

T-5141-79

T-5141-79

**The Ship *C. F. Todd*, The Canadian Fishing Company Limited and John Katnic (*Plaintiffs*)**

v.

**The Ship *Tanu Warrior*, British Columbia Packers Limited and Willis Crosby (*Defendants*)**

Trial Division, Addy J.—Vancouver, January 18 and February 10, 1982.

*Maritime law — Practice — Motion to add counterclaim to statement of defence notwithstanding that limitation period expired — B.C. Limitation Act provides that expiry of limitation period does not bar proceedings by counterclaim — S. 38 of Federal Court Act provides that laws relating to limitation of actions in force in any province apply to proceedings in Federal Court in respect of cause of action arising in such province except as expressly provided in any other Act — S. 645 of Canada Shipping Act imposes two-year limitation period on claims for damages to vessel by another vessel, but gives Court discretion to extend such period — Collision occurred in B.C. territorial waters — Prior to commencement of action, defendants advised plaintiffs of intention to counterclaim for damages should action be instituted — Two months after action was started statement of defence merely denying negligence was filed — Full disclosure of damage to defendant vessel was provided at examinations for discovery held several months prior to expiry of limitation period — During settlement negotiations, defendants maintained position that both parties were negligent — More than a year after expiry of limitation period, plaintiffs indicated intention to rely on two-year limitation period in s. 645 of Canada Shipping Act — B.C. Limitation Act does not apply — Principles governing exercise of discretion to extend time pursuant to s. 645 of Canada Shipping Act — Court may consider general circumstances of case — Motion allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38 — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 645(1),(2) — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 4(1)(a).*

Defendants apply to amend statement of defence by adding a counterclaim. The two-year limitation period for instituting an action has expired. The collision between the two ships occurred in November 1978 within the territorial waters of British Columbia. In August 1979 the solicitors for the defendants were advised that the plaintiffs intended to institute action, and they replied that in such event the defendants would counterclaim for their damages. Action was instituted in October 1979 and a statement of defence merely denying negligence was filed in December 1979. Examinations for discovery were held in April 1980, and the defendants disclosed full details of damage to their ship. During settlement negotiations the defendants indicated that there was negligence on the part of both parties and that liability would be apportioned by any Court hearing the matter. The limitation period expired in

**Le navire *C. F. Todd*, The Canadian Fishing Company Limited et John Katnic (*demandeurs*)**

a c.

**Le navire *Tanu Warrior*, British Columbia Packers Limited et Willis Crosby (*défendeurs*)**

Division de première instance, juge Addy—  
b Vancouver, 18 janvier et 10 février 1982.

*Droit maritime — Pratique — Requête en vue d'ajouter une demande reconventionnelle à la défense malgré la prescription — La Limitation Act de C.-B. ne prévoit pas de prescription en matière de demande reconventionnelle — Selon l'art. 38 de la Loi sur la Cour fédérale, les règles de droit relatives à la prescription des actions en vigueur dans une province s'appliquent à une instance en Cour fédérale dans le cas où la cause de l'action a pris naissance dans la province, sous réserve d'une disposition contraire de toute autre loi — Prescription de deux ans prévue par l'art. 645 de la Loi sur la marine marchande du Canada en matière d'action pour avarie causée à un navire par un autre navire, mais pouvoir discrétionnaire de la Cour de proroger ce délai — Abordage dans les eaux territoriales de C.-B. — Avant l'introduction de l'action, les défendeurs ont notifié aux demandeurs leur intention de déposer une demande reconventionnelle en dommages-intérêts s'ils engageaient une action — Deux mois après l'institution de l'action, dépôt d'une défense se bornant à nier la négligence — Fourniture de tous les détails des avaries causées au navire défendeur lors d'interrogatoires préalables tenus plusieurs mois avant l'expiration du délai de prescription — Dans les pourparlers en vue de transiger, les défendeurs soutiennent que les deux parties ont été négligentes — Plus d'un an après l'expiration du délai de prescription, les demandeurs annoncent leur intention de s'appuyer sur la prescription de deux ans prévue à l'art. 645 de la Loi sur la marine marchande du Canada — La Limitation Act de C.-B. ne s'applique pas — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de prorogation du délai en vertu de l'art. 645 de la Loi sur la marine marchande du Canada — La Cour peut tenir compte des circonstances générales du cas d'espèce — Requête accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 38 — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9, art. 645(1),(2) — Limitation Act, S.R.C.-B. 1979, c. 236, art. 4(1)a).*

h Les défendeurs demandent l'autorisation de modifier leur défense pour y ajouter une demande reconventionnelle, après expiration du délai de prescription de deux ans. L'abordage des deux navires a eu lieu en novembre 1978 dans les eaux territoriales de la Colombie-Britannique. En août 1979, les avocats des défendeurs ont appris que les demandeurs avaient l'intention d'engager une action et ils ont répondu qu'en ce cas, les défendeurs formeraient une demande reconventionnelle en dommages-intérêts. L'action a été engagée en octobre 1979 et une défense, se bornant à nier la négligence, a été produite en décembre 1979. Les interrogatoires préalables ont eu lieu en avril 1980 et les défendeurs ont fourni tous les détails des avaries causées à leur navire. Au cours des négociations en vue de transiger, les défendeurs ont prétendu qu'il y avait eu négligence de la part des deux parties et que toute juridiction

November 1980. In December 1981, after continuing negotiations, the plaintiffs indicated that they intended to rely on the two-year limitation period provided for in subsection 645(1) of the *Canada Shipping Act*. The defendants submit that since the accident occurred within the territorial waters of British Columbia, section 4 of the *Limitation Act* of the Province should apply. Section 4 provides that the expiration of the limitation period does not apply to proceedings by counterclaim. Section 38 of the *Federal Court Act* provides that "Except as expressly provided by any other Act" the laws relating to limitation of actions in force in any province apply to proceedings in the Federal Court in respect of any cause of action arising in such province. Subsection 645(1) of the *Canada Shipping Act* provides that no action for damages is maintainable against a vessel unless proceedings are started within two years from the date when the damage was caused. However, subsection 645(2) provides that the Court may extend such period to such extent and on such conditions as it thinks fit.

*Held*, the motion is granted. The British Columbia *Limitation Act* does not apply to the case at bar since there is another Act, namely section 645 of the *Canada Shipping Act* which provides for prescriptions and limitations of actions in the present instance. The question arises as to what general principle should govern the decision on whether time should be extended pursuant to subsection 645(2). The Courts have not followed a strict evidentiary rule of requiring a party seeking relief from limitations, to first show a real reason other than mistake, inadvertence or ignorance, before considering the equities between the parties and all the circumstances of the case. They have proceeded to take the general circumstances into consideration and, where there appeared to be no real prejudice to the party being sued (other than a loss of his right to insist on the limitation) which could not be corrected by special conditions in the order extending time, and where, having regard to all the circumstances, it appeared to be in the best interests of justice that time be extended, the order was granted, notwithstanding the fact that the basic reason for delay might have been inadvertence, mistake or ignorance of the law. As to the general circumstances involved in the case at bar, it was strictly by inadvertence that the statement of defence did not contain a counterclaim. The plaintiffs, on the other hand, have never knowingly induced the defendants to allow time to run out. The plaintiffs would suffer no prejudice which could not be compensated for by costs, other than their right to insist on the two-year limitation. From the pleadings pertaining to the proposed counterclaim, if some of the allegations are established, it would appear that the defendants would have a valid counterclaim at law against the plaintiffs and might well be seriously prejudiced if prevented from counterclaiming. The plaintiffs were, even before the action was instituted, advised that the defendants, should they be faced with a claim, intended to counterclaim for their own damages. During the negotiations for settlement previous to the expiry of the limitation period, the plaintiffs were advised that the defendants were expecting a division of liability. The plaintiffs' solicitors might not even have been aware that a counterclaim had not been included in the pleadings. Examinations for

saisie du litige partagerait la responsabilité. La prescription extinctive a été acquise en novembre 1980. En décembre 1981, les pourparlers s'étant poursuivis, les défendeurs ont indiqué qu'ils avaient l'intention de s'appuyer sur la prescription de deux ans du paragraphe 645(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Les défendeurs soutiennent que, comme l'accident s'est produit dans les eaux territoriales de la Colombie-Britannique, l'article 4 de la *Limitation Act* de cette province s'applique. Cet article dispose que la prescription ne s'applique pas à une demande reconventionnelle. L'article 38 de la *Loi sur la Cour fédérale* porte que «Sauf disposition contraire de toute autre loi», les règles de droit relatives à la prescription des actions en vigueur dans une province s'appliquent à toute procédure devant la Cour fédérale relativement à une cause d'action qui prend naissance dans cette province. Le paragraphe 645(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit qu'aucune action en dommages-intérêts n'est soutenable contre un bâtiment à moins que les procédures ne soient intentées dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'avarie a été causée. Toutefois, le paragraphe 645(2) prévoit que la Cour peut proroger ce délai dans la mesure et aux conditions qu'elle juge convenables.

*Arrêt*: la requête est accueillie. La *Limitation Act* de la Colombie-Britannique ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il existe une autre loi, en l'occurrence l'article 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, relative à la prescription applicable en l'instance. La question se pose donc de savoir quel principe général devrait fonder la décision de proroger ou non le délai selon le paragraphe 645(2). Les tribunaux n'ont pas suivi une règle de preuve étroite exigeant que la partie requérante fournisse d'abord un motif véritable d'écarter la prescription, autre que l'erreur, l'inadvertance ou l'ignorance, avant d'examiner l'équité de la demande par rapport aux parties et les autres circonstances de l'espèce. Ils tiennent compte des circonstances générales et, lorsque la partie poursuivie paraît ne subir aucun préjudice réel (autre que la perte du droit de se prévaloir de la prescription) que des conditions spéciales dans l'ordonnance de prorogation ne sauraient corriger et lorsque, compte tenu de tous les faits pertinents, la prorogation paraît être dans le meilleur intérêt de la justice, l'ordonnance est accordée, indépendamment du fait que le motif fondamental du délai ait pu être l'inadvertance, l'erreur ou l'ignorance de la loi. Quant aux circonstances générales du présent cas d'espèce, c'est uniquement par inadvertance qu'aucune demande reconventionnelle n'a été incluse dans la défense. Par ailleurs, les demandeurs n'ont jamais sciemment tenté d'amener les défendeurs à laisser le délai courir. Les demandeurs ne subiront aucun préjudice que les dépens ne pourraient réparer, si ce n'est la perte de la prescription de deux ans. D'après la demande reconventionnelle, si certains des faits allégués étaient établis, la demande reconventionnelle des défendeurs contre les demandeurs serait probablement valide en droit et il se pourrait même que les défendeurs subissent un préjudice sérieux s'il leur était interdit de l'intenter. Les défendeurs avaient avisé les demandeurs, avant le début des procédures, qu'en cas d'action dirigée contre eux, ils feraient une demande reconventionnelle pour leurs propres dommages-intérêts. Au cours des négociations en vue d'une transaction et avant l'expiration du délai de prescription, les demandeurs avaient appris que les défendeurs s'attendaient à un partage de la responsabilité. Il se peut que les avocats des demandeurs n'aient pas su qu'aucune demande

discovery as to the extent and details of the amount of the damages of the defendants were held and surveyors' reports covering same were produced several months before the limitation period expired.

*A. G. Kelloway v. Engineering Consultants Limited* [1972] F.C. 932, applied. *The Llandoverly Castle* [1920] P. 119, considered. *Sarnia Steamships Ltd. v. Dominion Foundries and Steel Ltd.* [1948] Ex.C.R. 253, referred to. *Heath v. Kane (No. 2)*, *Hartikainen v. Kane (No. 2)* (1976) 15 O.R. (2d) 262, referred to. *The Arraiz* (1924) 132 L.T. 715, referred to. *Chemainus Towing Co. Ltd. v. The Ship "Capetan Yiannis"* [1966] Ex.C.R. 717, referred to. *Phillip Brothers v. Torm, A/S, D/S, Cast Lines* (1979) 105 D.L.R. (3d) 763 (F.C.T.D.), discussed. *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. v. The Ship "Star Blackford"* [1979] 2 F.C. 109, discussed.

MOTION.

COUNSEL:

*Michael J. Bird* for plaintiffs.  
*J. J. L. Hunter* for defendants.

SOLICITORS:

*Owen, Bird*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Davis & Company*, Vancouver, for defendants.

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

ADDY J.: In this action the two ships are fishing vessels and were involved in a collision at sea.

The defendants are applying for leave to amend their statement of defence by adding thereto a counterclaim. The two-year limitation for instituting an action has expired. Relevant facts to the issue are listed chronologically as follows:

(1) The collision occurred on the 2nd of November 1978 within the territorial waters of British Columbia, namely Deep Water Bay.

(2) In August 1979 the solicitors for the defendants were advised that the plaintiffs intended to institute action and, on the 8th of August 1979 they wrote to the solicitors for the plaintiffs stating that if action was instituted, they had received instructions to accept service of the statement of claim and to counterclaim for their clients' damages. They also stated that, if the defendant vessel was arrested, they would in

reconventionnelle ne figurait dans les écritures. Il y avait eu des interrogatoires préalables sur l'étendue et le détail du montant des dommages des défendeurs et des rapports d'experts maritimes sur le sujet avaient été déposés plusieurs mois avant qu'il n'y ait prescription.

Jurisprudence: décision appliquée: *A. G. Kelloway c. Engineering Consultants Limited* [1972] C.F. 932. Décision examinée: *The Llandoverly Castle* [1920] P. 119. Décisions mentionnées: *Sarnia Steamships Ltd. c. Dominion Foundries and Steel Ltd.* [1948] R.C.É. 253; *Heath c. Kane (N° 2)*, *Hartikainen c. Kane (N° 2)* (1976) 15 O.R. (2<sup>e</sup>) 262; *The Arraiz* (1924) 132 L.T. 715; *Chemainus Towing Co. Ltd. c. Le navire «Capetan Yiannis»* [1966] R.C.É. 717. Décisions analysées: *Phillip Brothers c. Torm, A/S, D/S, Cast Lines* (1979) 105 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 763 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.); *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. c. Le navire «Star Blackford»* [1979] 2 C.F. 109.

REQUÊTE.

AVOCATS:

*Michael J. Bird* pour les demandeurs.  
*J. J. L. Hunter* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

*Owen, Bird*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Davis & Company*, Vancouver, pour les défendeurs.

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

LE JUGE ADDY: Il s'agit en l'espèce de deux navires, des bâtiments de pêche, impliqués dans un abordage en mer.

Les défendeurs demandent l'autorisation de modifier leur défense pour y ajouter une demande reconventionnelle. Il y a eu prescription, biennale. Voici les faits en cause, énoncés chronologiquement:

(1) L'abordage eut lieu le 2 novembre 1978 dans les eaux territoriales de la Colombie-Britannique, à Deep Water Bay.

(2) En août 1979, les avocats des défendeurs apprenaient que les demandeurs avaient l'intention d'engager une action; le 8 août 1979, ils écrivaient aux avocats des demandeurs disant que si une action était engagée, ils avaient instruction d'accepter signification de la déclaration et de former une demande reconventionnelle en dommages-intérêts au nom de leurs clients. Aussi, s'il y avait saisie du navire défen-

turn be causing the plaintiff vessel to be arrested.

(3) Action was instituted by the plaintiffs on the 24th of October 1979 and a statement of defence was filed two months later on the 31st of December 1979. <sup>a</sup>

(4) There was no allegation of negligence on the part of the plaintiffs in the statement of defence but merely a denial of negligence on the part of the defendants. The proposed amendment seeks to add allegations of negligence against the plaintiffs and, of course a claim for damages on the counterclaim. It also includes an alternative plea of contributory negligence in the main action. <sup>b</sup>

(5) Lists of documents were filed and exchanged by the parties one month later. <sup>c</sup>

(6) Examinations for discovery of both parties were held in April 1980. On the discovery of the defendants full details of damages to the defendant ship were requested and obtained and the surveyors' reports were examined. The plaintiffs claim however that these details were requested solely in order to determine the nature and location of the damage to the defendant ship with a view to establishing precisely the point of impact and the relative positions of the vessels at moment of impact and not in order to examine the amounts of any possible claim for damages by the defendants. <sup>d</sup>

(7) Previous to the expiry of the limitation period on the 1st of November 1980, several letters were exchanged between the parties with the view to possible settlement. In that correspondence the solicitors for the defendants on the 30th of July 1980 indicated that there was negligence on the part of both parties and that liability would be apportioned by any Court hearing the matter. The letter also contained the following statement "I am prepared to recommend that we settle the case on a % [percentage blanked out for purposes of this motion] distribution of liability upon the damage amounts that have been approved by our respective surveyors." After acknowledging receipt of that letter on the 19th of August 1980 the solicitors for the plaintiffs replied that they would be submitting the matter to their clients. <sup>e</sup>

deur, ils verraient à faire saisir le navire demandeur.

(3) Les demandeurs intentèrent une action le 24 octobre 1979; il y eut production d'une défense deux mois plus tard, le 31 décembre 1979. <sup>a</sup>

(4) La défense ne soutient pas qu'il y a eu négligence des demandeurs; elle se borne à nier qu'il y ait eu négligence des défendeurs. L'ajout proposé alléguerait la négligence des demandeurs et, bien entendu, réclamerait des dommages-intérêts en demande reconventionnelle. Conclusion subsidiaire, on excipe aussi de la faute commune en défense à l'action principale. <sup>b</sup>

(5) Les parties ont déposé et se sont communiqué des listes de pièces un mois plus tard. <sup>c</sup>

(6) Il y a eu interrogatoire préalable des parties en avril 1980. Lors de l'interrogatoire préalable des défendeurs, on demanda et obtint tous les détails des avaries causées au navire défendeur et les rapports d'expertise furent étudiés. Les demandeurs prétendent toutefois que ces détails ne furent exigés que dans le but de déterminer la nature et la localisation des avaries du navire défendeur afin d'établir précisément le point d'impact et les positions respectives des navires au moment du choc, non afin d'étudier les montants d'une demande éventuelle en dommages-intérêts des défendeurs. <sup>d</sup>

(7) Avant que la prescription extinctive ne soit acquise, le 1<sup>er</sup> novembre 1980, les parties échangèrent plusieurs lettres en vue de transiger. Dans cette correspondance, les avocats des défendeurs, le 30 juillet 1980, prétendent qu'il y a eu négligence de la part des deux parties et que toute juridiction saisie du litige partagerait la responsabilité. La lettre comporte aussi la déclaration suivante: [TRADUCTION] «Je suis prêt à recommander que l'on transige pour % [pourcentage effacé pour les fins de la requête] partageant ainsi la responsabilité selon le montant des dommages approuvé par nos experts respectifs.» Après avoir accusé réception de cette lettre, le 19 août 1980, les avocats des demandeurs répondirent qu'ils soumettaient la chose à leurs clients. <sup>e</sup>

(8) The two-year limitation period expired on the 1st of November 1980.

(9) On the 24th of February, 1981 the plaintiffs finally replied that they did not agree that the liability would be apportioned by any Court but, in order to avoid further litigation offered to settle on the basis of a certain percentage of liability. That letter however only mentioned the damages claimed by the plaintiffs and made no mention of the damages claimed by the defendants.

(10) After acknowledging the last-mentioned letter the solicitors for the defendants wrote on the 5th of June 1981, offering to settle both claims on the basis of a certain apportionment of liability. The damages of both parties were specifically mentioned therein. No answer having been received, a request was sent out on the 9th of September 1981 and on the 14th of September the solicitors for the plaintiffs replied that they were seeking instructions from their clients before replying.

(11) A further request by the defendants for reply was sent on the 16th of November 1981 and a further reply that they were still awaiting instructions was sent by the solicitors for the plaintiffs on the 18th of November 1981. Finally, on the 22nd of December 1981 they wrote refusing the offer of the 5th of June 1981 and for the first time indicated to the defendants that no separate action or counterclaim had been instituted and that they intended to rely on the two-year limitation period provided for in subsection 645(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, to contest any claim for damages on the part of the defendants.

In the first place the defendants argued that, as the accident occurred within the territorial waters of British Columbia section 4 of the *Limitation Act* of that Province would apply (R.S.B.C. 1979, c. 236). Paragraph 4(1)(a) of that Act reads as follows:

4. (1) Where an action to which this or any other Act applies has been commenced, the lapse of time limited for bringing an action is no bar to

(a) proceedings by counterclaim, including the adding of a new party as a defendant by counterclaim;

Subsection 38(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, provides:

(8) Le 1<sup>er</sup> novembre 1980, il y eut prescription, de deux ans.

(9) Le 24 février 1981, les demandeurs répondirent finalement qu'ils ne croyaient pas qu'un tribunal partagerait la responsabilité mais, afin d'éviter la prolongation du litige, ils étaient prêts à transiger en prenant pour base un certain pourcentage de responsabilité. Cette lettre toutefois ne mentionnait que les dommages-intérêts revendiqués par les demandeurs, ignorant ceux exigés par les défendeurs.

(10) Après avoir accusé réception de cette dernière lettre, les avocats des défendeurs écrivirent le 5 juin 1981 qu'ils offraient de transiger en prenant en compte les deux réclamations selon un partage quelconque de la responsabilité. On évaluait expressément les dommages-intérêts des deux parties. Ne recevant aucune réponse, ils en réclamaient une le 9 septembre 1981; le 14 septembre, les avocats des demandeurs répondaient qu'ils demandaient des instructions à leurs clients avant de répondre.

(11) Les défendeurs réclamèrent de nouveau une réponse le 16 novembre 1981, à laquelle les avocats des demandeurs répondirent, le 18 novembre 1981, de nouveau, qu'ils attendaient des instructions. Enfin, le 22 décembre 1981, ils écrivirent pour refuser l'offre du 5 juin 1981 et, pour la première fois, notifier aux défendeurs qu'aucune action séparée ou demande reconventionnelle n'avait été engagée, indiquant qu'ils avaient l'intention de s'appuyer sur la prescription de deux ans du paragraphe 645(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, contre toute demande en dommages-intérêts de la part des défendeurs.

En premier lieu, les défendeurs soutiennent que, comme l'accident s'est produit dans les eaux territoriales de la Colombie-Britannique, l'article 4 de la *Limitation Act* de cette province s'applique (S.R.C.-B. 1979, c. 236). Voici l'alinéa 4(1)a) de cette loi:

[TRANSCRIPTION] 4. (1) Il n'y a pas prescription lorsqu'a été engagée une action à laquelle la présente ou toute autre loi s'applique, dans les cas suivants:

a) une demande reconventionnelle, y inclus l'ajout d'une nouvelle partie comme défenderesse reconventionnelle;

Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, porte:

38. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in such province . . . .

The opening words of the above enactment are unequivocal and must be given effect to. There is "any other Act" namely section 645 of the *Canada Shipping Act* which provides for prescriptions and limitations of actions in the present instance and therefore the British Columbia *Limitation Act* does not apply to the case at bar. The relevant parts of section 645 of the *Canada Shipping Act* read as follows:

645. (1) No action is maintainable to enforce any claim . . . against a vessel or its owners in respect of any damage or loss to another vessel, . . . caused by the fault of the former vessel, whether such vessel is wholly or partly in fault, unless proceedings therein are commenced within two years from the date when the damage or loss or injury was caused . . . .

(2) Any court having jurisdiction to deal with an action to which this section relates may, in accordance with the rules of court, extend any such period, to such extent and on such conditions as it thinks fit, . . . .

There is no doubt that, at law, a counterclaim is in essence a separate action and, generally speaking, is subject to the same rules regarding limitations as any ordinary action. There are however some exceptions such as where the main action is instituted at the very last minute and the defendant who had instituted no counterclaim under a mistaken and justifiable belief that the plaintiff was not intending to sue, is by reason of the last minute action of the plaintiff unable to sue within the statutory limitation period. Courts in such a case will normally not enforce limitations where the defendant acts promptly after receiving a notice of the plaintiff's claim, even where the limitation statute is very strict and does not, as in the case of subsection 645(2) of the *Canada Shipping Act*, expressly give the Court the power to extend the limitation.

The question therefore arises as to what general principle should govern my decision on whether

38. (1) Sauf disposition contraire de toute autre loi, les règles de droit relatives à la prescription des actions en vigueur entre sujets dans une province s'appliquent à toute procédure devant la Cour relativement à une cause d'action qui prend naissance dans cette province . . . .

La circonstancielle en début d'article est sans équivoque et doit recevoir plein effet. Il existe une «toute autre loi», soit l'article 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, relative à la prescription; il s'ensuit que la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique ne s'applique pas en l'espèce. Voici les dispositions pertinentes de l'article 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*:

645. (1) Nulle action n'est soutenable aux fins d'exercer une réclamation . . . contre un bâtiment ou contre ses propriétaires relativement à toute avarie ou perte causée à un autre bâtiment, . . . occasionnées par la faute du premier bâtiment, que ce bâtiment soit entièrement ou partiellement en faute, à moins que les procédures ne soient intentées dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'avarie ou la perte ou la mort ou les blessures ont été causées . . . .

(2) Toute cour compétente pour connaître d'une action à laquelle se rapporte le présent article peut, conformément aux règles de cour, proroger ce délai, dans la mesure et aux conditions qu'elle juge convenables, . . . .

Il ne fait aucun doute qu'en droit une demande reconventionnelle constitue essentiellement une action séparée, qui, généralement parlant, est soumise aux mêmes règles de prescription que toute autre action ordinaire. Il existe certaines exceptions, comme lorsque l'action principale est engagée à la toute dernière minute et que le défendeur, qui n'a pas intenté de demande reconventionnelle, croyant avec raison que le demandeur n'avait pas l'intention d'agir contre lui, est, en raison de l'engagement à la toute dernière minute de l'action du demandeur, incapable d'agir avant que n'arrive la prescription prévue par la loi. Les tribunaux dans un tel cas, normalement, n'appliquent pas la prescription lorsque le défendeur a agi promptement après avoir pris connaissance de la demande du demandeur même si la législation sur la prescription est impérative et, comme dans le cas du paragraphe 645(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, n'attribue expressément à la Cour aucun pouvoir de prorogation du délai de prescription.

La question se pose donc de savoir quel principe général devrait fonder ma décision de proroger ou

time should be extended pursuant to subsection 645(2).

The English cases under a similar provision in their statute originally seemed to have proceeded on the principle that the person seeking the relief was obliged first of all to show a very good reason why the statute should not apply and, once that had been established, the Court would only then consider the equities between the parties and all the other circumstances of the case before deciding whether time should be extended.

However a somewhat more lenient and equitable rule was expressed in the case of *The Llandovery Castle* [1920] P. 119 as follows [at page 125]:

... the discretion can only be used in favour of a plaintiff if there are special circumstances which create a real reason why the statutory limitation should not take effect.

It is to be noted that the consideration of a real or a justifiable reason does not attach solely to the reason for lack of action on the part of the party entitled to sue, but to special circumstances generally. The rule in the *Llandovery* case was approved by Barlow D.J.A. in *Sarnia Steamships Ltd. v. Dominion Foundries and Steel Ltd.* [1948] Ex.C.R. 253, and expressly applied by Estey C.J.H.C. [as he then was] in the case of *Heath v. Kane (No. 2)*, *Hartikainen v. Kane (No. 2)* (1976) 15 O.R. (2d) 262.

In the case of *Philipp Brothers v. Torm, A/S, D/S, Cast Lines* (1979) 105 D.L.R. (3d) 763 (F.C.T.D.), my brother Walsh J. allowed the addition of an entirely new plaintiff after the limitation period and relied on a decision of the Federal Court of Appeal in the case of *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. v. The Ship "Star Blackford"* [1979] 2 F.C. 109, (1979) 26 N.R. 85 where three new plaintiffs were added after the prescription period had expired. Both those cases were purportedly decided pursuant to Rule 425 which specifically deals with the correcting of the name of a party, even where such correction entails the substitution of a new party. However, in neither of these cases do the facts seem to me to meet the provisions of that Rule, if interpreted literally, for it is difficult to understand how the adding of a completely new party, never in any way described, alluded to or mistakenly described by another

non le délai selon le paragraphe 645(2).

La jurisprudence anglaise, interprétant une disposition similaire de la législation de ce pays, semble partir du principe que celui qui prétend exercer ce recours doit d'abord avoir une fort bonne raison pour ne pas appliquer la législation; cela démontré, la Cour se borne à répartir les parties selon l'équité et le cas d'espèce avant de décider de proroger ou non.

Mais une règle en quelque sorte plus large et plus équitable apparaît avec l'espèce *The Llandovery Castle* [1920] P. 119 [à la page 125]:

[TRADUCTION] ... ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé au profit d'un demandeur que dans des circonstances spéciales, autorisant de ne pas donner effet à la prescription légale.

Notons que dans la recherche d'un véritable ou justifiable motif de proroger, on ne s'attache pas uniquement à la raison qu'avait la partie en droit de poursuivre de ne pas l'avoir fait, mais bien à ces circonstances spéciales en général. Le juge Barlow, juge de district en amirauté, dans l'espèce *Sarnia Steamships Ltd. c. Dominion Foundries and Steel Ltd.* [1948] R.C.É. 253, approuva la règle de l'espèce *Llandovery* et le juge en chef Estey, qui siégeait alors à la Haute Cour, l'appliqua expressément dans l'espèce *Heath c. Kane (N° 2)*, *Hartikainen c. Kane (N° 2)* (1976) 15 O.R. (2<sup>e</sup>) 262.

Dans l'espèce *Philipp Brothers c. Torm, A/S, D/S, Cast Lines* (1979) 105 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 763 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.), mon collègue, le juge Walsh, accepta l'adjonction d'un codemandeur après que la prescription a été acquise en se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Hijos de Romulo Torrents Albert S.A. c. Le navire "Star Blackford"* [1979] 2 C.F. 109, (1979) 26 N.R. 85, où trois nouveaux demandeurs avaient été adjoints bien qu'il y ait eu prescription. Ces deux espèces auraient été fondées sur la Règle 425 qui, expressément, traite des corrections du nom d'une partie, même lorsque cela implique la substitution d'une nouvelle partie à l'ancienne. Mais ni dans l'une espèce, ni dans l'autre, les faits ne me semblent conformes à la Règle, interprétée littéralement, car il est difficile de comprendre comment l'adjonction d'une partie entièrement nouvelle, jamais mentionnée auparavant, ni décrite faussement comme une

party's name, can be considered as a correction of a misnomer. The amendments were granted on the basis that the party being sued (the defendants in those cases) would not suffer any prejudice other than the loss of the limitations defence, and was not misled in any way as to the damages for which a claim is being made. As Walsh J. stated at page 766 of the above-mentioned report of the *Philipp Brothers v. Torm* case:

On the basis of this jurisprudence which goes far to decide on an equitable basis claims which might otherwise be defeated due to an error made by the plaintiff which does not really prejudice defendant who is fully aware of all the facts giving rise to the action, I grant plaintiff's motion to amend the style of cause by adding B.S. Livingstone & Co. Inc. as a plaintiff herein; costs against plaintiff in any event of the cause.

In the previous case of *A. G. Kelloway v. Engineering Consultants Limited* [1972] F.C. 932 he granted relief from the limitation imposed by subsection 536(1) of the *Canada Shipping Act* for salvage services, pursuant to the power granted to the Court to extend time under subsection 536(2). The reason why the action was not instituted in time was "pressure of other work" on the plaintiffs' solicitor.

The wording of subsection 536(2) under which Mr. Justice Walsh was proceeding is absolutely identical to subsection 645(2) under which the present application is brought. At page 934 of the above-mentioned report he states:

... but that the first part of section 536(2) gives the widest possible discretion to the court permitting it to extend the two year period within which section 536(1) requires the proceedings to be commenced "to such extent and on such conditions as it thinks fit" . . . .

He was adopting the language of Pollock M.R. in the case of *The Arraiz* (1924) 132 L.T. 715 at 716, which was also quoted with approval by Sheppard D.J. in *Chemainus Towing Co. Ltd. v. The Ship "Capetan Yiannis"* [1966] Ex.C.R. 717.

At page 937 of that report Mr. Justice Walsh also states that he does not find "sufficient reason" as outlined in the English cases but feels that he is not bound to so find and that the Court's discretion is unfettered in each individual case. He does however go on to state three reasons on which he

autre, puisse être considérée comme une correction d'écriture. Ces modifications furent accordées parce que la partie poursuivie (les défendeurs dans ces espèces) ne subissait aucun préjudice sauf la perte de la défense de prescription et n'était nullement induite en erreur quant aux dommages-intérêts réclamés. Comme l'a dit le juge Walsh, à la page 766 de l'espèce précitée, *Philipp Brothers c. Torm*:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces décisions qui font état d'efforts certains déployés en vue de régler en fonction de l'équité des réclamations qui autrement pourraient être rejetées par suite d'une erreur de la demanderesse, erreur qui ne désavantage pas réellement la défenderesse qui connaît très bien tous les faits à l'origine de l'action, je suis d'avis d'accueillir la présente requête en modification de l'intitulé de la cause pour y ajouter B.S. Livingstone & Co. Inc. à titre de demanderesse. Les dépens afférents à la présente requête sont à la charge de la demanderesse quelle que soit l'issue de la cause.

Dans l'espèce antérieure *A. G. Kelloway c. Engineering Consultants Limited* [1972] C.F. 932, ce même juge avait passé outre à la prescription que crée le paragraphe 536(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* en matière de sauvetage, conformément au pouvoir de prorogation que le paragraphe 536(2) attribue à la Cour. Or, si l'action n'avait pas été engagée, c'était en raison du fait que l'avocat des demandeurs «était accaparé par d'autres tâches».

Le libellé du paragraphe 536(2) dont était saisi le juge Walsh est absolument identique au paragraphe 645(2) sur le fondement duquel la présente demande est faite. A la page 934 du recueil précité, le juge dit:

... mais la première partie de l'article 536(2) accorde à la cour le plus large pouvoir d'appréciation, en lui permettant de proroger le délai de deux ans dans lequel, aux termes de l'article 536(1), on doit entamer les procédures, «dans la mesure et aux conditions qu'elle juge convenables» . . . .

Il faisait ainsi siens les commentaires du Maître des rôles Pollock dans l'espèce *The Arraiz* (1924) 132 L.T. 715, à la page 716, cités aussi avec approbation par le juge suppléant Sheppard dans l'espèce *Chemainus Towing Co. Ltd. c. Le navire "Capetan Yiannis"* [1966] R.C.É. 717.

A la page 937 du recueil, le juge Walsh dit aussi qu'il ne constate l'existence d'aucune «raison suffisante», ce qu'exige la jurisprudence anglaise, mais il estime n'être pas obligé d'en constater, le pouvoir discrétionnaire de la Cour demeurant intact dans chaque espèce. Toutefois, il poursuit en donnant



clearly bases his decision to grant the extension requested and it is evident that he does consider the combination of those circumstances to be sufficient reason or sufficient justification for extending the time. The three reasons were: the fact that a *prima facie* case of entitlement would appear to follow from the pleadings, the fact that the defendants were at all times aware that a claim could be made and would in fact be suffering no prejudice while the plaintiffs, on the other hand would, if the motion were denied, and, finally the fact that the proposed defendants had not appeared on the hearing of the application.

In deciding whether there exists a real reason, the Courts in the above cases have not followed a strict evidentiary rule of requiring a party seeking relief from limitations, to first of all show a real reason other than mistake, inadvertence or ignorance, before considering the equities between the parties and all the circumstances of the case. They have proceeded to take the general circumstances into consideration and, where there appeared to be no real prejudice to the party being sued (other than a loss of his right to insist on the limitation) which could not be corrected by special conditions in the order extending time, and where, having regard to all the circumstances, it appeared to be in the best interests of justice that time be extended, the order was granted, notwithstanding the fact that the basic reason for delay might have been inadvertence, mistake or ignorance of the law.

As to the general circumstances involved in the case at bar, it is common ground that it was strictly by inadvertence that the statement of defence did not contain a counterclaim. The plaintiffs on the other hand have never knowingly induced the defendants to allow time to run out. The plaintiffs would suffer no prejudice which could not be compensated for by costs, other than their right to insist on the two-year limitation. From the pleadings pertaining to the proposed counterclaim, if the allegations or at least some of them are established, it would appear that the defendants would have a valid counterclaim at law against the plaintiffs and might well be seriously prejudiced if prevented from counterclaiming. The

trois motifs sur lesquels, de toute évidence, il fonde sa décision d'accorder la prorogation demandée; il est évident qu'il estime que la réunion de ces circonstances constitue un motif suffisant, une justification suffisante, d'accorder une prorogation. Ces trois motifs sont: le fait, au vu des écritures, que l'action semblait fondée de prime abord; le fait que les défenderesses avaient toujours su qu'une demande pouvait être intentée, qu'elles ne subissaient aucun préjudice et que, par ailleurs, les demandeurs, eux, en subiraient un si la requête était rejetée; enfin, le fait que les défenderesses en puissance n'avaient pas comparu lors de l'instruction de la demande.

Pour décider s'il existe une raison véritable, les tribunaux dans les espèces ci-dessus n'ont pas suivi une règle de preuve étroite qui aurait requis de la partie demandant qu'on écarte la prescription de fournir en premier lieu un motif véritable de l'écarter, autre que l'erreur, l'inadvertance ou l'ignorance, avant d'examiner l'équité de la demande par rapport aux parties et les autres circonstances de l'espèce. Ils prennent en compte les circonstances générales et, lorsque la partie poursuivie paraît ne subir aucun préjudice réel (autre que la perte du droit de se prévaloir de la prescription) que des conditions spéciales dans l'ordonnance de prorogation ne sauraient corriger et lorsque, compte tenu de tous les faits pertinents, la prorogation paraît être dans le meilleur intérêt de la justice, l'ordonnance est accordée, indépendamment du fait que le motif fondamental du délai ait pu être l'inadvertance, l'erreur ou l'ignorance de la loi.

Quant aux circonstances générales du présent cas d'espèce, il est admis que c'est uniquement par inadvertance qu'aucune demande reconventionnelle n'a été incluse dans la défense. Par ailleurs, les demandeurs n'ont jamais volontairement cherché à induire les défendeurs à laisser le temps passer. Les demandeurs ne subiront aucun préjudice que les dépens ne pourraient réparer si ce n'est la perte de la prescription extinctive de deux ans. D'après la demande reconventionnelle, si les faits articulés, ou à tout le moins certains d'entre eux, étaient établis, la demande reconventionnelle des défendeurs contre les demandeurs serait sans doute valide en droit; et il se pourrait fort bien que les défendeurs subissent un préjudice sérieux s'il

plaintiffs were, even before the action was instituted, advised that the defendants, should they be faced with a claim, intended to counterclaim for their own damages.

During the negotiations for settlement previous to the expiry of the limitation period, the plaintiffs were advised that the defendants were expecting a division of liability and an apportionment of the respective damages of the parties. On reading the specific detailed offer of settlement after expiration of the limitation, it appears from the repeated replies of the plaintiffs' solicitors to the effect that they were awaiting instructions from their clients as to the offer of settlement, that they themselves might not have even been aware or at least were no longer aware at that time, that a counterclaim had not been included in the pleadings. Examinations for discovery as to the extent and details of the amount of the damages of the defendants were held and surveyors' reports covering same were produced several months before the limitation period expired. Had the action been instituted in the Supreme Court of British Columbia there would have been no obstacle at all to instituting the counterclaim.

Having regard to the above circumstances the motion will be granted under the following conditions:

- 1) that the proposed amended statement of defence and counterclaim be filed and served within 10 days from the date of this order;
- 2) that the defendants pay the costs of this motion in any event of the cause;
- 3) that should the plaintiffs require further examinations for discovery of the defendants, then the defendants shall conform to the request if the same is justified, and all costs of such examinations, including counsel fee thereon shall be at the expense of the defendants in any event of the cause.

leur était interdit de l'intenter. Les défendeurs avaient avisé les demandeurs avant même que l'action ne soit engagée, que s'ils avaient à se défendre, ils intenteraient une demande reconventionnelle pour leurs propres dommages-intérêts.

Au cours des négociations en vue d'une transaction, avant qu'il n'y ait prescription, on avait prévenu les demandeurs que les défendeurs s'attendaient à un partage de la responsabilité et à des dommages respectifs des parties. Au vu de l'offre de transaction expresse et détaillée, offre postérieure à la prescription, il semblerait, d'après les réponses répétées des avocats des demandeurs, disant qu'ils attendaient des instructions de leurs clients pour répondre à l'offre de transaction, qu'eux-mêmes aient ignoré, ou à tout le moins aient oublié à ce moment-là, qu'aucune demande reconventionnelle ne figurait dans les écritures. Il y avait eu des interrogatoires préalables sur l'étendue et le détail du montant des dommages des défendeurs et des rapports d'experts maritimes sur le sujet avaient été déposés plusieurs mois avant qu'il n'y ait prescription. Si l'action avait été engagée en Cour suprême de Colombie-Britannique, rien n'aurait pu interdire d'intenter la demande reconventionnelle.

Compte tenu des faits ci-dessus, il sera fait droit à la requête, aux conditions suivantes:

- 1) la modification proposée de la défense et la demande reconventionnelle seront produites et signifiées dans les 10 jours de la présente ordonnance;
- 2) les défendeurs paieront les frais de la présente requête quelle que soit l'issue de la cause;
- 3) advenant que les demandeurs exigent des interrogatoires préalables supplémentaires des défendeurs, ceux-ci s'y conformeront, s'ils sont justifiés, et tous les frais de ces interrogatoires, y compris les honoraires d'avocats, seront aux dépens des défendeurs, quelle que soit l'issue de la cause.