

A-191-06
2008 FCA 399

A-191-06
2008 CAF 399

**Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents
S.A. and CP3500 International Ltd. (Appellants)**

**Kent Trade and Finance Inc. et Praxis Energy Agents
S.A. et CP3500 International Ltd. (appelantes)**

v.

c.

**JPMorgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Ltd.
(Respondents)**

**JPMorgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Ltd.
(intimées)**

**INDEXED AS: JPMORGAN CHASE BANK v. LANNER (THE)
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : JPMORGAN CHASE BANK c. LANNER (LE)
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Pelletier and
Ryer J.J.A.—Ottawa, October 8 and December 12,
2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges
Pelletier et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 8 octobre et
12 décembre 2008.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports — Two contracts expressly subject to U.S. law — Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern — Ranking of creditors for distribution of proceeds of judicial sale of vessel — Whether appellants entitled to maritime liens under U.S. Commercial Instruments and Maritime Liens Act or statutory right in rem under Canadian law — Nature of maritime liens reviewed — Conflict of laws rules reviewed — Divergence of opinion in U.S. District Courts, Circuit Courts of Appeal as to whether maritime lien established in circumstances — Majority herein applying latest expression of law from U.S. appellate court; granting maritime liens to appellants — Pelletier J.A. (dissenting) holding foreign law not proved; applying Canadian law which does not recognize maritime liens for supplies of necessities to vessel.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger — Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain — Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient — Ordre de priorité des réclamations en vue de la distribution du produit de la vente en justice d'un navire — Il s'agissait de savoir si les appelantes avaient droit à un privilège maritime en vertu de la Commercial Instruments and Maritime Liens Act des États-Unis ou à un droit réel d'origine législative en droit canadien — Examen de la nature des privilèges maritimes — Examen des règles en matière de conflits de lois — Divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime était constitué dans les circonstances — En l'espèce, la majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine et a accordé un privilège maritime aux appelantes — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie; il a appliqué le droit canadien qui ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Conflict of Laws — Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports — Two contracts expressly subject to U.S. law — Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern — Whether should be granted maritime liens under U.S. law or statutory right in rem under Canadian law — Common law choice of law rules providing choice of law expressed or implied in contract normally governs — However, substantive law of jurisdiction strongly connected to

Conflit de lois — Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger — Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain — Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient — Il s'agissait de savoir s'il fallait accorder un privilège maritime en vertu de la loi américaine ou un droit réel d'origine législative en droit canadien — Les règles

maritime transaction may govern — Proper law of two of contracts American law — Based on arbitration clause in third contract, American law proper law of contract — Majority applying latest statement of law from U.S. appellate court — Pelletier J.A. (dissenting) holding proof of foreign law failed since vessel not arrested within jurisdiction of circuit court which has pronounced itself on issue, not binding U.S. Supreme Court decision on issue — Canadian law not recognizing maritime lien for supply of necessities to vessel.

This was an appeal from a Federal Court assessment of the entitlement of various claims to the proceeds of the judicial sale of a Liberian-flagged vessel, the *Lanner*, arrested and sold in Halifax at the request of the respondent mortgagees.

The appellant Kent Trade, a British Virgin Islands (BVI) corporation, supplied fuel oil to the vessel in Spain and in Canada. The terms and conditions of sale provided that the agreement was subject to the laws of the United States. The appellant Praxis Energy Agents S.A., also a BVI corporation, supplied the vessel with bunker fuel in Trinidad. The supply contract provided that United States law would govern. CP3500 International Ltd., a Cypriot corporation, provided combustion catalysts to the vessel in Singapore. The terms and conditions of sale included an arbitration clause which provided that the law of the State of Washington would govern. The ranking of claims to the proceeds of a ship's sale is decided by the law of the forum. Under U.S. law a supplier of necessities is afforded a maritime lien under the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*. Under Canadian law, a supplier of necessities is accorded a statutory right *in rem* which ranks below a mortgage, which itself is outranked by any maritime liens. The Federal Court found that the appellants only had statutory rights *in rem*.

The issue was whether the suppliers of necessities to the vessel should be granted maritime liens which would be ranked in priority over the respondents' mortgage claim.

de la common law sur le choix de la loi applicable prévoient que le choix de la loi est habituellement celui qui est choisi expressément ou implicitement dans le contrat — Cependant, lorsqu'il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, les règles de droit substantiel peuvent s'appliquer — La loi américaine s'appliquait à deux contrats — Selon la clause d'arbitrage énoncée dans le troisième contrat, la loi américaine s'appliquait — La majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie parce que le navire n'a pas été saisi dans les limites de la cour de circuit qui s'était prononcée sur la question et qu'aucune décision de la Cour suprême des É.-U. sur la question n'avait force obligatoire — Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale s'est prononcée sur le droit de divers créanciers au produit de la vente en justice du *Lanner*, un navire qui battait pavillon libérien, qui a été saisi et vendu à Halifax à la demande des créancières hypothécaires intimées.

L'appelante Kent Trade, une société des îles Vierges britanniques, a fourni du carburant au navire en Espagne et au Canada. Le contrat de vente stipulait que le contrat était régi par les lois des États-Unis. L'appelante Praxis Energy Agents S.A., une autre société des îles Vierges britanniques, a fourni du combustible de soute au navire à Trinidad. Le contrat de fourniture stipulait que le contrat était régi par les lois des États-Unis. CP3500 International Ltd., une société chypriote, a fourni des catalyseurs de combustion au navire à Singapour. Le contrat de vente contenait une clause d'arbitrage qui disposait que les lois de l'État de Washington étaient applicables. L'ordre de priorité des réclamations formulées à l'égard du produit de la vente d'un navire est établi selon la loi du for. En droit américain, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires se voit reconnaître un privilège maritime aux termes de la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*. En droit canadien, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ne peut invoquer qu'un droit réel d'origine législative qui vient après la réclamation du créancier hypothécaire, laquelle prend rang après tout privilège maritime. La Cour fédérale a conclu que les appelantes détenaient seulement un droit réel d'origine législative.

La question en litige était celle de savoir si les fournisseurs des approvisionnements nécessaires du navire devraient se voir accorder un privilège maritime prenant rang avant l'hypothèque des intimées.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Richard C.J. (Ryer J.A. concurring): Whenever a Canadian court is asked to apply the substantive law of a foreign jurisdiction, it must apply a “choice of law” analysis using Canadian conflict of laws rules. Absent a statutory and/or treaty provision directing the forum to apply a particular choice of law rule, Canadian common law conflict of laws rules will apply in a proceeding where a court is asked to apply foreign law. The first step in a choice of law analysis is the determination of the legal nature of the questions or issues to be adjudicated. The court must then determine what choice of law rule applies to that particular category and finally apply the appropriate jurisdiction’s law to the issue. In general, foreign law must be specifically pleaded and proved to the satisfaction of the court. Otherwise the court will apply the law of the forum.

Prior to characterizing the issue, the nature of maritime liens was reviewed. While a maritime lien is an *in rem* right arising by operation of law, rather than from tort or contract, the choice of law clause in the supply contracts should generally govern maritime transactions, including the rights which may arise from those transactions. The Supreme Court of Canada has suggested that the principles of comity, order and fairness should guide the determination of conflict of laws issues. While the principles of comity and fairness will often be equivocal in the case of maritime transactions, which may involve a multitude of jurisdictions, giving greater weight to proper law of the supply contract would pay respect to the notion of “order”. This would encourage certainty and predictability in maritime transactions of a jurisdictionally diverse character.

The common law contractual choice of law rules provide that where there is an express or implied choice of law by the parties to the contract, this law will normally govern the contract and legal rights and obligations generated by the contract. However, as maritime liens are extra-contractual rights the possibility exists that where a maritime transaction is so strongly connected to a jurisdiction, this jurisdiction’s substantive law, rather than the choice of law clause in the contract, should govern the transaction.

In assessing the proper law to apply to the transactions at issue, the Federal Court found that the choice of law in the contracts did not dictate that American law applied due to

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : l’appel doit être accueilli.

Selon le juge en chef Richard (le juge Ryer, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Chaque fois qu’un tribunal canadien est appelé à appliquer les règles de droit substantiel d’un État étranger, il doit procéder à une analyse du « choix du droit » en recourant aux règles canadiennes en matière de conflits de lois. À défaut de disposition dans une loi ou un traité qui oblige le tribunal à appliquer une règle de droit déterminée, ce sont les règles canadiennes de la common law en matière de conflits de lois qui s’appliquent dans l’instance dans laquelle le tribunal est appelé à appliquer des règles de droit étranger. La première étape d’une telle analyse consiste à déterminer la nature juridique des questions à trancher. Le tribunal doit ensuite déterminer quelle règle en matière de choix du droit applicable s’applique à cette catégorie précise et, enfin, appliquer les lois du pays pertinent à la question en cause. En principe, le droit étranger doit être expressément plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal sinon le tribunal appliquera la loi du for.

Avant de qualifier la question en litige, la nature des privilèges maritimes a été examinée. Même si le privilège maritime est un droit réel qui naît de l’application de la loi plutôt que d’un contrat ou d’un délit, la clause sur le choix du droit applicable contenue dans le contrat d’approvisionnement devrait en principe régir les transactions maritimes, y compris les droits découlant de ces transactions. La Cour suprême du Canada a donné à penser que les principes de courtoisie, d’ordre et d’équité devraient servir de guide pour trancher les questions de conflits de lois. Bien que les principes de courtoisie et d’équité soient souvent équivoques dans le cas de transactions maritimes, qui peuvent mettre en présence une multitude de pays, le fait d’accorder une plus grande importance au choix de la loi applicable prévu au contrat d’approvisionnement rendrait hommage à la notion d’« ordre », ce qui favoriserait la stabilité et l’uniformité dans le cas de transactions maritimes ressortissant à divers pays.

Les règles de la common law sur le choix contractuel de la loi applicable prévoient que lorsque les parties ont choisi expressément ou implicitement le droit applicable, ces règles de droit régiront normalement tant le contrat que les droits et obligations créés par le contrat. Cependant, comme les privilèges maritimes sont des droits extracontractuels, il se peut que, lorsqu’il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, ce sont les règles de droit substantiel de ce pays et non celles prévues par la clause sur le choix de la loi du contrat qui devraient régir la transaction.

Pour déterminer la loi applicable aux transactions en cause, la Cour fédérale a statué que le choix de la loi effectué dans les contrats n’emportait pas application du droit

insufficient evidence that the vessel's owner was personally liable under this contract. The Federal Court made a palpable and overriding error in holding that a contractual link between the appellants and the vessel's owner was not established by the evidence. The management agreement and invoices established a contractual link between the vessel's owner and the appellants. Therefore, even if personal liability of the ship owner is a necessary element of the choice of law rule, the proper law of the Kent Trade and Praxis contracts, based on choice of law rules, was American law. As to the CP3500 contract, even where an arbitration clause only selects the forum of the arbitration, British and Canadian courts normally take this clause as indicative of the proper law of the contract. The proper law of the CP3500 supply contract was American law.

There were no other factors indicating another jurisdiction had a closer or more substantial connection to the maritime transactions at hand. Therefore American law was the appropriate law to apply.

The Federal Court held that American law would not grant maritime liens in the circumstances. It was not necessary to determine the appropriate standard of review of a decision determining the content of foreign law since fresh evidence was admitted prior to the appeal. Apparently there is a divergence in the U.S. District Courts and Circuit Courts of Appeal as to whether a maritime lien would be established where a non-U.S. supplier has provided necessities to a foreign vessel in a foreign port. Based on the affidavits and exhibits presented, the latest expression of the law from a U.S. appellate court recognized a maritime lien for necessities where, under a supply contract governed by U.S. law, a foreign supplier provides goods or services to foreign vessels in a foreign port. Even though this decision is not binding on other circuits, the appellants proved to the Court's satisfaction that they each have a maritime lien against the *Lanner*.

Per Pelletier J.A. (dissenting): There were two issues herein: what is the effect to be given to the choice of law clause which appears in a different form in each of the contracts and what is the effect to be given to the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*?

américain en raison de l'insuffisance d'éléments de preuve tendant à démontrer que le propriétaire du navire avait engagé sa responsabilité personnelle aux termes de ce contrat. La Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien contractuel entre les appelantes et le propriétaire du navire. L'entente de gestion et les factures établissaient un lien contractuel entre le propriétaire du navire et les appelantes. Ainsi, même si la responsabilité personnelle du propriétaire du navire constitue un élément nécessaire de la règle relative au choix du droit applicable, il n'en demeure pas moins que, selon les règles sur le choix du droit applicable, c'était le droit américain qui s'appliquait. S'agissant du contrat de CP3500, même lorsqu'une clause d'arbitrage ne désigne que le pays de l'arbitrage, les tribunaux britanniques et canadiens interprètent habituellement cette clause comme une indication de la loi applicable au contrat. La loi qui s'appliquait au contrat d'approvisionnement de CP3500 était la loi américaine.

Il n'existait pas d'autres facteurs qui indiquaient qu'il y avait un autre pays ayant des liens plus étroits ou plus importants avec les transactions maritimes en cause. En conséquence, c'était la loi américaine qui s'appliquait en l'espèce.

La Cour fédérale a statué que le droit américain ne reconnaît aucun privilège maritime dans les circonstances. Il n'était pas nécessaire d'établir la norme de contrôle à appliquer à une décision qui a défini le contenu du droit étranger puisque de nouveaux éléments de preuve ont été soumis avant l'appel. Il semble qu'il existe une divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime serait constitué lorsqu'un fournisseur, qui n'est pas américain, a fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger. Selon les affidavits et les pièces qui ont été soumis, l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine a reconnu l'existence d'un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires lorsqu'aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine, un fournisseur étranger fournit des biens ou des services à un navire étranger dans un port étranger. Même si cette décision n'a pas force obligatoire sur les autres cours de circuits, les appelantes ont convaincu la Cour qu'elles possèdent chacune un privilège maritime à l'égard du *Lanner*.

Selon le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : Il y avait deux questions en litige en l'espèce : soit celle de savoir quel est l'effet qu'il convient de donner à la clause sur le choix du droit applicable qui apparaît sous une forme différente dans chacun des contrats en question et celle de savoir quel est l'effet à donner à la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*.

Assuming that the interpretation of the contracts in question is subject to United States law, and that the proper construction of the contracts brings the Act into play, it remains that the application of the Act is a function of the U.S. Court of Appeals circuit in which a vessel is arrested and sold, with differing results. The Ninth Circuit has ruled one way and the Eleventh has ruled another. Since the decision of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals does not overrule the decision of another circuit of the same court, both decisions are good law within the geographical limits of the circuit in which they were decided. The U.S. Supreme Court has not yet considered this question so that there is no decision binding on all U.S. courts on this question. Since the *Lanner* was arrested and sold outside the United States, there was no basis for preferring the case law of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals over another. The state of the law depends on a fact which is absent here, namely the presence of the arrested vessel in a port within the geographical jurisdiction of one or the other of the circuits of the United States Court of Appeals. If they wished to take the benefit of the Act, the parties could have stipulated the place at which U.S. law was to be determined. Therefore the proof of foreign law failed. Where there is no proof of foreign law, the *lex fori*, law of Canada applies. The law of Canada does not recognize a maritime lien for the supply of necessaries to a vessel. The claims of Kent Trade and Finance Ltd. And Praxis Energy Agents S.A. to priority over the claims of the ship's mortgagees should be dismissed. However CP3500 International Ltd.'s appeal should be allowed since its arbitration clause stipulates the law of the State of Washington governs. Since Washington is in the Ninth Circuit, the law to be applied would be the interpretation of the Act adopted by the Ninth Circuit of the U.S. Federal Court of Appeals in *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*

Si l'on suppose que l'interprétation des contrats en question est assujettie au droit américain et que l'interprétation qu'il convient de donner aux contrats fait entrer la Loi en jeu, il n'en demeure pas moins que l'application de la Loi est du ressort de la Cour d'appel des États-Unis dans le circuit où la saisie et la vente du navire ont lieu, avec des résultats différents. Le neuvième circuit a statué dans un sens et le onzième circuit a statué dans un autre. Comme la décision rendue par un seul circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis n'a pas pour effet d'infirmier la décision rendue par un autre circuit de la même cour, les deux décisions sont valides dans les limites géographiques du ressort dans lequel elles ont été rendues. Comme la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas encore penchée sur la question, il n'existe pas de décision sur la question liant l'ensemble des tribunaux américains. Comme le *Lanner* a été saisi et vendu à l'extérieur des États-Unis, rien ne justifiait de préférer la jurisprudence d'un circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis à celle d'un autre. L'état du droit dépend d'un fait qui était absent en l'espèce, en l'occurrence la présence du navire saisi dans un port situé dans le ressort des circuits de la Cour d'appel fédérale des États-Unis. Pour se prévaloir de la Loi, les parties auraient pu préciser le lieu où la loi américaine devait s'appliquer. En conséquence, la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie. Lorsque le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori*, le droit canadien, qui s'applique. Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire. Les réclamations présentées par Kent Trade and Finance Ltd. et par Praxis Energy Agents S.A. en vue d'avoir préséance sur les réclamations des créancières hypothécaires du navire devraient être rejetées. Cependant, l'appel de CP3500 International Ltd. devrait être accueilli parce que sa clause d'arbitrage prévoit un arbitrage selon les lois de l'État de Washington. Comme l'État de Washington se trouve dans le neuvième circuit, le droit à appliquer est celui énoncé par le neuvième circuit de la Cour d'appel des États-Unis dans l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(m) (as am. *idem*, s. 31), 43(3) (as am. *idem*, s. 40).
Ship Mortgage Act, 41 Stat. 1000 (1920).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)m) (mod., *idem*, art. 31), 43(3) (mod., *idem*, art. 40).
Ship Mortgage Act, 41 Stat. 1000 (1920).

CASES CITED

APPLIED:

Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al., 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008); petition for a writ of *certiorari* denied by U.S. Sup. Ct., December 1, 2008.

CONSIDERED:

Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc., [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182; 2001 FCA 391; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 2001 SCC 90; *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737; *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390; *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988); *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007); *Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116; (1996), 84 B.C.A.C. 8; 26 B.C.L.R. (3d) 143 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A., [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801; (2007), 284 D.L.R. (4th) 577; 34 B.L.R. (4th) 155; 2007 SCC 34; *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.); affd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002); *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 2002 SCC 78; *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286; (1972), 34 D.L.R. (3d) 339; *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2002] 4 F.C. 80; (2002), 288 N.R. 96; 2002 FCA 97; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.); *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289; (1993), 109 D.L.R. (4th) 16; [1994] 1 W.W.R. 129; *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638 (C.A.); *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666; 2007

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al., 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008); la requête en bref de *certiorari* a été rejetée par la Cour suprême des États-Unis le 1^{er} décembre 2008.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc., [2002] 3 C.F. 190; 2001 CAF 391; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737; *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390; *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988); *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007); *Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116; (1996), 84 B.C.A.C. 8; 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES :

Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A., [1974] R.C.S. 1248; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801; 2007 CSC 34; *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst); conf. par [1992] A.C.F. n^o 1085 (C.A.) (QL); (1992), 150 N.R. 149 (C.A.); *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002); *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78; *Drew Brown Ltd. c. The «Orient Trader»*, [1974] R.C.S. 1286; *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002] 4 C.F. 80; 2002 CAF 97; *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.); *Hunt. c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638 (C.A.); *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666; 2007 ONCA 904; *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506; *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225.

ONCA 904; *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506;
Breen v. Breen, [1961] 3 All E.R. 225.

AUTHORS CITED

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 14th ed. Vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 2006.
 Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2002.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1998.
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf. Vol. 1. Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005.

APPEAL from the Federal Court's decision ([2007] 1 F.C.R. 289; (2006), 289 F.T.R. 165; 2006 FC 409; revg in part *sub nom. JP Morgan Chase Bank v. Mystras Maritime Corp.* (2005), 275 F.T.R. 159; 2005 FC 864) that U.S. law did not apply to give maritime liens to the appellants, non-U.S. suppliers of necessities to a foreign ship in foreign ports arrested and sold in Canada. Appeal allowed (Pelletier J.A. dissenting).

APPEARANCES

Peter G. Pamel and Jean-Marie Fontaine for appellants.
James E. Gould, Q.C., for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for appellants.
McInnes Cooper, Halifax, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] RICHARD C.J.: This is an appeal from the decision of Gauthier J. [[2007] 1 F.C.R. 289 (F.C.)] (the priorities appeal Judge) which assessed the entitlement of various claims to the proceeds of the judicial sale of a ship, the *Lanner* (the vessel). This decision was itself an appeal of the priorities hearing before Morneau P. [*sub nom. JP Morgan Chase Bank v. Mystras Maritime Corp.*

DOCTRINE CITÉE

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 14^e éd., vol. 1. Londres : Sweet & Maxwell, 2006.
 Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2002.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998.
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd., feuilles mobiles, vol. 1. Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005.

APPEL d'une décision ([2007] 1 R.C.F. 289; 2006 CF 409; infirmant en partie *sub nom. JP Morgan Chase Bank c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864) par laquelle la Cour fédérale a statué que la loi américaine ne s'appliquait pas de façon à accorder un privilège maritime aux appelantes, sociétés constituées à l'extérieur des États-Unis qui ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger qui a été saisi et vendu au Canada. Appel accueilli (juge Pelletier, J.C.A., dissident).

ONT COMPARU

Peter G. Pamel et Jean-Marie Fontaine pour les appelantes.
James E. Gould, c.r., pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Borden Ladner Gervais s.r.l., Montréal, pour les appelantes.
McInnes Cooper, Halifax, pour les intimées.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD : La Cour est saisie de l'appel d'une décision par laquelle la juge Gauthier [[2007] 1 R.C.F. 289 (C.F.)] (la juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité) s'est prononcée sur le droit de divers créanciers au produit de la vente en justice d'un navire, le *Lanner* (le navire). Cette décision avait elle-même été rendue à la suite de l'appel interjeté

(2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)) who held that the claim of the vessel's mortgagee prevailed over the claims of various necessities suppliers.

[2] The issue in this case is whether the appellants, which are suppliers of necessities to the vessel, should be granted maritime liens which would rank in priority over the mortgage claim held by the respondent mortgagees.

Background

[3] The facts in this appeal are uncontroverted.

[4] At the request of the respondent mortgagees, JPMorgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Ltd., the Liberian-flagged vessel was arrested in Halifax and sold by the Federal Court in an admiralty action *in rem*. At all times relevant to the claims of the appellants, the vessel was owned by a Liberian corporation, Mystras Maritime Corporation and was managed by Arrow Co. Ltd. (Arrow) of Greece.

The Four Claims

Kent Trade and Finance Inc. – Cartagena

[5] The appellant, Kent Trade and Finance Inc. (Kent Trade), incorporated under the laws of the British Virgin Islands, supplied fuel oil to the vessel at the port of Cartagena, Spain via an unknown supplier. Kent Trade also supplied fuel oil to the vessel while docked in Halifax, Nova Scotia via a Canadian supplier. The total amount of Kent Trade's claim for fuel provision is C\$415 688.70. In the terms and conditions of sale, the following provision was included:

à l'encontre de l'ordonnance rendue par le protonotaire Morneau [*sub nom. JP Morgan Chase Bank c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864] qui, à l'issue d'une audience portant sur l'ordre de priorité des créances, avait jugé que la réclamation de la créancière hypothécaire du navire l'emportait sur celles des divers fournisseurs d'approvisionnements nécessaires.

[2] La question en litige dans le cas qui nous occupe est celle de savoir si les appelantes, qui sont des fournisseurs des approvisionnements nécessaires du navire, devraient se voir accorder un privilège maritime prenant rang avant l'hypothèque des créancières hypothécaires intimées.

Contexte

[3] Les faits du présent appel ne sont pas contredits.

[4] À la demande des créancières hypothécaires intimées, JPMorgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Ltd., le navire, qui battait pavillon libérien, a été saisi à Halifax et a été vendu par la Cour fédérale dans le cadre d'une action *in rem* en matière d'amirauté. À l'époque des faits se rapportant aux réclamations des appelantes, le navire appartenait à une société du Libéria, Mystras Maritime Corporation, et était géré par une société grecque, Arrow Co. Ltd. (Arrow).

Les quatre réclamations

Kent Trade and Finance Inc. – Carthagène

[5] L'appelante, Kent Trade and Finance Inc. (Kent Trade), qui a été constituée en personne morale sous le régime des lois des Îles Vierges britanniques, a fourni du carburant au navire au port de Carthagène, en Espagne, par l'intermédiaire d'un fournisseur dont l'identité n'a pas été précisée. Kent Trade a également approvisionné le navire en carburant alors qu'il était amarré à Halifax, en Nouvelle-Écosse, par le truchement d'un fournisseur canadien. La facture totale de carburant fourni par Kent Trade s'élevait à 415 688,70 \$CAN. Le contrat de vente comportait la stipulation suivante :

This agreement is subject to the laws of the United States of America.

[TRADUCTION] Le présent contrat est régi par les lois des États-Unis d'Amérique.

Praxis Energy Agents S.A.

Praxis Energy Agents S.A.

[6] The second appellant, Praxis Energy Agents S.A. (Praxis), is also a British Virgin Islands corporation. Through an English company, Praxis supplied the vessel with bunker fuel at the port of Pointe à Pierre, Trinidad. The amount of the claim is C\$225 599.23. The supply contract included the following clause:

[6] La deuxième appelante, Praxis Energy Agents S.A. (Praxis), est également une société des Îles Vierges britanniques. Par l'intermédiaire d'une société anglaise, Praxis a fourni du combustible de soute au navire au port de Pointe à Pierre, à Trinidad. Sa réclamation se chiffre à 225 599,23 \$CAN. Le contrat de fourniture comprenait la clause suivante :

APPLICABLE LAW The Law governing any and all disputes and all other matters/issues between the Company and the Buyer and/or the Vessel shall be the U.S.A. Law. Such Law shall also govern, but without limitation, all issues concerning the enforcement and the application and status of maritime liens.

[TRADUCTION] LOIS APPLICABLES — Les différends ainsi que toutes les questions pouvant se poser entre la société et l'acheteur et/ou le navire seront régis par les lois des États-Unis, qui régiront également, sans réserve aucune, toutes les questions se rapportant à l'application et à l'exécution des privilèges maritimes.

CP3500 International Ltd.

CP3500 International Ltd.

[7] The final claim at issue in this appeal is asserted by CP3500 International Ltd. (CP3500), incorporated under the laws of Cyprus. CP3500 arranged for a Singaporean supplier to provide combustion catalysts to the vessel while in Singapore in the amount of C\$6 257.25. The terms and conditions of sale included the following arbitration clause:

[7] La dernière réclamation en litige dans le présent appel est celle que fait valoir CP3500 International Ltd. (CP3500), qui a été constituée en personne morale sous le régime des lois de Chypre. CP3500 a fait le nécessaire pour qu'un fournisseur de Singapour livre divers catalyseurs de combustion au navire à Singapour pour une valeur de 6 257,25 \$CAN. On trouve la clause d'arbitrage suivante dans le contrat de vente :

ARBITRATION All disputes which may arise between us concerning this transaction of the invoiced goods shall be submitted to binding arbitrators ... all in accordance with Washington State law.

[TRADUCTION] ARBITRAGE Tout litige né ou à naître entre les parties à la présente transaction relativement aux marchandises facturées sera soumis à l'arbitrage obligatoire [...] le tout conformément aux lois de l'État de Washington.

[8] Under Canadian law, a supplier of necessities to ships is accorded a statutory right *in rem* (paragraph 25 of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.) (*Imperial Oil*) and see paragraph 22(2)(m) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 31] and subsection 43(3) [as am. *idem*, s. 40] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]). The ranking of claims to the proceeds of a ship's sale is decided by the law of the forum (*Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, at page 1254 (*Todd Shipyards*)). A statutory right *in rem* ranks

[8] En droit canadien, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ne peut invoquer qu'un droit réel d'origine législative (paragraphe 25 de l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.) (*Imperial Oil*) et voir l'alinéa 22(2)m) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 31] et le paragraphe 43(3) [mod., *idem*, art. 40] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]). L'ordre de priorité des réclamations formulées à l'égard du produit de la vente d'un navire est établi selon la loi du for (*Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania*

below a mortgage, which is itself outranked by any maritime liens asserted against the vessel (*Todd Shipyards*, at page 1259).

[9] Under U.S. law, a necessities supplier is afforded a maritime lien, by virtue of the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (2006):

§ 31342. Establishing maritime liens

(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a person providing necessities to a vessel on the order of the owner or a person authorized by the owner—

- (1) has a maritime lien on the vessel;
- (2) may bring a civil action in rem to enforce the lien; and
- (3) is not required to allege or prove in the action that credit was given to the vessel.

(b) This section does not apply to a public vessel.

As noted by Justice Binnie in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907 (*Holt Cargo*), foreign maritime liens, including those arising under the U.S. statute, “will be recognized and given the same priority in Canada as would be given to a maritime lien created in Canada under Canadian maritime law ‘unless opposed to some rule of domestic policy or procedure which prevents the recognition of the right’” (at paragraph 41, citing *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680, at page 685 (*The Strandhill*)).

[10] The appellants, all necessities suppliers, claim that they enjoy maritime liens by virtue of the U.S. choice of law provisions in the supply contracts and thus, their claims to the vessel’s judicial sale proceeds should be satisfied ahead of the respondents’ mortgage.

Maritima S.A., [1974] R.C.S. 1248, à la page 1254 (*Todd Shipyards*)). Le droit réel créé par la loi vient après la réclamation du créancier hypothécaire, laquelle prend rang après tout privilège maritime grevant le navire (arrêt *Todd Shipyards*, à la page 1259).

[9] En droit américain, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires se voit reconnaître un privilège maritime aux termes de la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (2006) :

[TRADUCTION]

§ 31342. Constitution de privilèges maritimes

a) Sous réserve de l’alinéa b) du présent article, la personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire sur l’ordre du propriétaire ou d’une personne autorisée par celui-ci —

- (1) possède un privilège maritime sur le navire;
- (2) peut engager une action civile réelle pour faire valoir le privilège;
- (3) n’est pas tenue d’alléguer ou de prouver dans l’action qu’une avance a été consentie au profit du navire.

b) Le présent article ne s’applique pas à un navire public.

Ainsi que le juge Binnie l’a fait observer dans l’arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907 (*Holt Cargo*), le privilège maritime étranger, y compris celui créé sous le régime d’une loi des États-Unis, « est reconnu et se voit accorder, au Canada, la même priorité qu’un privilège maritime créé au Canada sous le régime du droit maritime canadien, [TRADUCTION] “à moins qu’il n’aille à l’encontre d’une règle quelconque de politique ou de procédure intérieure qui en empêche la reconnaissance” » (au paragraphe 41, citant l’arrêt *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, à la page 685 (*The Strandhill*)).

[10] Les appelantes, qui sont toutes des fournisseurs d’approvisionnements nécessaires, affirment qu’elles bénéficient d’un privilège maritime en vertu des dispositions de leur contrat de fourniture aux termes desquelles elles ont choisi le droit des États-Unis, de

The respondent mortgagees, contend that American law is not the proper law to apply and, even if it did govern, U.S. law does not provide for a maritime lien in the circumstances at bar.

sorte que les réclamations qu'elles ont présentées relativement au produit de la vente en justice du navire devraient avoir priorité sur la créance hypothécaire des intimées. Les créancières hypothécaires intimées soutiennent en revanche que les règles de droit américaines ne sont pas celles qu'il convient d'appliquer et que, même si c'étaient ces règles qui s'appliquaient, le droit américain ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime dans les circonstances de l'espèce.

Judicial History

Priorities Hearing, (2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)

[11] Morneau P. did not accord maritime lien status to the claims of the suppliers and ranked these claims behind that of the mortgagees. He decided that, because the mortgagees were not parties to the supply contracts, the choice of law clauses did not dictate which jurisdiction's substantive law applied (at paragraph 59).

[12] Morneau P. then applied a conflict of laws analysis to each supply transaction in order to determine if the United States was the jurisdiction to which it had the closest and most substantial connection. Looking at various factors including the vessel's flag state, the location of supply, and the base of operations of the vessel, he concluded that U.S. law was not applicable to these transactions (at paragraph 61). Since no other law had been proved, he applied the law of the forum, i.e. Canadian law. Consequently, he found that each supply transaction only gave rise to a statutory right *in rem*, which was below the mortgage in priority.

Historique des procédures judiciaires

Audience sur l'ordre de priorité, 2005 CF 864

[11] Le protonotaire Morneau n'a pas reconnu l'existence d'un privilège maritime dans le cas des réclamations des fournisseurs et il a estimé que ces créances prenaient rang après celle des créancières hypothécaires. Il a décidé que, comme les créancières hypothécaires n'étaient pas parties aux contrats d'approvisionnement, les clauses sur le choix du droit applicable ne dictaient pas nécessairement le choix de l'État dont les règles de droit substantiel s'appliquaient (au paragraphe 59).

[12] Le protonotaire Morneau a ensuite analysé chacune des transactions d'approvisionnement effectuées à la lumière des règles du droit international privé pour déterminer si les États-Unis étaient le pays avec lequel les parties entretenaient les rapports les plus étroits et les plus importants. En tenant compte de divers facteurs, dont l'État du pavillon du navire, l'endroit où a eu lieu l'approvisionnement, et la base des activités du navire, il a conclu que le droit maritime américain ne s'appliquait pas à ces transactions (au paragraphe 61). Puisqu'aucun autre droit étranger n'avait été prouvé, il a appliqué le droit du for, c'est-à-dire le droit canadien. En conséquence, il a conclu que chaque transaction d'approvisionnement donnait uniquement droit à un droit réel d'origine législative, qui occupait un rang inférieur à celui des détenteurs d'hypothèque.

Priorities Appeal, [2007] 1 F.C.R. 289 (F.C.)

[13] Justice Gauthier also found that the appellants only had statutory rights *in rem*, rather than maritime liens. She held that the choice of law clauses in the supply contracts would only be determinative of the applicable law if the vessel's owner was personally liable under the contract. She found that there was insufficient evidence to prove that the vessel's manager had the authority to bind the vessel's owner since the contract between the two parties was not before the Court. Therefore, she applied the closest and most substantial connection test to the transactions and agreed with Morneau P. that U.S. law did not apply to the transactions.

[14] Although it was unnecessary to decide whether maritime liens would arise under American law, Justice Gauthier decided that they would not. She found that the respondent mortgagees' expert witness was able to provide more specific evidence that U.S. law would not provide a lien where the necessities were supplied by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign country (at paragraph 94).

Analysis

[15] Whenever a Canadian court is asked to apply the substantive law of a foreign jurisdiction, it must apply a "choice of law" analysis, using Canadian conflict of laws rules (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, at paragraph 29; *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.), at page 252 (*The Federal Calumet*), aff'd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.)).

Appel portant sur l'ordre de priorité, [2007] 1 R.C.F. 289 (C.F.)

[13] La juge Gauthier a elle aussi conclu que les appelantes détenaient seulement un droit réel d'origine législative et non un privilège maritime. Elle a jugé que les clauses sur le choix du droit applicable dans les contrats d'approvisionnement ne seraient déterminantes, quant au droit applicable, que si le propriétaire du navire était personnellement responsable aux termes du contrat. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gestionnaire du navire avait le pouvoir de lier le propriétaire du navire était donné que le contrat intervenu entre les deux parties n'avait pas été porté à la connaissance du tribunal. Elle a par conséquent appliqué à ces transactions le critère du lien le plus étroit et le plus important et abondé dans le sens du protonotaire Morneau en concluant que le droit américain ne s'appliquait pas à ces opérations.

[14] Même s'il n'était pas nécessaire de décider si le droit américain reconnaîtrait en pareil cas l'existence d'un privilège maritime, la juge Gauthier a répondu par la négative à la question. Elle a conclu que le témoin expert des créancières hypothécaires intimées avait été en mesure de soumettre des éléments de preuve plus précis indiquant que le droit américain ne reconnaîtrait pas l'existence d'un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires fournis par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un pays étranger (au paragraphe 94).

Analyse

[15] Chaque fois qu'un tribunal canadien est appelé à appliquer les règles de droit substantiel d'un État étranger, il doit procéder à une analyse du « choix du droit » en recourant aux règles canadiennes en matière de conflits de lois (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, au paragraphe 29; *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), à la page 252 (*Le Federal Calumet*), conf. par [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL)).

General Approach to “Conflict of Laws” Analysis

[16] Absent a statutory and/or treaty provision that directs the forum to apply a particular choice of law rule, Canadian common law conflict of laws rules will apply in a proceeding where the court is asked to apply foreign law. The first step in such an analysis is the determination of the legal nature of the questions or issues to be adjudicated (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf, Vol. 1 (Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005), at §§ 3.1-3.2; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed. Vol. 1 (London: Sweet & Maxwell, 2006), at paragraphs 2-001 to 2-045). This characterization must be performed since different choice of law rules have been developed for different legal categories. For example, characterization of the issue as tortious versus contractual will result in the application of a different conflicts rule and may result in a different outcome as to which jurisdiction’s substantive law governs.

[17] Once the issue is characterized as belonging to a particular legal category, the court must then determine what choice of law rule applies to that particular category (*Castel & Walker*, at § 3.1). Application of the choice of law rule should indicate which jurisdiction’s law should apply to this particular matter.

[18] After the appropriate law is selected using Canadian choice of law rules, the court will then apply that law to the issue. In general, foreign law must be specifically pleaded and proved to the satisfaction of the court (*Castel & Walker*, at § 7.1; *Dicey, Morris and Collins*, at Rule 18(1)). If the foreign law is not pleaded or is insufficiently proved, the court will apply the law of the forum (*Castel & Walker*, at § 7.4).

Démarche générale à suivre pour l’analyse des « conflits de lois »

[16] À défaut de disposition dans une loi ou un traité qui oblige le tribunal à appliquer une règle de droit déterminée, ce sont les règles canadiennes de la common law en matière de conflits de lois qui s’appliquent dans l’instance dans laquelle le tribunal est appelé à appliquer des règles de droit étranger. La première étape d’une telle analyse consiste à déterminer la nature juridique des questions à trancher (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd. (feuilles mobiles), vol. 1 (Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005), aux §§ 3.1-3.2; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^e éd. vol. 1 (Londres : Sweet & Maxwell, 2006), aux paragraphes 2-001 à 2-045). Il faut procéder à cette qualification car, en matière de choix du droit applicable, diverses règles ont été élaborées selon la catégorie juridique en cause. Ainsi, selon que la question en litige est qualifiée de délictuelle ou de contractuelle, une règle différente quant aux conflits de lois s’applique et est susceptible de produire un résultat différent en ce qui concerne le choix du pays dont le droit substantiel s’applique.

[17] Une fois qu’il a été décidé que la question entre dans une catégorie juridique donnée, le tribunal doit déterminer quelle règle en matière de choix du droit applicable s’applique à cette catégorie précise (*Castel & Walker*, au § 3.1). L’application de la règle relative au choix du droit applicable devrait permettre de déterminer les lois de quel pays devraient s’appliquer à la question en cause.

[18] Après avoir sélectionné les règles de droit appropriées à l’aide des règles canadiennes relatives au choix de la loi, le tribunal applique ces règles de droit à la question en litige. En principe, le droit étranger doit être expressément plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal (*Castel & Walker*, au § 7.1; *Dicey, Morris and Collins*, à la règle 18(1)). Si le droit étranger n’est pas plaidé ou n’est pas suffisamment prouvé, le tribunal applique la loi du for (*Castel & Walker*, au § 7.4).

Characterization of the issue and choice of law in the *Lanner* transactions

[19] Since there is no statutory or treaty rule mandating a particular choice of law rule, I first must characterize the issue at bar. Prior to doing this, it is helpful to review the nature of maritime liens.

[20] The maritime lien is “a true, substantive right in the property of another . . . , a subtraction from the ship owner’s absolute ownership” (W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2002), at page 482). It is an ancient creature of the *lex maritima* and has no equivalent in the common law (W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. (Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1998), at page 60). This secured, *in rem* right against the vessel (*Holt Cargo*, at paragraph 26):

... arises without registration or other formality when debts of a specific nature are incurred by or on behalf of a ship. The lien creates a charge which “goes with the ship everywhere, even in the hands of a purchaser for value without notice, and has a certain ranking with other maritime liens, all of which take precedence over mortgages” (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), *per* Scott L.J., at p. 150). It may be described, in that sense, as a “secret lien”.

Furthermore, a maritime lien arises by operation of law, rather than from tort or contract (*Imperial Oil*, at paragraph 26; see also *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002)).

[21] As noted by Justice Binnie in *Holt Cargo*, the reason for the privileged status of maritime liens is practical (at paragraph 27):

The ship may sail under a flag of convenience. Its owners may be difficult to ascertain in a web of corporate relationships. . . . Merchant seamen will not work the vessel unless their wages constitute a high priority against the ship. The same is true of others whose work or supplies are essential to the continued voyage. The Master may be embarrassed for lack of funds, but the ship itself is assumed

Qualification de la question en litige et choix de la loi dans les transactions relatives au *Lanner*

[19] Comme aucune loi ni aucun traité n’impose le choix d’une loi déterminée, il faut d’abord qualifier la question en litige. Mais avant, il est utile d’examiner la nature des privilèges maritimes.

[20] Le privilège maritime est [TRADUCTION] « un droit substantiel et concret sur la propriété d’autrui [...] qui vient restreindre le caractère absolu du droit de propriété du propriétaire du navire » (W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2002), à la page 482). En ce sens, le privilège maritime est une survivance de la *lex maritima* qui n’a pas d’équivalent en common law (W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998), à la page 60). Ce droit réel garanti grève le navire (*Holt Cargo*, au paragraphe 26) :

[...] prend naissance sans enregistrement ou autre formalité dès qu’une dette d’une nature particulière est contractée par un navire ou au nom d’un navire. Le privilège donne naissance à un droit réel [TRADUCTION] « qui suit le navire où qu’il soit, même entre les mains d’un acquéreur à titre onéreux sans préavis, et occupe le même rang que les autres privilèges maritimes, tous ces privilèges ayant préséance sur les hypothèques » (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), le lord juge Scott, p. 150). Dans ce sens, il peut être décrit comme un « privilège occulte ».

De plus, le privilège maritime naît non pas d’un contrat ou d’un délit, mais de l’application de la loi (*Imperial Oil*, au paragraphe 26; voir également la décision *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002)).

[21] Ainsi que le juge Binnie le fait remarquer dans l’arrêt *Holt Cargo*, le statut privilégié des privilèges maritimes s’explique par des raisons d’ordre pratique (au paragraphe 27) :

Un navire peut naviguer sous pavillon de complaisance. Il peut être difficile d’en identifier les propriétaires dans un réseau complexe d’entreprises [...] Les marins de la marine marchande ne travailleront pas sur un navire à moins que leur salaire ne constitue une créance prioritaire sur le navire. Il en est de même pour ceux dont le travail ou les approvisionnements sont essentiels à la poursuite du voyage.

to be worth something and is readily available to provide a measure of security. Reliance on that security was and is vital to maritime commerce. Uncertainty would undermine confidence.

[22] While Canadian law does not afford a maritime lien for the supply of necessities, other jurisdictions do, including the United States and France (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 551). “Necessaries” include repairs, supplies, towage and the use of dry docks and marine railways (Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, at page 483).

[23] The United States has statutorily recognized a general maritime lien for necessities since the adoption of the *Ship Mortgage Act* in 1920 [41 Stat. 1000 (1920)] (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 77). As mentioned above, the current legislation governing necessities liens is the U.S. *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006). These liens arise at the moment of supply to the vessel (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 596).

[24] One need only look at the facts of this case to see that maritime transactions may involve a multitude of jurisdictions. As acknowledged by Justice Stone in *Imperial Oil*, “it is not unusual in the marine shipping industry for fuel to be supplied to a vessel under a contract between parties located in several countries, negotiated in one country and performed in another sometimes by a person who was not a party to the original contract” (at paragraph 22). While I recognize that maritime liens are *in rem* rights, which arise by operation of law and not from contract, I believe that the choice of law clause in the supply contracts should generally govern maritime transactions, including the rights which may arise from these transactions. The Supreme Court of Canada has suggested that the principles of comity, order, and fairness should guide the determination of conflict of laws issues (*Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, at paragraph 21). While the

Le capitaine peut être à court d’argent, mais on présume que le navire lui-même a une certaine valeur et qu’il peut facilement constituer une certaine garantie. Cette garantie était et est toujours essentielle au commerce maritime. L’incertitude minerait la confiance.

[22] Bien que le droit canadien ne confère pas de privilège maritime aux fournisseurs d’approvisionnements nécessaires, d’autres pays le font, comme les États-Unis ou la France (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 551). Par « approvisionnements nécessaires », on entend les réparations, les provisions fournies, le remorquage et l’accès à une cale sèche ou à un slip de carénage (Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, à la page 483).

[23] Les États-Unis reconnaissent par voie législative l’existence d’un privilège maritime aux fournisseurs d’approvisionnements nécessaires depuis d’adoption de la *Ship Mortgage Act* en 1920 [41 Stat. 1000 (1920)] (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 77). Comme nous l’avons précédemment mentionné, la loi américaine actuelle régissant le privilège pour approvisionnements nécessaires est la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006). Le privilège naît dès que les approvisionnements sont fournis au navire (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 596).

[24] Il suffit de considérer les faits de la présente affaire pour constater que les transactions maritimes peuvent mettre en cause une multitude de pays. Ainsi que le juge Stone l’a reconnu dans l’arrêt *Imperial Oil*, « il n’est pas inhabituel, dans le domaine de la navigation maritime, qu’un navire soit approvisionné en carburant en application d’un contrat qui a été conclu entre des parties se trouvant dans plusieurs pays, négocié dans un pays et exécuté dans un autre parfois par une personne qui n’était pas partie au contrat initial » (au paragraphe 22). Bien que je reconnaisse que les privilèges maritimes soient des droits réels, qui naissent par l’effet de la loi et non aux termes d’un contrat, j’estime que la clause sur le choix du droit applicable contenue dans le contrat d’approvisionnement devrait en principe régir les transactions maritimes, y compris les droits découlant de ces transactions. Suivant la Cour suprême du Canada, les principes de courtoisie, d’ordre et d’équité devraient servir de guide pour

principles of comity and fairness will often be equivocal in the case of maritime transactions, giving greater weight to proper law of the supply contract would pay respect to the notion of “order”. This would encourage certainty and predictability in maritime transactions of a jurisdictionally diverse character.

[25] The common law contractual choice of law rules provide that where there is an express or implied choice of law by the parties to the contract, this law will normally govern the contract and legal rights and obligations generated by the contract (*Drew Brown Ltd. v. The “Orient Trader”*, [1974] S.C.R. 1286, at pages 1288, 1314 and 1318; *The Federal Calumet*, at page 253; *Richardson [Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)]*, [2002] 4 F.C. 80 (C.A.)), at paragraph 28). Absent an express or implied choice of law by the parties, the proper law of the contract is determined by assessing which jurisdiction has the closest and most substantial connection (*The Federal Calumet*, at page 253; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, at page 448 (*Imperial Life*)).

[26] While the contractual choice of law clause in the contract should dictate the proper law of the maritime transaction, I acknowledge that maritime liens are extra-contractual rights. Therefore, I do not foreclose the possibility that, where a maritime transaction is so strongly connected to a jurisdiction, this jurisdiction’s substantive law, rather than the choice of law clause in the contract, should govern the transaction. In *Imperial Oil*, Justice Stone held that the U.S. choice of law clause in the supply contract did not govern the transaction since the place of vessel registration, the residences of the ship owner and charterer, and the place of supply delivery were all in Canada. Justice Stone also suggested that the flag state of the vessel and the residence of the supplier were significant factors in determining which jurisdiction had the closest and most substantial connection to the transaction.

trancher les questions de conflits de lois (*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, au paragraphe 21). Bien que les principes de courtoisie et d’équité soient souvent équivoques dans le cas de transactions maritimes, le fait d’accorder une plus grande importance au choix de la loi applicable prévu au contrat d’approvisionnement rendrait hommage à la notion d’« ordre », ce qui favoriserait la stabilité et l’uniformité dans le cas de transactions maritimes ressortissant à divers pays.

[25] Les règles de la common law sur le choix contractuel de la loi applicable prévoient que lorsque les parties ont choisi expressément ou implicitement le droit applicable, ces règles de droit régiront normalement tant le contrat que les droits et obligations créés par le contrat (*Drew Brown Ltd. c. Le « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286, aux pages 1288, 1314 et 1318; *Richardson [Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)]*, [2002] 4 C.F. 80 (C.A.)), au paragraphe 28). Si les parties n’ont pas fait de choix exprès ou implicite, la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (*Le Federal Calumet*, à la page 253; *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, à la page 448 (*Imperial Life*)).

[26] Bien que la clause sur le choix de la loi dans le contrat devrait commander le choix de la loi qui régit la transaction maritime, je reconnais que les privilèges maritimes sont des droits extracontractuels. Je n’écarte donc pas la possibilité que, lorsqu’il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, ce sont les règles de droit substantiel de ce pays et non celles prévues par la clause sur le choix de la loi du contrat qui devraient régir la transaction. Dans l’arrêt *Imperial Oil*, le juge Stone a estimé que la clause du contrat d’approvisionnement aux termes de laquelle la loi américaine avait été choisie ne s’appliquait pas à la transaction étant donné que le lieu d’immatriculation du navire, le lieu de résidence du propriétaire et de l’affrèteur du navire et le lieu de livraison de la marchandise étaient tous situés au Canada. Le juge Stone a également laissé entendre que l’État du pavillon du navire et la résidence du fournisseur étaient des facteurs importants pour déterminer quel pays

[27] In assessing the proper law to apply to the transactions at issue, Prothonotary Morneau [at paragraph 60] summarized the relevant connecting factors in a table. I reproduce this table, with some modifications, below. In all cases, the vessel's flag state and the vessel owner's country of residence is Liberia. The vessel's base of operations and the vessel manager's country of residence is Greece.

APPELLANT	APPELLANT'S COUNTRY OF RESIDENCE	SUPPLIER'S COUNTRY OF RESIDENCE	LOCATION OF SUPPLY	CHOICE OF LAW IN SUPPLY CONTRACT
Kent Trade	British Virgin Islands	Canada	Canada	U.S.A.
		Unknown	Spain	U.S.A.
Praxis Energy	British Virgin Islands	England	Pointe à Pierre, Trinidad	U.S.A.
CP3500	Cyprus	Singapore	Singapore	Washington State (arbitration agreement)

[28] It is evident that U.S. law has been explicitly chosen to govern the Kent Trade and Praxis Energy supply contracts. However, the priorities appeal Judge found that the choice of law in the contracts did not dictate that American law applied due to insufficient evidence that the vessel's owner was personally liable under this contract.

[29] Without deciding whether personal liability of the owner is necessary for the choice of law clause to be determinative of the proper law, I find that the priorities appeal Judge made a palpable and overriding error in holding that a contractual link between the appellants and the vessel's owner was not established by the evidence. It is uncontested by the respondents that the management agreement between the vessel's owner and its manager was part of the record at the priorities

entretenait les liens les plus étroits et les plus importants avec la transaction.

[27] Pour déterminer la loi applicable aux transactions en cause, le protonotaire Morneau [au paragraphe 60] a résumé les facteurs de rattachement pertinents à l'aide d'un tableau. Je reproduis ce tableau avec quelques modifications. Dans tous les cas, l'État du pavillon du navire et le pays de résidence du propriétaire du navire sont le Libéria. La base des activités du navire et le pays de résidence du gestionnaire du navire sont la Grèce.

APPELANTE	PAYS DE RÉSIDENCE DE L'APPELANTE	PAYS DE RÉSIDENCE DU FOURNISSEUR	LIEU DE LIVRAISON	LOI APPLICABLE CHOISIE DANS LE CONTRAT D'APPROVISIONNEMENT
Kent Trade	Îles Vierges britanniques	Canada	Canada	É.-U.
		inconnu	Espagne	É.-U.
Praxis Energy	Îles Vierges britanniques	Angleterre	Pointe à Pierre (Trinidad)	É.-U.
CP3500	Chypre	Singapour	Singapour	État de Washington (contrat d'arbitrage)

[28] Il est évident que la loi américaine a été expressément choisie pour régir le contrat d'approvisionnement de Kent Trade et de Praxis Energy. La juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité a toutefois estimé que le choix de la loi effectué dans les contrats n'emportait pas application du droit américain en raison de l'insuffisance d'éléments de preuve tendant à démontrer que le propriétaire du navire avait engagé sa responsabilité personnelle aux termes de ce contrat.

[29] Sans me prononcer sur la question de savoir s'il est nécessaire que la responsabilité personnelle du propriétaire soit engagée pour que la clause sur le choix de la loi puisse être retenue pour déterminer le droit applicable, j'estime que la juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien contractuel entre les appelantes et le propriétaire du navire. Les intimés

appeal. This agreement states that the manager, Arrow, had the authority on behalf of the owner to do all things necessary for the management of the vessel, including the arrangement of bunker fuel and lubrication oil contracts. Furthermore, all invoices of the appellants were addressed directly to Arrow, as manager of the vessel. As a result, a contractual link has been established between the owner and the appellants.

[30] Therefore, even if personal liability of the ship owner is a necessary element of the choice of law rule, the proper law of the Kent Trade and Praxis contracts, based on choice of law rules, is American law.

[31] In the CP3500 contract, there is no explicit choice of law clause; however, there is an arbitration clause stating that any arbitration between the parties is to be decided in accordance with the law of the State of Washington. Even where an arbitration clause only selects the forum of the arbitration, British and Canadian courts normally take this clause as indicative of the proper law of the contract (see e.g. *Richardson*, at paragraphs 34-35; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.)). On this basis, I find that the proper law of the CP3500 supply contract is American law.

[32] Since the contractual choice of law clause should normally govern and there are no other factors, or combinations of factors, which indicate that another jurisdiction has a closer or more substantial connection to the maritime transactions at hand, I disagree with the decisions below and conclude that American law is the appropriate law to apply in this case.

Application of American law

[33] While Justice Gauthier did not believe American law governed the transactions at issue, she proceeded

ne contestent pas que l'entente de gestion entre le propriétaire du navire et son gestionnaire faisait partie du dossier lors de l'appel relatif à l'ordre de priorité. Cette entente précise que le gestionnaire, Arrow, était autorisé à accomplir, au nom du propriétaire, tous les actes nécessaires pour la gestion du navire, y compris la conclusion de contrats portant sur le combustible de soute et le lubrifiant. Qui plus est, toutes les factures des appelantes étaient adressées directement à Arrow, en sa qualité de gestionnaire du navire. Un lien contractuel a donc été établi entre le propriétaire et les appelantes.

[30] Ainsi, même si la responsabilité personnelle du propriétaire du navire constitue un élément nécessaire de la règle relative au choix du droit applicable, il n'en demeure pas moins que, selon les règles sur le choix du droit applicable, c'est le droit américain qui s'applique aux contrats conclus par Kent Trade et par Praxis.

[31] Le contrat de CP3500 ne renferme pas de clause explicite quant au choix du droit applicable; il contient toutefois une clause d'arbitrage qui stipule que tout arbitrage entre les parties doit être jugé conformément aux lois de l'État de Washington. Même lorsqu'une clause d'arbitrage ne désigne que le pays de l'arbitrage, les tribunaux britanniques et canadiens interprètent cette clause comme une indication de la loi applicable au contrat (voir, par ex., *Richardson*, aux paragraphes 34 et 35, et *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.)). Sur ce fondement, je conclus que la loi qui s'applique au contrat d'approvisionnement de CP3500 est la loi américaine.

[32] Comme la clause contractuelle du choix de la loi applicable devrait normalement s'appliquer et comme il n'existe pas d'autres facteurs ou combinaison de facteurs qui indiquent qu'il existe un autre pays ayant des liens plus étroits ou plus importants avec les opérations maritimes en cause, je dois m'écarter des décisions des tribunaux inférieurs et je conclus que c'est la loi américaine qui s'applique en l'espèce.

Application de la loi américaine

[33] Même si elle ne croyait pas que la loi américaine régissait les transactions en litige, la juge Gauthier est

on the basis that it did and found that, based on the expert testimony, American law would not grant maritime liens in the circumstances of this case. The appellants and the respondents differ as to the appropriate standard of review to apply where the trial judge has determined the content of foreign law. It is not contested by either party that foreign law is treated as a question of fact (*Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at page 306) which must be specifically pleaded by the party relying upon it and proved to the satisfaction of the court (Castel & Walker, at § 7.1). However, as noted by the English Divisional Court in *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737, at page 746 (approved by the English Court of Appeal in *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638, at page 645 (*Bumper Development*)), findings of foreign law are “a question of fact of a peculiar kind”. The Ontario Court of Appeal has recently recognized the unique position of an appellate court in reviewing these findings of fact and held that they were reviewable on a standard of correctness (*General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666, at paragraphs 35–36).

[34] This issue does not have to be resolved in the present case since fresh evidence has been admitted in the way of supplemental affidavits from the appellants’ and respondents’ expert witnesses (order of Décary J., November 6, 2007; order of Noël J., July 10, 2008). In light of the new evidence submitted prior to this appeal, I must assess whether U.S. law would grant a maritime lien for necessities in any or all of the four transactions at issue.

[35] Before discussing the expert testimony as to the content of U.S. law, it is helpful to discuss the role of expert witnesses, both in general and in the context of proving foreign law. As recognized by the English Court of Appeal in *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390, the duties and responsibilities

partie du principe qu’elle s’y appliquait et elle a conclu, en se fondant sur le témoignage de l’expert, que le droit américain ne reconnaît aucun privilège dans les circonstances de l’espèce. Les appelantes et les intimées divergent d’opinion au sujet de la norme de contrôle à appliquer lorsque le juge de première instance a défini le contenu du droit étranger. Ni l’une ni l’autre des parties ne conteste que le droit étranger soit considéré comme une question de fait (*Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, à la page 306) qui doit être expressément plaidée par la partie qui l’invoque et qui doit être prouvée à la satisfaction du tribunal (Castel & Walker, au § 7.1). Toutefois, ainsi que la Cour divisionnaire de l’Angleterre l’a fait observer dans la décision *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737, à la page 746 (approuvée par la Cour d’appel de l’Angleterre dans l’arrêt *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638, à la page 645 (*Bumper Development*)), les conclusions portant sur le droit étranger [TRADUCTION] « sont des questions de fait un peu particulières ». La Cour d’appel de l’Ontario a récemment reconnu la position unique qu’occupe la juridiction d’appel chargée de réviser de telles conclusions de fait en statuant qu’elles sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte (*General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666, aux paragraphes 35 et 36).

[34] Il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce étant donné que de nouveaux éléments de preuve ont été admis sous forme d’affidavits supplémentaires déposés par les témoins experts des appelantes et des intimées (ordonnance du 6 novembre 2007 du juge Décary et ordonnance du 10 juillet 2008 du juge Noël). Compte tenu des nouveaux éléments de preuve soumis avant le présent appel, je dois décider si le droit américain reconnaît un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires pour l’une ou l’autre ou la totalité des quatre transactions en cause.

[35] Avant de passer à l’examen du témoignage de l’expert au sujet du contenu du droit américain, il est utile de rappeler le rôle que jouent les témoins experts tant en général que lorsqu’il s’agit de faire la preuve du droit étranger. Ainsi que la Cour d’appel de l’Angleterre l’a reconnu dans l’arrêt *General Medical Council v.*

of expert witnesses in civil cases include the following (citations omitted) [at paragraph 21]:

1. Expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation. . . . 2. An expert witness should provide independent assistance to the court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his expertise. . . . An expert witness . . . should never assume the role of an advocate. 3. An expert witness should state the facts or assumption upon which his opinion is based. He should not omit to consider material facts which could detract from his concluded opinion. . . . 4. An expert witness should make it clear when a particular question or issue falls outside his expertise. . . . 6. If, after exchange of reports, an expert witness changes his view on a material matter having read the other side's expert's report or for any other reason, such change of view should be communicated (through legal representatives) to the other side without delay and when appropriate to the court.

[36] While, in general, both Mr. de Klerk (the expert witness for the appellants) and Mr. Juska (the expert witness for the respondents) provided helpful evidence, I feel it necessary to express my disapproval at the speculative and argumentative nature of some of the testimony given by Mr. de Klerk. An expert witness is entitled to give his opinion as to whether a judicial decision is inconsistent with binding authority or the general state of the law; however, it will generally be inappropriate for expert witnesses to comment on the likelihood of a decision being upheld or reversed on appeal.

[37] As for the substance of the expert testimony, it appears that there is a divergence in the U.S. District Courts and Circuit Courts of Appeal as to whether a maritime lien would be established where a non-U.S. supplier has provided necessities to a foreign vessel in a foreign port. The English Court of Appeal has suggested that it is "the duty of the judge when faced with conflicting evidence from witnesses about a foreign law to resolve those differences in the same way as he must in the case of other conflicting evidence as to facts" (*Bumper Development*, at page 644). This is

Meadow, [2006] EWCA Civ 1390, les témoins experts s'acquittent notamment des attributions suivantes dans les procès civils (renvois omis) [au paragraphe 21] :

[TRADUCTION]

1. La preuve d'expert présentée à la Cour devrait être — et perçue comme étant — le produit indépendant de l'expert ne subissant aucune influence de forme ou de fond dictée par les exigences de l'instance [...] 2. Le témoin expert devrait fournir une aide indépendante au tribunal en donnant son avis de manière objective et impartiale sur des questions relevant de son champ de compétence [...] Le témoin expert [...] ne doit jamais prendre fait et cause pour l'une ou l'autre des parties. 3. Le témoin expert devrait énoncer les faits ou les hypothèses sur lesquels il fonde son avis. Il ne doit pas négliger d'examiner des faits importants qui seraient susceptibles d'influencer l'avis qu'il a formé [...] 4. Lorsqu'une question déterminée n'est pas dans son champ de compétence, le témoin expert devrait le dire clairement [...] 6. Si, après l'échange de rapports, le témoin expert change d'avis au sujet d'une question importante, notamment après avoir pris connaissance du rapport de l'expert de la partie adverse, il doit en faire part sans délai à la partie adverse (par l'intermédiaire de ses représentants légaux) et en informer le tribunal en temps opportun.

[36] Bien que, dans l'ensemble, tant M. de Klerk (le témoin expert des appelantes) que M. Juska (le témoin expert des intimées) aient donné un témoignage utile, j'estime utile d'exprimer mon désaccord au sujet du caractère spéculatif et argumentatif d'une partie du témoignage donné par M. de Klerk. Le témoin expert a le droit de donner son avis sur la question de savoir si une décision judiciaire est incompatible avec un précédent obligatoire ou avec l'état général du droit; toutefois, il ne convient pas, en principe, qu'un témoin expert formule des observations au sujet des probabilités qu'une décision soit confirmée ou infirmée en appel.

[37] Pour ce qui est du fond du témoignage des experts, il semble qu'il existe une divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime serait constitué lorsqu'un fournisseur, qui n'est pas américain, a fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger. Suivant la Cour d'appel de l'Angleterre, [TRADUCTION] « il incombe au juge qui a entendu des témoignages contradictoires au sujet du droit étranger de résoudre ces divergences de la même façon qu'il doit le faire

also the approach taken in *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506 and *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225. Determining the law of a foreign jurisdiction when such law is unsettled presents a difficult task for a court. Therefore, I note that my findings on U.S. law are based only on the affidavits and exhibits presented before the Court, since it is generally inappropriate for a court to conduct its own investigation into the foreign law (see *Bumper Development*, at page 644; Castel & Walker, at § 7.3; Dicey, Morris and Collins, at page 262).

[38] Very few decisions were presented that addressed similar circumstances to those at issue in this case: namely, would U.S. courts recognize a maritime lien where a foreign supplier provided necessities to a foreign ship in a foreign port?

[39] For the proposition that the U.S. Maritime Liens Act does not apply to foreign suppliers providing necessities to foreign vessels in a foreign port, Mr. Juska cites the decision from the Court of Appeals for the 11th Circuit in *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992). In this case, a Trinidad corporation had provided a Norwegian-flagged ship with certain necessities and performed repairs on the foreign-owned vessel while docked at Trinidad. The repair contract provided that English law would govern all aspects of the supply and repair agreement. After the vessel's owners failed to pay the outstanding balance on the repair contract, the supplier brought an action *in rem* against the vessel and *in personam* against the ship's owners. The issue before the District Court and at appeal was whether the Court had jurisdiction over the matter. U.S. courts have *in rem* jurisdiction to enforce a maritime lien or whenever a U.S. statute provides for a maritime action *in rem* or analogous proceeding. The supplier argued, *inter alia*, that § 31342 of the U.S. Maritime Liens Act recognized a maritime lien in the circumstances and thus allowed the court to have *in rem*

dans le cas d'autres éléments de preuve contradictoires portant sur des faits » (*Bumper Development*, à la page 644). C'est également le raisonnement qui a été suivi dans les décisions *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506 et *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225. Il est difficile pour le tribunal de définir le contenu du droit d'un État étranger lorsque l'état de ce droit est incertain. Je signale en conséquence que les conclusions que je tire au sujet de la loi américaine reposent uniquement sur les affidavits et les pièces qui ont été soumis à la Cour, étant donné qu'en principe il ne convient pas que le tribunal mène sa propre enquête au sujet du droit étranger (voir *Bumper Development*, à la page 644, Castel & Walker, au § 7.3 et Dicey, Morris and Collins, à la page 262).

[38] Très peu de décisions présentées abordent des questions analogues à celles qui sont traitées en l'espèce, en l'occurrence celle de savoir si les tribunaux américains reconnaîtraient l'existence d'un privilège maritime lorsqu'un fournisseur étranger a livré des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger.

[39] À l'appui de la proposition que la Maritime Liens Act des États-Unis ne s'applique pas aux fournisseurs étrangers qui livrent des approvisionnements nécessaires à des navires étrangers dans des ports situés à l'étranger, M. Juska cite l'arrêt rendu par la Cour d'appel du 11^e circuit dans l'affaire *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11^e Cir. 1992). Dans cette affaire, une société de Trinidad avait fourni à un navire battant pavillon norvégien certains approvisionnements nécessaires en plus d'effectuer des réparations sur un navire étranger amarré à Trinidad. Le contrat de réparation stipulait que la loi anglaise régirait tous les aspects du contrat de fourniture et de réparation. Après que les propriétaires du navire eurent fait défaut de payer le solde dû aux termes du contrat de réparation, le fournisseur a intenté une action *in rem* contre le navire et une action *in personam* contre les propriétaires du navire. La question soumise tant à la Cour de district qu'à la Cour d'appel était de savoir si le tribunal était compétent en la matière. Les tribunaux américains ont compétence *in rem* pour donner effet à un privilège maritime chaque fois qu'une loi américaine prévoit une action maritime *in rem* ou une procédure analogue. Le

jurisdiction. The Court rejected that argument on two bases: firstly, it held that § 31342 does not provide for a lien for supplies provided by a foreign supplier to foreign flag vessels in foreign ports (at page 617); and secondly, that § 31342 is not even applicable to this case since the contract had stipulated that English law governs.

[40] Similar holdings were made in two other cases cited by Mr. Juska. In *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992), the Court declined to recognize the existence of a lien where a Danish corporation provided various services to a Bahamian-registered vessel docked in a foreign port. Furthermore, in *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988), the District Court commented that (at page 1545):

On its face, the statute appears to apply to any person or entity regardless of nationality or the location at which the goods were supplied or the services performed. However, the courts interpreting the statute have provided a narrower scope. See *Tramp Oil and Marine Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986); *Gulf Trading*, 658 F.2d at 367. “The primary concern of the Federal Maritime Lien Act is the protection of American suppliers of goods and services.” *Tramp Oil*, 805 F.2d at 46 (citing the Congressional reports which accompanied the enactment of 1971 amendments to the Act).

[41] The first supplemental affidavit of Mr. Juska referenced a more recent case that was decided by the District Court of Maryland. In *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007) (*Triton*), a Maltese-registered vessel was owned by a Norwegian corporation, bareboat chartered to a Russian company, and sub-chartered to a U.S.-owned Cayman Islands corporation that had its principal place of business in Seattle. The claimant, a Panamanian corporation, arranged through its Canadian agent to supply the vessel with fuel in the Ukraine. The

fournisseur faisait notamment valoir que le § 31342 de la Maritime Liens Act des États-Unis reconnaissait l’existence d’un privilège maritime en pareil cas, conférant ainsi au tribunal une compétence *in rem*. Le tribunal a écarté cet argument pour deux motifs : il a en premier lieu jugé que le § 31342 n’accordait pas de privilège dans le cas des approvisionnements livrés par un fournisseur étranger à un navire battant pavillon étranger dans un port étranger (à la page 617) et, en second lieu, il a estimé que le § 31342 ne s’appliquait même pas dans ce cas, étant donné que le contrat stipulait qu’il était régi par la loi anglaise.

[40] Des conclusions semblables ont été tirées dans les deux autres décisions citées par M. Juska. Ainsi, dans *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992), le tribunal a refusé de reconnaître l’existence d’un privilège dans une affaire dans laquelle une société danoise avait fourni divers services à un navire immatriculé aux Bahamas qui était amarré dans un port étranger. De plus, dans *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988), la Cour de district a expliqué ce qui suit (à la page 1545) :

[TRADUCTION] À première vue, la loi semble s’appliquer à toute personne et à toute entité, indépendamment de sa nationalité ou de l’endroit où les marchandises ont été livrées ou les services exécutés. Mais les tribunaux qui ont interprété cette loi lui ont donné une portée plus étroite (voir *Tramp Oil and Marine Ltd. c. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986) et *Gulf Trading*, 658 F.2 à la page 367). « Le principal objectif visé par la *Maritime Lien Act* fédérale est la protection des fournisseurs américains de biens et de services » *Tramp Oil*, 805 F.2d à la page 46 (citant les rapports du Congrès qui accompagnaient l’adoption des modifications apportées à la Loi en 1971).

[41] Le premier affidavit supplémentaire de M. Juska renvoie à une affaire plus récente jugée par la Cour de district du Maryland. Dans l’affaire *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007) (*Triton*), un navire immatriculé à Malte et appartenant à une société norvégienne avait été affrété coque nue à une société russe et sous-affrété à une société des îles Caymans dont les propriétaires étaient américains et dont l’établissement principal était situé à Seattle. Le créancier, une société du Panama, s’était entendu avec

supply contract contained a clause stating that the law of the United States governed the agreement. The vessel's owner moved for summary judgment on the basis that, even if the choice of law provision was enforceable, the U.S. legislation would not create a maritime lien in the circumstances at issue. The District Court agreed that, as a matter of law, no maritime lien for necessities existed. In coming to its decision, the court found that there were no policy reasons that would justify "the assertion of United States law against the commandments of the laws of other nations that do not recognize maritime liens for necessities" (at page 73).

[42] Following the decision in *Triton*, the Court of Appeals for the Ninth Circuit released its decision in *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008) (*Trans-Tec*). The District Court's decision in this case had been cited by Mr. Juska in his first supplemental affidavit for the proposition that, even where the supply contract stipulated the application of American law, a foreign supplier would not obtain a lien for necessities provided to a foreign vessel in a foreign port. However, following the submission of this affidavit, the Court of Appeals reversed the District Court's decision. This was brought to the attention of this Court in the second supplemental affidavit of Mr. de Klerk.

[43] In *Trans-Tec*, a Malaysian-owned and flagged vessel, which was chartered to a Taiwanese corporation, was provided with fuel bunkers by a Singaporean corporation while docked in Korea. There was a provision in the supply contract that indicated U.S. law was to govern the transaction. After the supplier did not receive full payment for the bunkers, it filed suit in California, asserting a maritime lien against the vessel. The Court of Appeals relied on the plain language of the statute to find that there was no restriction on the nationality of the supplier or vessel, or on the location of the port of supply. The Court also looked at the

son représentant canadien pour fournir du carburant au navire en Ukraine. Le contrat d'approvisionnement contenait une clause prévoyant que le contrat était régi par le droit des États-Unis. Le propriétaire du navire a présenté une requête en jugement sommaire au motif que, même si la disposition relative au choix de la loi applicable était exécutoire, la loi américaine ne créerait pas de privilège maritime dans les circonstances de l'espèce. La Cour de district a convenu qu'en droit, aucun privilège n'avait été créé en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires. Pour arriver à cette décision, la cour a conclu qu'il n'existait aucune raison de principe qui justifierait [TRADUCTION] « de faire passer la loi des États-Unis devant celle d'autres pays qui ne reconnaissent pas le privilège maritime dans le cas des approvisionnements nécessaires » (à la page 73).

[42] À la suite de la décision *Triton*, la Cour d'appel pour le neuvième circuit a rendu l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9^e Cir. 2008) (*Trans-Tec*). La décision rendue par la Cour de district dans cette affaire avait été citée par M. Juska dans son premier affidavit supplémentaire à l'appui de la proposition que, même si le contrat d'approvisionnement stipulait que la loi américaine s'appliquait, le fournisseur étranger n'obtiendrait pas de privilège pour les approvisionnements nécessaires fournis à un navire étranger dans un port étranger. Cependant, à la suite de la présentation de cet affidavit, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour de district. Ce fait a été porté à l'attention de notre Cour dans le second affidavit supplémentaire de M. de Klerk.

[43] Dans l'affaire *Trans-Tec*, un navire battant pavillon malaisien et appartenant à des Malaisiens, qui avait été affrété par une société de Taïwan, avait reçu livraison de soutes à combustible d'une société de Singapour alors qu'il se trouvait dans un port coréen. Le contrat d'approvisionnement stipulait que l'opération était régie par les lois américaines. N'ayant pas été payé intégralement pour les soutes à combustible, le fournisseur avait ouvert un procès en Californie en faisant valoir un privilège maritime à l'égard du navire. La Cour d'appel s'est fondée sur le texte clair de la loi pour conclure qu'il n'y avait aucune restriction quant à

Congressional history to support that the Maritime Liens Act was not restricted to American suppliers.

[44] The respondent in *Trans-Tec* argued that there is a presumption against extraterritoriality in Congressional legislation. The Court of Appeals disagreed, holding that admiralty law is extraterritorial by nature and since the parties to the supply contract had chosen American law, the application of American law would not interfere with the sovereignty of other nations. Addressing the decision in *Trinidad*, the Court noted that its analysis of the Maritime Liens Act was skeletal, since the Eleventh Circuit had already decided that English law applied to the transaction. Furthermore, since American law did not apply in this case, the Court's pronouncement that the Maritime Liens Act did not grant a lien where the ship, port, and supplier were foreign was mere *dicta*. The Court also found *Swedish Telecom* to be unpersuasive on this basis, since the Court had determined that Swedish law applied to the transaction.

[45] It is Mr. Juska's opinion that *Trans-Tec* was wrongly decided and he states that he has been advised by counsel for the vessel owner that the Court of Appeals decision will be appealed to the U.S. Supreme Court.¹ *Trans-Tec* is the only U.S. Court of Appeals case decided on much the same facts as the four transactions at issue; namely, a foreign-flagged vessel, owned and operated by non-American entities, docked at a non-U.S. port, being provided with supplies by a non-U.S. company under a supply contract governed by U.S. law. I acknowledge Mr. Juska's assertion, supported by several U.S. Supreme Court decisions, that *Trans-Tec* contradicts the long-established U.S. legal principle that, absent a contrary intent, Congressional legislation does not apply extraterritorially. However, I also note that the Ninth Circuit dealt with this argument and dismissed it.

la nationalité du fournisseur ou du navire ou de l'emplacement du port ou du lieu de livraison. La Cour a également tenu compte des débats du Congrès pour conclure que la Maritime Liens Act ne se limitait pas aux fournisseurs américains.

[44] Dans l'affaire *Trans-Tec*, l'intimé soutenait que la loi du Congrès contenait une présomption de non-extraterritorialité. La Cour d'appel a estimé le contraire, jugeant que le droit maritime est, par sa nature, extraterritorial, et que, comme les parties au contrat d'approvisionnement avaient choisi le droit américain, l'application de la loi américaine ne porterait pas atteinte à la souveraineté d'autres pays. Examinant la décision *Trinidad*, la Cour a fait observer que l'analyse que l'on y trouvait de la Maritime Liens Act était fort schématique, étant donné que la Cour du onzième circuit avait déjà décidé que le droit anglais s'appliquait à la transaction. Qui plus est, comme le droit américain ne s'appliquait pas en l'espèce, la conclusion du tribunal suivant laquelle la Maritime Liens Act ne conférait pas de privilège lorsque le navire, le port ou le fournisseur étaient étrangers n'avait valeur que de remarque incidente. La Cour a également conclu que le jugement *Swedish Telecom* n'était pas convaincant sur ce point, étant donné que le tribunal avait estimé que la loi suédoise s'appliquait à la transaction.

[45] M. Juska estime que l'arrêt *Trans-Tec* est mal fondé et il signale que l'avocat du propriétaire du navire l'a informé que la décision de la Cour d'appel sera portée en appel devant la Cour suprême des États-Unis¹. L'affaire *Trans-Tec* est la seule affaire jugée par la Cour d'appel des États-Unis qui portait sur des faits à peu près identiques à ceux des quatre transactions en cause en l'espèce, à savoir un navire battant pavillon étranger, possédé et exploité par des intérêts non américains, amarré à un port non américain et ayant reçu livraison d'approvisionnements d'une société non américaine aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine. Je prends acte de l'affirmation de M. Juska, qui repose sur plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis, que l'arrêt *Trans-Tec* contredit un principe juridique consacré depuis longtemps aux États-Unis, à savoir qu'à défaut d'intention contraire, les lois du Congrès n'ont aucune application extraterritoriale. Je

[46] Although I recognize that a decision of one circuit's Court of Appeals is not considered binding precedent on the decisions of other circuits, *Trans-Tec* is the latest expression of the law from a U.S. appellate court. Therefore, based on the expert evidence before us, I am satisfied that U.S. law would recognize a maritime lien for necessities where, under a supply contract governed by U.S. law, a foreign supplier provides goods or services to foreign vessels in a foreign port.

[47] There is no aspect relating to any of the four transactions that would serve to distinguish the circumstances at issue from those related in *Trans-Tec*. Consequently, I conclude that the three appellants have proven to my satisfaction that they each have a maritime lien against the *Lanner*.

Disposition

[48] The appeal will be allowed and the following amounts will be ordered to be paid from the balance of the proceeds of the judicial sale of the vessel:

- (1) the sum of \$415 688.70 in capital to Kent Trade and Finance Inc. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract;
- (2) the sum of \$225 599.23 in capital to Praxis Energies Agents S.A. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract; and
- (3) the sum of \$6 257.25 in capital to CP3500 International Ltd. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract.

constate toutefois également que la Cour du neuvième circuit a également statué sur cet argument et l'a écarté.

[46] Bien que je reconnaisse qu'une décision d'une cour d'appel de circuit n'est pas considérée comme un précédent ayant force obligatoire en ce qui concerne les décisions des autres cours de circuits, l'arrêt *Trans-Tec* n'en demeure pas moins l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine sur l'état du droit dans ce domaine. En conséquence, compte tenu du témoignage d'expert que nous avons entendu, je suis convaincu que la loi américaine reconnaîtrait l'existence d'un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires lorsqu'aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine, un fournisseur étranger fournit des biens ou des services à un navire étranger dans un port étranger.

[47] Aucune des quatre transactions en cause ne comporte d'aspect qui permettrait d'établir une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'affaire *Trans-Tec*. J'en conclus donc que les trois appelantes m'ont convaincu qu'elles possèdent chacune un privilège maritime à l'égard du *Lanner*.

Dispositif

[48] L'appel sera accueilli et les intimées seront condamnées à payer les sommes suivantes sur le solde du produit de la vente en justice du navire :

- 1) la somme de 415 688,70 \$ en capital à Kent Trade and Finance Inc. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement;
- 2) la somme de 225 599,23 \$ en capital à Praxis Energies Agents S.A. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement;
- 3) la somme de 6 257,25 \$ en capital à CP3500 International Ltd. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement.

[49] Costs will be granted to the appellants both in the Federal Court and in this Court.

RYER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[50] PELLETIER J.A. (dissenting): I have read the decision of the Chief Justice, and for the reasons which follow, I find that I am unable to agree.

[51] In my view, there are two issues in this appeal. First, what is the effect to be given to the choice of law clause which appears in a different form in each of the contracts in question? Second, what is the effect to be given to *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (1994) (the Act)?

[52] Assuming for the purposes of argument that the interpretation of the contracts in question is subject to United States law, and that the proper construction of the contracts brings the Act into play, one is then left with the fact that the application of the Act is a function of the U.S. Court of Appeals circuit in which a vessel is arrested and sold. If the vessel is arrested and sold within the jurisdiction of the Ninth Circuit, then the effect of the Act is to confer a maritime lien on a foreign supplier of necessities to a foreign ship in a foreign port: see *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008) (*Trans-Tec*); paragraph 4 of Mr. Juska's second supplemental affidavit, at page 441 of the supplemental appeal book. If, on the other hand, a vessel is seized and sold in a port falling within the jurisdiction of the Eleventh Circuit, a maritime lien will not be found to exist as a result of supply to a foreign ship in a foreign port by a foreign supplier by virtue of that Court's decision in *Trinidad Foundry and Fabricating Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992) (*Trinidad Foundry*). Since the decision of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals does not overrule the decision of another circuit of the same court, both decisions are

[49] Les dépens sont adjugés aux appelantes tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale.

LE JUGE RYER, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[50] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) : J'ai lu la décision du juge en chef et, pour les motifs qui suivent, j'estime que je ne puis y souscrire.

[51] À mon avis, il y a deux questions en litige dans le présent appel. La première est celle de l'effet qu'il convient de donner à la clause sur le choix du droit applicable qui apparaît sous une forme différente dans chacun des contrats en question. La seconde concerne l'effet à donner à la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (1994) (la Loi).

[52] Si l'on suppose, aux fins du débat, que l'interprétation des contrats en question est assujettie au droit américain et que l'interprétation qu'il convient de donner aux contrats en question fait entrer la Loi en jeu, on se retrouve avec le fait que l'application de la Loi est du ressort de la Cour d'appel des États-Unis dans le circuit où la saisie et la vente du navire ont lieu. Si le navire est saisi et vendu dans le ressort du neuvième circuit, la Loi a alors pour effet de conférer un privilège maritime à un fournisseur d'approvisionnements nécessaires d'un navire étranger situé dans un port étranger (voir l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9^e Cir. 2008) (*Trans-Tec*); paragraphe 4 du second affidavit supplémentaire de M. Juska, à la page 441 du dossier d'appel supplémentaire). Si, en revanche, le navire est saisi et est vendu dans un port relevant de la compétence du onzième circuit, on ne conclura pas à l'existence d'un privilège maritime par suite de la fourniture, par un fournisseur étranger, d'approvisionnements à un navire étranger dans un port étranger, en raison de la décision de la Cour du onzième circuit dans l'affaire *Trinidad Foundry and Fabricating Ltd. c. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11^e Cir. 1992) (*Trinidad Foundry*).

good law within the geographical limits of the circuit in which they were decided. Both experts agreed that the U.S. Supreme Court has not yet considered this question so that there is no decision binding on all U.S. courts on this question.

[53] The present case involves a ship which was arrested and sold outside the United States, so that the transaction is not one which falls within the geographical jurisdiction of any of the circuits of the U.S. Federal Court of Appeals. Consequently, in so far as Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents S.A. are concerned, there is no basis for preferring the jurisprudence of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals over another.

[54] This is not a case of a court being forced to choose between conflicting affidavits as to the state of the law of a foreign jurisdiction. It is clear that, in such a case, the court must reach a conclusion on the state of foreign law in spite of the conflict between the experts (*Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116 (B.C.C.A.), at paragraph 11):

It is well settled that a court faced with conflicting opinions as to foreign law is bound to make its own decision as to that law. This is apparent from these passages from two authorities:

(1) It is therefore incumbent upon him to prove the law of the State of Washington. This he must prove as matter of fact by the evidence of persons who are expert in that law... and it is settled law that if the evidence of such witnesses is conflicting or obscure the Court may go a step further and examine and construe the passages cited for itself in order to arrive at a satisfactory conclusion....

Allen v. Hay (1922), 64 S.C.R. 76 at 80-81, Duff J.

(2) As I understand the law of England... when you come to statute law itself, although it is right that *prima facie* what

Comme la décision rendue par un seul circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis n'a pas pour effet d'infirmer la décision rendue par un autre circuit de la même cour, les deux décisions sont valides dans les limites géographiques du ressort dans lequel elles ont été rendues. Les deux experts s'entendent pour dire que, comme la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas encore penchée sur la question, il n'existe pas de décision sur la question liant l'ensemble des tribunaux américains.

[53] La présente affaire concerne un navire qui a été saisi et vendu à l'extérieur des États-Unis, de sorte que l'opération n'est pas du ressort de l'un ou l'autre des circuits de la Cour d'appel fédérale des États-Unis. En conséquence, dans la mesure où Kent Trade and Finance Inc. et Praxis Energy Agents S.A. sont concernées, rien ne justifie de préférer la jurisprudence d'un circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis à celle d'un autre.

[54] Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le tribunal est forcé de choisir entre des affidavits qui se contredisent au sujet de l'état du droit dans un État étranger. Il est clair qu'en pareil cas, le tribunal doit tirer une conclusion au sujet de l'état du droit étranger malgré la divergence d'opinions entre les experts (*Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116 (C.A.C.-B.), au paragraphe 11) :

[TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que, face à des avis contradictoires quant au droit étranger, le tribunal doit tirer ses propres conclusions. C'est bien ce que démontrent les extraits tirés des deux arrêts suivants :

1) Il lui incombe donc de faire la preuve de la loi de l'État de Washington. Le droit étranger doit être établi en tant que question de fait au moyen de la preuve fournie par des personnes qui sont des experts en la matière [...] Il est par ailleurs de jurisprudence constante que lorsque les avis des spécialistes du droit étranger sont contradictoires ou non éclairants pour la Cour, celle-ci peut aller plus loin et examiner et interpréter elle-même les passages de la loi cités afin d'arriver à une conclusion satisfaisante [...]

Allen v. Hay (1922), 64 R.C.S. 76, aux pages 80 et 81, le juge Duff

2) Si j'ai bien compris le droit anglais [...] lorsqu'il s'agit du droit écrit lui-même, même s'il est vrai que, de prime

must be considered is the evidence of the experts and not the text of the law, when the experts differ as to its meaning an English court is entitled and, if it is to perform its function properly, is, indeed, bound, to apply its own mind, fortified by the opinion of the witnesses and giving what weight it thinks ought to be given to it, to the text itself and to examine it in order to make up its mind on the question of interpretation as between the two sets of witnesses.

Rouyer Guillet & Cie. v. Royer Guillet & Co., [1949] All E.R. 244 (C.A.) at 244, Lord Greene M.R. [Emphasis added.]

[55] In this case, while there is a conflict between the opinions of the experts, there is no dispute between them as to the state of the law within the geographical jurisdiction of those circuits of the United States Court of Appeals which have pronounced themselves on the interpretation of the Act. The Ninth Circuit has ruled one way, the Eleventh Circuit has ruled another. Thus, the law to be applied would normally be a function of the circuit in which it is to be applied. As a result, the state of the law depends upon a fact which is absent here, namely the presence of the arrested vessel in a port within the geographical jurisdiction of one or the other of the circuits of the United States Court of Appeals. Given that *Trinidad Foundry*, which ruled against the availability of a maritime lien in the case of foreign suppliers to a foreign ship in a foreign port, was decided in 1992, the parties who wished to take the benefit of the Act could have stipulated the place at which U.S. law was to be determined, and therefore the governing jurisprudence, as CP3500 International Ltd. did in its contract (see paragraph 14 of Mr. de Klerk's affidavit dated October 28, 2004).

[56] In the result, the proof of foreign law fails, not because of the conflicting opinions of the experts, but because the state of the law with respect to maritime liens is, at present, determined by the circuit in which the arrest and sale of the ship occurs. Had the arrest and sale occurred at a U.S. port, the jurisprudence of the Court of Appeals for that circuit would have been applied and the matter resolved. Where the arrest and sale occur outside the United States, and no tie to any particular circuit is proven, then the U.S. law applicable to that transaction has not been proven.

abord, il faille tenir compte du témoignage des experts et non du texte de la loi, lorsque les experts divergent d'opinion au sujet du sens de la loi, un tribunal anglais a le droit et, s'il veut s'acquitter convenablement de sa fonction, le devoir, en s'appuyant sur l'avis des témoins et en lui accordant le poids qu'il estime devoir lui accorder, de se pencher sur le texte lui-même et de l'examiner pour se faire sa propre idée sur la question de l'interprétation à retenir entre celles proposées par les deux témoins.

Rouyer Guillet & Cie. v. Rouyer Guillet & Co., [1949] All E.R. 244 (C.A.), à la page 244, lord Greene, m.r. [Non souligné dans l'original.]

[55] En l'espèce, bien que les experts divergent d'opinion, ils s'entendent au sujet de l'état du droit dans le ressort des circuits de la Cour d'appel des États-Unis qui se sont prononcés sur l'interprétation de la Loi. Le neuvième circuit a statué dans un sens et le onzième circuit a statué dans un autre. Ainsi, la loi applicable dépendrait donc normalement du circuit où elle a vocation à s'appliquer. Il s'ensuit donc que l'état du droit dépend d'un fait qui est absent en l'espèce, en l'occurrence la présence du navire saisi dans un port situé dans le ressort des circuits de la Cour d'appel des États-Unis. Compte tenu du fait que l'arrêt *Trinidad Foundry*, dans lequel on a refusé de reconnaître l'existence d'un privilège maritime aux fournisseurs étrangers d'approvisionnements livrés à un navire étranger dans un port étranger, a été rendu en 1992, les parties qui souhaitaient se prévaloir de cette loi auraient pu préciser le lieu où la loi américaine devait s'appliquer et, partant, la jurisprudence applicable, comme CP3500 International Ltd. l'a fait dans son contrat (voir le paragraphe 14 de l'affidavit souscrit par M. de Klerk le 28 octobre 2004).

[56] En conséquence, la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie, non pas en raison d'une divergence d'opinions des experts, mais parce que l'état du droit en ce qui concerne les privilèges maritimes est, pour le moment, déterminé par le circuit dans lequel la saisie et la vente du navire se produisent. Si la saisie et la vente avaient eu lieu dans un port américain, la jurisprudence de la Cour d'appel de ce circuit se serait appliquée et la question aurait été réglée. Lorsque la saisie et la vente se produisent à l'extérieur des États-Unis et qu'aucun lien avec un circuit quelconque n'est établi,

[57] Where there is no proof of foreign law, the *lex fori*, the law of Canada, applies: see *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf, Vol. 1 (Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005), at § 7.4, where Castel and Walker write:

If foreign law is not pleaded or, if pleaded, it is not proved or is insufficiently proved, the court will apply the *lex fori*. It was once said that in the absence of proof the court would presume the foreign law to be the same as the *lex fori*, but it is better to say that in all cases where foreign law is not proved, the *lex fori* prevails as it is the only law available. [Emphasis added.]

[58] The law of Canada does not recognize a maritime lien for the supply of necessities to a vessel so that the claims of Kent Trade and Finance Ltd. and Praxis Energy Agents S.A. to priority over the claims of the ship's mortgagees should be dismissed.

[59] The situation of CP3500 International Ltd. is different in that its choice of law clause provides for arbitration under the laws of the State of Washington. At paragraph 14 of his affidavit dated October 28, 2004, Mr. de Klerk states that Washington State law would include the law of the United States. Since Washington is in the Ninth Circuit, the law to be applied would be the law as stated by the Ninth Circuit of the U.S. Federal Court of Appeals in *Trans-Tec*. Given the connection with the Ninth Circuit, I would apply the interpretation of the Act adopted by the United States Court of Appeals for that circuit and allow CP3500 International Ltd.'s claim for a maritime lien.

[60] In the result, I would dismiss the appeals of Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents S.A. with costs and allow the appeal of CP3500 International Ltd. with costs.

le droit américain applicable à cette opération n'a pas été établi.

[57] Lorsque le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori*, le droit canadien, qui s'applique (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd., feuilles mobiles, vol. 1 (Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005), au § 7.4, où Castel et Walker écrivent :

[TRADUCTION] Si le droit étranger n'est pas allégué ou, s'il est allégué, s'il n'est pas étayé ou est mal étayé par la preuve, la Cour appliquera la *lex fori*. On dit parfois qu'en l'absence de preuve, le droit étranger est présumé identique à la *lex fori*. Il est préférable de dire que chaque fois que le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori* qui s'applique, puisqu'il s'agit du seul droit disponible. [Non souligné dans l'original.]

[58] Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire. Par conséquent, les réclamations présentées par Kent Trade and Finance Ltd. et par Praxis Energy Agents S.A. en vue d'avoir préséance sur les réclamations des créancières hypothécaires du navire devraient être rejetées.

[59] La situation de CP3500 International Ltd. est différente parce que sa clause sur le choix du droit applicable prévoit un arbitrage selon les lois de l'État de Washington. Au paragraphe 14 de son affidavit du 28 octobre 2004, M. de Klerk explique que le droit de l'État de Washington incorpore le droit des États-Unis. Comme l'État de Washington se trouve dans le neuvième circuit, le droit à appliquer est celui énoncé par le neuvième circuit de la Cour d'appel des États-Unis dans l'arrêt *Trans-Tec*. Compte tenu des liens existant avec le neuvième circuit, j'appliquerais l'interprétation de la Loi retenue par la Cour d'appel des États-Unis pour ce circuit et je ferais droit à la réclamation présentée par CP3500 International Ltd. en vertu du privilège maritime qu'elle revendique.

[60] Je suis par conséquent d'avis de rejeter avec dépens les appels de Kent Trade and Finance Inc. et de Praxis Energy Agents S.A. et de faire droit à l'appel de CP3500 International Ltd. avec dépens.

¹ The petition for a writ of *certiorari* was denied by the U.S. Supreme Court on December 1, 2008 (*Splendid Shipping Sendirian Berhard, Petitioner v. Trans-Tec Asia*, 2008 U.S. LEXIS 8640).

¹ La requête en bref de *certiorari* a été rejetée par la Cour suprême des États-Unis le 1^{er} décembre 2008 (*Splendid Shipping Sendirian Berhard, Petitioner v. Trans-Tec Asia*, 2008 U.S. LEXIS 8640).