le titulaire de deux créances garanties à se payer sur la propriété sur laquelle la personne qui ne possédait qu'une seule créance garantie ne détenait pas d'hypothèque. La valeur attribuée aux deux

market did not together attract offers sufficient to pay out the doubly secured creditor. The doubly secured creditor then sought an order for final foreclosure on both properties. It was at that point that the singly secured creditor sought marshalling, saying that the foreclosure value ought to be not the apparent present market value, but rather the higher appraised value and that the doubly secured creditor ought to be forced to marshal to the extent of its windfall, that is the difference between the appraised value and the market value. The Master in Chambers and the Trial Judge had held that the doctrine applied, had refused a foreclosure order and had given the doubly secured creditor the option of purchasing one of the properties at its appraised value in satisfaction of its first mortgage debt. In effect, the Court, at that stage, was forcing the doubly secured creditor to bid its mortgage on the full appraised value of one property, at which point the singly secured creditor would make up any shortfall and receive title to the other property on which it held a second mortgage. The result of this, the Court of Appeal found, went against the rule that the doctrine of marshalling should not be applied so as to prejudice the first mortgage holder, as it did indeed prejudice the plaintiff, First Investors. This is not analogous to the *Edmonton Queen* situation.

propriétés était plus que suffisante pour désintéresser le créancier qui détenait deux créances garanties, mais elle n'a pas attiré sur le marché des offres suffisantes pour désintéresser le créancier qui possédait deux créances garanties. Ce dernier a alors tenté d'obtenir une ordonnance de forclusion définitive visant les deux propriétés. C'est à ce moment-là que le créancier qui détenait une seule créance garantie a cherché à obtenir la collocation au motif que la valeur de la forclusion ne devait pas correspondre à la valeur marchande actuelle apparente, mais plutôt à la valeur supérieure établie lors de l'évaluation, et que le créancier qui possédait deux créances garanties devait être forcé à la collocation jusqu'à concurrence de son profit inespéré, c'est-à-dire la différence entre la valeur établie lors de l'évaluation et la valeur marchande. Le protonotaire siégeant en son cabinet et le juge de première instance ont statué que la doctrine de collocation s'appliquait, ont refusé de prononcer l'ordonnance de forclusion demandée et ont accordé au créancier qui détenait deux créances garanties le choix de se porter acquéreur de l'une des propriétés à la valeur qui lui avait été attribuée lors de l'évaluation pour régler sa créance hypothécaire de premier rang. À cette étape, le tribunal forçait en réalité le créancier qui détenait deux créances garanties à faire une offre sur son hypothèque pour la pleine valeur attribuée à l'une des propriétés lors de l'évaluation, ce qui permettait alors au créancier qui détenait une seule créance garantie de combler toute insuffisance et d'obtenir un titre sur l'autre propriété sur laquelle il détenait une hypothèque de second rang. La Cour d'appel a conclu que le résultat qui en découlait allait à l'encontre du principe suivant lequel la doctrine de collocation ne devait pas être appliquée au détriment du titulaire de l'hypothèque de premier rang, étant donné qu'elle causait effectivement un préjudice à la demanderesse, la First Investors. Cette situation est analogue à celle de l'*Edmonton Queen*.

106 The next question is whether there can be marshalling when the doubly secured creditor, in this instance Treasury Branches, holds not the traditional two mortgages over Blackacre and Whiteacre, both given by the same owner/debtor, but rather when the two funds consist of, on the one hand, a

La question suivante à se poser est celle de savoir 106 s'il peut y avoir collocation lorsque le créancier qui détient deux créances garanties, en l'occurrence la Direction du Trésor, détient, non pas deux hypothèques traditionnelles qui grèvent des biens-fonds et qui ont été consenties par le même propriétaire/

mortgage and on the other hand, a fund made available by the Government of the province of Alberta which I will assume, for the purpose of this analysis, to be a guarantee.

107 In applying the doctrine of marshalling there are a number of rules, for example that the claims must be against a single debtor and this is a point raised by Treasury Branches when they say that a guarantee is, by definition, an agreement to answer for the debt of another, being a separate contract requiring a third party to make good on the debt of another. Treasury Branches say that they would not have access to two funds of one debtor, but rather the right to one fund, being a fund resulting from the sale of NSRB's vessel and another fund from another debtor, the provincial Crown.

108 The Fourth Edition (Reissue) of *Halsbury's Laws of England* goes on to consider the application of the doctrine of marshalling at paragraph 877, page 786:

877. Application of doctrine of marshalling. Generally, three conditions must be satisfied in order that the doctrine of marshalling may be applied as regards claims by creditors:

- (1) the claims must be against a single debtor; if one creditor has a claim against C and D, and another creditor has a claim against D only, the latter creditor may not require the former to resort to C unless the liability is such that D could throw the primary liability on C, for example where C and D are principal and surety;
- (2) the two funds must be at the debtor's disposal; if they are not, the persons interested in the fund not under the debtor's control have a right to throw his debts on the other fund which is under his control, and against them there is no marshalling;
- (3) the two funds must be in existence when the question of marshalling arises.

All of these conditions must be satisfied and that is certain when one looks at the First Edition of *Halsbury* which places the word "and" at the end of

débiteur, mais plutôt deux fonds qui consistent, d'une part, en une hypothèque et, d'autre part, en un fonds constitué par le gouvernement de la province de l'Alberta. Je présume que ce fonds constitue, aux fins de la présente analyse, un cautionnement.

Pour appliquer la doctrine de collocation, il y a 107 plusieurs règles à suivre. Ainsi, les réclamations doivent être dirigées contre un seul débiteur. La Direction du Trésor soulève cette question lorsqu'elle affirme qu'un cautionnement est, par définition, un engagement par lequel une personne promet d'exécuter l'obligation d'une autre personne et qu'il constitue un contrat distinct qui exige d'un tiers qu'il acquitte la dette d'une autre personne. La Direction du Trésor affirme qu'elle n'aurait pas accès aux deux fonds d'un seul débiteur, mais plutôt qu'elle aurait droit à un seul fonds, à savoir le fonds constitué par suite de la vente du navire de la NSRB, ainsi que le fonds d'un autre débiteur, la Couronne provinciale.

Dans la quatrième édition de son ouvrage, 108 *Halsbury's Laws of England* poursuit en analysant l'application de la doctrine de collocation au paragraphe 877 de la page 786:

[TRADUCTION] **877. Application de la doctrine de la collocation.** En règle générale, il y a trois conditions à remplir pour que la doctrine de collocation puisse s'appliquer à des créances:

- (1) Les créances ne doivent viser qu'un seul débiteur; si un créancier a une créance contre C et D, et qu'un autre créancier a une créance contre D seulement, ce dernier créancier ne peut forcer le premier à s'adresser à C que si la nature de la créance permet à D de reporter la responsabilité première du paiement sur C, lorsque, par exemple, C et D sont respectivement débiteur principal et caution;
- (2) les deux fonds doivent être à la disposition du débiteur; s'ils ne le sont pas, les personnes qui ont des intérêts dans le fonds qui ne relève pas du contrôle du débiteur ont le droit de reporter les dettes du débiteur sur l'autre fonds dont il a le contrôle, et ils ne peuvent faire l'objet d'une collocation;
- (3) les deux fonds doivent exister lorsque la question de la collocation est soulevée.

Toutes ces conditions doivent être réunies, comme le démontre à l'évidence le fait que *Halsbury* insère le mot «et» à la fin de la deuxième condition, dans la

the second condition. The first of the three conditions makes it clear that marshalling may be resorted to where a guarantee is involved, so long as the guarantor might throw the primary liability back to its principal. It is however the application of these three rules which prevent Scott Steel from marshalling in the event that they might be held, on appeal, to lose their usual priority.

première édition de son ouvrage. Il ressort de la première de ces trois conditions que l'on peut recourir à la collocation lorsqu'un cautionnement est en cause, à condition que la caution puisse reporter la responsabilité principale sur son débiteur principal. C'est toutefois l'application de ces trois règles qui empêche la Scott Steel de procéder à une collocation pour le cas où le tribunal d'appel jugerait qu'elle a perdu son rang habituel dans l'ordre de priorité.

109 As to the first rule, it allows marshalling when the two funds are principal and guarantor. It would seem from the case law that the singly secured creditor may obtain marshalling and then as the case may be claim either against a principal where the singly secured creditor held only a claim against the doubly secured creditor's guarantor, as was the case in *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.*, *supra*, or apparently against a guarantor, as in *Ex parte Salting. In re Stratton* (1883), 25 Ch. 148, a decision of the Court of Appeal where, in effect, the singly secured creditor, Salting, was allowed to claim against the guarantor, Stratton. Treasury Branches say that in the present instance if they look to the province of Alberta, the guarantor, first, that guarantor, having paid the principal debt is entitled to be subrogated to the position of Treasury Branches, but in examining the cases in which marshalling has been applied it seems not to have stopped the courts from requiring marshalling where the guarantor is subject to marshalling and can only look to an impecunious principal. Rather the courts have merely looked to see if two appropriate funds are available.

Pour ce qui est de la première règle, il convient de signaler qu'elle permet la collocation lorsque les deux fonds sont ceux du débiteur principal et de la caution. Il semble qu'il ressort de la jurisprudence que le créancier qui détient une seule créance garantie peut obtenir la collocation et, le cas échéant, qu'il peut diriger sa réclamation contre le créancier qui détient deux créances garanties, comme c'était le cas dans l'affaire *Brown v. Canadian Imperial Bank of Commerce et al.*, précitée, ou vraisemblablement contre la caution, comme dans l'arrêt *Ex parte Salting. In re Stratton* (1883), 25 Ch. 148. Dans cet arrêt, dans lequel le créancier détenait une seule créance garantie, la Cour d'appel a permis à Salting de diriger sa réclamation contre la caution, Stratton. La Direction du Trésor affirme qu'en l'espèce, si elle s'adressait d'abord à la caution, la province d'Alberta, cette caution aurait le droit d'être subrogée à la Direction du Trésor, étant donné qu'elle a acquitté la dette principale, mais il semble, à la lecture des décisions dans lesquelles la collocation a été appliquée, que cela n'ait pas empêché les tribunaux d'imposer la collocation lorsque la caution est assujettie à la collocation et qu'elle ne puisse s'adresser qu'à un débiteur principal impecunieux. Au lieu de cela, les tribunaux se sont contentés de vérifier si les deux fonds appropriés étaient disponibles.

110 As to the second branch of the test, that the two funds must be at the debtor's disposal, that is also the case for, under certain circumstances, Treasury Branches may, after meeting a number of conditions and taking various steps, call on the Alberta government guarantee. However, there is a matter of timing which brings us to the third rule.

Quant au second volet du critère, celui selon lequel les deux fonds doivent être à la disposition du débiteur, c'est également le cas en l'espèce car, dans certaines circonstances, la Direction du Trésor peut, après avoir rempli un certain nombre de conditions et après avoir pris diverses mesures, faire appel au cautionnement du gouvernement de l'Alberta. Il y a toutefois une question de délai qui nous amène à la troisième règle.

- 111 The third rule is that the two funds must be in existence when the question of marshalling arises, for example see, *In re International Life Assurance Society* (1876), 2 Ch. 476, a decision of the Court of Appeal. In that case the Trial Judge, in allowing marshalling, took into account not only amounts realized on calls on shares that were initially available for distribution, but also a further call some time later. The Court of Appeal denied marshalling.
- La troisième règle exige que les deux fonds existent au moment où la question de la collocation est soulevée (voir, par exemple, l'arrêt *In re International Life Assurance Society* (1876), 2 Ch. 476, de la Cour d'appel). Dans cette affaire, en accordant la collocation demandée, le juge de première instance a tenu compte non seulement des sommes réalisées à la suite de l'appel de versements fait sur des actions qui pouvaient initialement être distribuées, mais également d'un autre appel de versements qui avait été fait un peu plus tard. La Cour d'appel a refusé d'accorder la collocation demandée.
- 112 In the present instance there are many preconditions in the Alberta government guarantee of the Treasury Branches' loan. There is insufficient evidence to show whether those terms have been met and the guarantee made available. Thus the requirement that the two funds be in existence when the question of marshalling arises has not been met.
- En l'espèce, le cautionnement du prêt de la Direction du Trésor qu'a consenti le gouvernement de l'Alberta est assorti de nombreuses conditions préalables. Il n'y a pas suffisamment de preuve pour démontrer si ces conditions ont été respectées et si le cautionnement a été mis à la disposition de l'intéressé. La condition voulant que les deux fonds existent au moment où la question de la collocation est soulevée n'est donc pas remplie.
- 113 In *In re The "Priscilla"* (1859) Lush 1; 167 E.R. 1 (Adm. Div.), Dr. Lushington observed, "I am of the opinion that the principle of marshalling the assets ought to prevail in this Court whenever it can be carried into effect without violating other rules entitled to preferential observance" (at page 3). In that case a creditor, the holder of a bottomry bond, as against ship, freight and cargo, sought to be paid from the proceeds of the ship and freight. The holder of the bottomry bond standing second also had a claim against ship, freight and cargo. The third place creditor, whose bottomry bond was good only against ship and freight, sought by marshalling to have the prior two bond holders satisfy their claims against cargo, so that there might be something left, of ship and freight, to satisfy the third place claimant. Dr. Lushington, in denying marshalling, pointed out that cargo, by a rule of preferential observance, might not be touched until ship and freight had been exhausted. Treasury Branches relies on this case and points to the requirement that Treasury Branches must realize on all other security before looking to the provincial Crown as guarantor. Counsel says that the guarantor
- Dans l'arrêt *In re The "Priscilla"* (1859) Lush 1; 167 E.R. 1 (Adm. Div.), le juge Lushington a déclaré: [TRADUCTION] «Je suis d'avis que notre Cour devrait appliquer le principe de la collocation des actifs chaque fois qu'elle peut lui donner effet sans porter atteinte à d'autres principes qui doivent être observés en priorité» (à la page 3). Dans cette affaire, un créancier qui était partie à un contrat à la grosse portant sur un navire, ses marchandises et sa cargaison, essayait de se faire payer sur le produit de la vente du navire et des marchandises. Le titulaire du contrat à la grosse qui occupait le deuxième rang présentait également une réclamation contre le navire, les marchandises et la cargaison. Le créancier qui arrivait au troisième rang, qui ne pouvait opposer son contrat à la grosse que contre le navire et les marchandises, essayait d'obtenir une collocation de façon à ce que les deux titulaires de contrats à la grosse qui venaient avant lui se remboursent sur la cargaison, de manière à ce qu'il reste quelque chose du produit de la vente du navire ou des marchandises pour désintéresser le créancier qui occupait le troisième rang. Le juge Lushington a refusé d'accorder la collocation en soulignant qu'en raison d'un

has a right to rely on its agreement and that the doctrine of marshalling does not give the Court jurisdiction to alter contractual obligations. That is another reason why Scott Steel, if it lost its position in priority to Treasury Branches, cannot gain the benefit of marshalling.

principe qui devait être observé en priorité, on ne pouvait toucher à la cargaison tant que les sommes relatives au navire et aux marchandises n'étaient pas épuisées. La Direction du Trésor se fonde sur cet arrêt et attire l'attention de la Cour sur la condition qui l'oblige à réaliser toutes ses autres sûretés avant de s'adresser à la Couronne provinciale en sa qualité de caution. L'avocat affirme que la caution a le droit de se fonder sur son contrat et que la doctrine de collocation ne confère pas à la Cour la compétence pour modifier des obligations contractuelles. C'est une autre raison pour laquelle, si elle a perdu son droit d'être préférée à la Direction du Trésor, la Scott Steel ne peut obtenir l'avantage de la collocation.

114 Having decided that marshalling does not apply, I do not need to consider whether the Government of Alberta guarantee is just that, and would otherwise be subject to marshalling, or whether, as Treasury Branches contends, Treasury Branches and the Alberta government are one and the same entity.

Ayant décidé que la collocation ne s'applique pas, 114 je n'ai pas à me demander si le cautionnement fourni par le gouvernement de l'Alberta n'est rien d'autre qu'un cautionnement et s'il serait par ailleurs assujéti à la collocation ou si, comme le prétend la Direction du Trésor, la Direction du Trésor et le gouvernement de l'Alberta ne sont qu'une seule et même entité.

CONCLUSION

115 In conclusion, the priorities will be as follows:

1. The Marshal for fees and the costs of the appraisal, study of the ship and sale, and Treasury Branches to the extent they have funded these fees and costs, as already provided for or may be agreed or by taxation;

2. Scott Steel, after the quantum of their claim for work properly done, with reference to items not appearing on the ship as designed by Wm. R. Brown, but added since, including those required by the Peter S. Hatfield designs, by implication from those designs, and as authorized orally or in writing by NSRB's naval architects or by NSRB, its officers, directors and employees and which shall include the bow thruster, is established by a reference;

DISPOSITIF

Voici, pour conclure, l'ordre de priorité des créanciers: 115

1. Le prévôt, pour les honoraires et les frais afférents à l'évaluation, à l'étude et à la vente du navire, et la Direction du Trésor, dans la mesure où elle a financé les honoraires et les frais en question, comme il a déjà été prévu, comme il peut être convenu ou comme il peut être déterminé dans le cadre d'une taxation;

2. La Scott Steel, après que sera établi dans le cadre d'un renvoi le montant de sa créance pour les travaux régulièrement effectués relativement aux éléments qui ne figurent pas dans les plans dessinés par Wm. R. Brown mais qui ont été ajoutés depuis, y compris les éléments nécessités implicitement par les plans de Peter S. Hatfield et qui ont été autorisés verbalement ou par écrit par les architectes navals de la NSRB ou par la NSRB, ses administrateurs, dirigeants et employés et qui comprennent le propulseur d'étrave;

3. Treasury Branches, after the amount of their claim is established by reference;

4. If any funds remain in Court after the prior three claims are satisfied following the reference, to Damar, Hatfield and Wm. R. Brown, *pari passu*.

116 In the event that the parties are not able to agree as to costs, they may be spoken to.

117 I thank counsel for the effort put into briefs and for their interesting presentations.

¹ For example see Curtis on *The Law of Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1991, at p. 110, and particularly footnote 61; Jackson on *Enforcement of Maritime Claims*, Lloyd's of London Press, 1985, at p. 267; Clarke on *Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1982, at p. 31; and Goldrein on *Ship Sale and Purchase: Law and Technique*, Lloyd's of London Press, 1985, at p. 62. Counsel for Scott Steel also points out that the *Sale of Goods Act* [R.S.A. 1980, c. S-2] (s. 59 in the Alberta version) specifically preserves the common law where it is not inconsistent, notes that the *Sale of Goods Act* codified and preserved the common law possessory lien, being ss. 40 and 41 of the Alberta *Sale of Goods Act* and refers to a comment by Fridman in *Sale of Goods in Canada*, Carswell, 1986, at pp. 309-310 quoting from the Ontario Law Reform Commission, *Report on Sale of Goods*, Vol. II, at p. 394 of 1979, that most, if not all of the leading cases as to sellers' remedies pre-date the *Sale of Goods Act*, for the statutory provisions in the Act have engendered only modest litigation.

² The Coopers & Lybrand commissioned appraisal, by Universal Marine Consultants (West Coast) Ltd., in addition to estimating a fair market value for the vessel in the builder's yard, also noted that the completed replacement value would be between 2.75 and 2.8 million dollars, including in that figure \$350,000 to complete the vessel and \$75,000 to launch the vessel, adding that the vessel could be built in a West Coast shipyard for between 3 million and 3.25 million dollars, the figure being higher because of higher wage costs on the West Coast.

³ For another excellent consideration of the right of the necessities purchaser, see Mr. Justice Brandon's decision in

3. La Direction du Trésor, après que le montant de sa créance sera établi dans le cadre d'un renvoi;

4. S'il reste des deniers consignés à la Cour après que les trois créances précédentes auront été payées à la suite du renvoi, la Damar, Hatfield et Wm. R. Brown, *pari passu*.

Si les parties ne réussissent pas à s'entendre au 116 sujet des dépens, elles peuvent revenir devant moi pour me soumettre la question.

Je tiens à remercier les avocats pour l'excellence 117 de leur mémoire et la qualité de leur plaidoyer.

¹ Par exemple, voir Curtis dans *The Law of Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1991, à la p. 110, et particulièrement la note 61; Jackson dans *Enforcement of Maritime Claims*, Lloyd's of London Press, 1985, à la p. 267; Clarke dans *Shipbuilding Contracts*, Lloyd's of London Press, 1982, à la p. 31; Goldrein dans *Ship Sale and Purchase: Law and Technique*, Lloyd's of London Press, 1985, à la p. 62. L'avocat de la Scott Steel souligne également que la *Sale of Goods Act* [R.S.A. 1980, ch. S-2] (art. 59 de la loi albertaine) prévoit expressément que les règles de common law qui ne sont pas incompatibles sont maintenues, fait remarquer que les art. 40 et 41 de la *Sale of Goods Act* codifient et conservent le privilège possessoire reconnu en common law et cite un commentaire fait par Fridman dans son ouvrage *Sale of Goods in Canada*, Carswell, 1986, aux p. 309 et 310, lequel cite le Rapport de 1979 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (*Report on Sale of Goods*, vol. II, à la p. 394) suivant lequel la plupart, sinon la totalité, des décisions de principe relatives aux recours ouverts aux vendeurs existaient avant l'entrée en vigueur de la *Sale of Goods Act*, étant donné que les dispositions législatives prévues dans la Loi ne donnent lieu qu'à des litiges mineurs.

² Dans l'évaluation que lui a commandée l'Universal Marine Consultants (West Coast) Ltd., la Coopers & Lybrand, a, en plus d'estimer la juste valeur marchande du navire se trouvant dans le chantier du constructeur, fait remarquer que la valeur de remplacement du navire, une fois terminé, s'établirait entre 2,75 et 2,8 millions de dollars. Ce chiffre comprend une somme de 350 000 \$ affectée à l'achèvement des travaux de construction et une somme de 75 000 \$, pour le lancement du navire. La Coopers & Lybrand a ajouté que le navire pouvait être construit dans un chantier de la West Coast pour une somme variant entre trois et 3,25 millions de dollars. Ce chiffre est plus élevé à cause des salaires supérieurs payés par la West Coast.

³ Pour une autre excellente analyse des droits du fournisseur d'approvisionnements nécessaires, voir la décision

The Monica S., [1967] 2 Lloyd's Rep. 113 (Adm. Div.). However, the Canadian reader should keep in mind that the English concept, that a necessities supplier in England becomes a secured creditor on the issuance of a writ *in rem*, does not apply in Canada: see for example *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 12, at pp. 31 and 33.

⁴ William Tetley acknowledges that he has adopted the American spelling, "marshaling", rather than the English spelling. However, William Tetley's description of marshalling is easier to understand than the traditional English description, for example that set out in the Fourth Edition (Reissue) of *Halsbury's Law of England*, Vol. 16, para. 876, at p. 785:

876. The doctrine of marshalling. Where one claimant, A, has two funds, X and Y, to which he may resort for satisfaction of his claim, whether legal or equitable, and another claimant, B, may resort to only one of these funds, Y, equity interposes so as to secure that A shall not by resorting to Y disappoint B. Consequently, if the matter is under the court's control, A will be required in the first place to satisfy himself out of X, and to resort to Y in case of deficiency only; and, if A has already been paid out of Y, the court will allow B to stand in his place as against X. This is known as the doctrine of marshalling, and is adopted in order to prevent one claimant depriving another claimant of his security.

rendue par le juge Brandon dans l'affaire *The Monica S.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 113 (Adm. Div.). Le lecteur canadien doit toutefois se rappeler que le concept anglais suivant lequel le fournisseur d'approvisionnements nécessaires devient, en Angleterre, un créancier garanti lorsqu'un bref *in rem* est lancé, ne s'applique pas au Canada (voir, par exemple, le jugement *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 12, aux p. 31 et 33).

⁴ William Tetley reconnaît qu'il a adopté l'orthographe américaine «marshaling» plutôt que l'orthographe anglaise «marshalling» (collocation). La définition de William Tetley est cependant plus facile à comprendre que la définition anglaise traditionnelle, comme celle que l'on trouve dans la quatrième édition de *Halsbury's Law of England*, vol. 16, par. 876 à la p. 785:

[TRADUCTION] **876. Doctrine de la collocation.** Lorsqu'un créancier, A, possède deux fonds, X et Y, auxquels il peut recourir pour être remboursé de la créance qu'il détient en common law ou en *equity*, et qu'un autre créancier, B, ne peut recourir qu'à un de ces fonds, le fonds Y, l'*equity* intervient pour garantir qu'en recourant au fonds Y, A ne lèse pas B. En conséquence, si la question relève du tribunal, A devra d'abord se payer sur le fonds X et ne pourra recourir au fonds Y qu'en cas d'insuffisance; et, si A a déjà été payé sur le fonds Y, le tribunal permettra à B de prendre la place de A et de se faire payer sur le fonds X. C'est ce qu'on appelle la doctrine de collocation et on y recourt pour empêcher qu'un créancier prive un autre créancier de sa garantie.