

A-5-73

A-5-73

Oy Nokia Ab (*Appellant*)

v.

The ship *Martha Russ* and E. Russ & Co., Schiffahrt-U. Assekuranz-Gesellschaft and the ship *Korendyk* and Nederlandsche-Ameri-Kaansche Stoomvaart Maatschappij, N.V. (*Respondents*)

Court of Appeal, Thurlow and Pratte JJ. and Sheppard D.J.—Vancouver, February 28 and March 1, 1974.

Maritime law—Jurisdiction—“Canadian maritime law”, meaning—Cargo carried on foreign ship between foreign ports—Subsequent shipment by different ship to Canada—Cargo damaged on arrival—No jurisdiction over ship engaged in first voyage—Federal Court Act, s. 2; Admiralty Rules (English), 20(d).

Appeal from the order of Collier J. ([1973] F.C. 394) setting aside the service of the statement of claim on the German ship *Martha Russ* and her owners on the ground that the Federal Court was without jurisdiction to entertain the claim against that ship and her owners.

Cargo destined for appellant at Vancouver was carried aboard the German ship *Martha Russ* from Finland to Hamburg under a bill of lading for that voyage. At Hamburg, the cargo was barged to another ship and carried under a separate bill of lading to Vancouver where it was found damaged when unloaded. Appellant brought action for damages against the two ships and their owners and service of the statements of claim was made *ex juris* pursuant to Federal Court Rule 307.

Held, that the order setting aside service upon respondents is affirmed. The claim against the respondent E. Russ & Co. is upon a contract made by foreigners in Finland for the carriage of goods from Finland to Germany, and the rights of these parties under the contract are not governed by Canadian law, but by foreign law. No satisfactory reason has been established why steps were not taken to ascertain the amount of damages sustained before the goods left Germany when the facts show that the appellant was aware that damages had been sustained there. The case is not a proper one for the exercise of the discretion so as to compel the respondent, E. Russ & Co. to defend the action in this Court.

APPEAL.

COUNSEL:

D. McEwen for appellant.

J. D. L. Morrison for the *Martha Russ* and E. Russ & Co.

Oy Nokia Ab (*Appelante*)

c.

^a Le navire *Martha Russ* et E. Russ & Co., Schiffahrt-U Assekuranz-Gesellschaft et le navire *Korendyk* et Nederlandsche-Ameri-Kaansche Stoomvaart Maatschappij, N.V. (*Intimés*)

^b Cour d'appel, les juges Thurlow et Pratte et le juge suppléant Sheppard—Vancouver, le 28 février et le 1^{er} mars 1974.

^c *Droit maritime—Compétence—Signification de «droit maritime canadien»—Cargaison transportée à bord d'un navire étranger entre des ports étrangers—Expédition ultérieure sur un autre navire au Canada—Cargaison endommagée à l'arrivée—Aucune compétence sur le navire lors de la première traversée—Loi sur la Cour fédérale, art. 2; Règles d'amirauté (anglaises), 20d).*

^d Appel d'une ordonnance rendue par le juge Collier ([1973] C.F. 394) annulant la signification de la déclaration au navire allemand *Martha Russ* et à ses propriétaires au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour connaître de la réclamation contre le navire et ses propriétaires.

^e La cargaison, destinée à l'appelante à Vancouver, fut transportée à bord d'un navire allemand, le *Martha Russ*, de Finlande à Hambourg sous couvert d'un connaissement pour ce voyage. A Hambourg, la cargaison fut transbordée à bord d'un autre navire et transportée sous couvert d'un autre connaissement jusqu'à Vancouver où, lors du déchargement, on l'a trouvée endommagée. L'appelante a intenté une action en dommages-intérêts contre les deux navires et leurs propriétaires et signifié les déclarations *ex juris* conformément à la Règle 307 de la Cour fédérale.

^f *Arrêt*: l'ordonnance annulant la signification aux intimés est confirmée. La réclamation visant l'intimée, la E. Russ & Co., découle d'un contrat conclu par des étrangers, en Finlande, pour le transport de marchandises de Finlande en Allemagne; les droits de ces parties aux termes du contrat ne sont pas régis par le droit canadien, mais par le droit étranger. On n'a pas expliqué de manière satisfaisante pourquoi aucune démarche ne fut entreprise pour constater l'étendue du dommage avant que les marchandises quittent l'Allemagne, alors qu'il ressort des faits que l'appelante savait qu'elles avaient été endommagées. L'affaire ne justifie pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour pour obliger l'intimée, E. Russ & Co., à se défendre dans la présente action.

APPEL.

AVOCATS:

D. McEwen pour l'appelante.

J. D. L. Morrison pour le *Martha Russ* et la E. Russ & Co.

V. R. Hill, Q.C., for the *Korendyk*.

SOLICITORS:

Ray, Wolfe, Connell, Lightbody and Reynolds, Vancouver, for appellant.

Bull, Housser and Tupper, Vancouver, for the *Martha Russ*.

Macrae, Montgomery, Spring and Cunningham, Vancouver, for the *Korendyk*.

The judgment of the Court was delivered by

THURLOW J. (orally)—Notwithstanding the very able and comprehensive arguments presented by Mr. McEwen and Mr. Hill, Q.C., on behalf of their respective clients we are all of the opinion that the order setting aside service upon the defendant, E. Russ & Co., should be affirmed.

Assuming that the subject-matter of the plaintiff's claim is of a kind in respect of which the Court has jurisdiction and that there is no reason why that jurisdiction would not be exercised over the defendant E. Russ & Co. if it could be found and served in Canada, whether or not service out of the jurisdiction should be permitted remains a question for the exercise of discretion by the Court. In our opinion this holds true as well even when all the elements required by the former Admiralty Rule 20(d) are present. See *The Hagen*¹ per Farwell L.J. and *Société Générale de Paris v. Dreyfus Brothers*². In the latter case Lindley M.R. said at page 224:

We are referred to Order XI., and it is contended, that inasmuch as an injunction is asked, and as an affidavit has been made in the terms required by that order, we have no right to refuse leave to serve this writ, and it has been contended, upon the authority of *Call v. Oppenheim* 1 Times L.R. 622, that if we do we shall be running counter to a decision of the other branch of this Court. I differ entirely from every one of those allegations. In the first place, Order XI. enumerates certain circumstances under which, and under which alone, the Court can give leave to serve writs out of the jurisdiction. It does not say that when those circumstances occur the Court is bound to give leave. On the contrary, the language is that service out of the jurisdic-

¹ [1908] P. 189.

² (1888) 37 Ch. D. 215.

V. R. Hill, c.r., pour le *Korendyk*.

PROCUREURS:

Ray, Wolfe, Connell, Lightbody et Reynolds, Vancouver, pour l'appelante.

Bull, Housser et Tupper, Vancouver, pour le *Martha Russ*.

Macrae, Montgomery, Spring et Cunningham, Vancouver, pour le *Korendyk*.

Le jugement de la Cour fut prononcé par

LE JUGE THURLOW (oralement)—Malgré l'argumentation très brillante et exhaustive que M^e McEwen et M^e Hill, c.r., ont présentée au nom de leurs clients respectifs, nous sommes tous d'avis qu'il convient de confirmer l'ordonnance annulant la signification à la défenderesse, E. Russ & Co.

Même si l'on suppose que l'objet de la demande introduite par la demanderesse appartient à un domaine relevant de la compétence de la Cour et qu'il n'existe aucune raison empêchant l'exercice de cette compétence à l'égard de la défenderesse E. Russ & Co., si celle-ci se trouvait au Canada et que les documents pouvaient lui y être signifiés, la Cour a néanmoins toute discrétion pour décider si elle autorisera une signification en dehors du ressort. Cela reste vrai, à notre avis, même si sont réunis tous les éléments exigés par l'ancienne règle d'amirauté 20(d). Voir l'arrêt *The Hagen*¹ rendu par le lord juge Farwell et l'arrêt *Société générale de Paris c. Dreyfus Brothers*². Dans ce second arrêt, le maître des rôles Lindley a déclaré à la page 224:

[TRADUCTION] On nous cite l'ordonnance XI. et l'on soutient qu'étant donné la demande d'injonction et la rédaction d'un affidavit en la forme prescrite par cette ordonnance, nous n'avons pas le droit de refuser la permission de signifier ce bref. On a en outre soutenu, en se fondant sur l'arrêt *Call c. Oppenheim* 1 Times L.R. 622, qu'en refusant notre permission, nous irions à l'encontre d'une décision rendue par l'autre division de cette cour. Je suis en désaccord complet avec tous ces arguments. En premier lieu, l'ordonnance XI. énumère de façon limitative certaines circonstances dans lesquelles la Cour peut autoriser la signification de brefs en dehors de son ressort. Cette ordonnance n'énonce pas que lorsque ces circonstances sont réunies, la

¹ [1908] P. 189.

² (1888) 37 Ch. D. 215.

tion "may be allowed by the Court or a Judge" in certain specified events. This shews that the Court has a discretion and is bound to exercise its discretion. This becomes still plainer by turning to rule 2, which states certain matters which the Court is bound to have regard to when it is asked for leave to serve a writ in *Ireland*, or *Scotland*. It is not that you are entitled to have leave simply because you bring your case within one or the other of the eleven rules of Order XI. You cannot get the leave unless you do, but it does not follow if you do you are to have the leave. The Court has a discretion, and that discretion must of course be exercised judicially, and upon proper grounds.

See also the remarks of Lord Porter in the *Brabo*³ and those of Lord Simonds in the same case at page 305 as well as those of Diplock L.J. in the passage cited by the learned trial judge from *Mackender v. Feldra A.G.*⁴

The Rule with respect to service *ex juris* in this Court is Rule 307 which provides as follows:

Rule 307. (1) When a defendant, whether a Canadian citizen, British subject or a foreigner, is out of the jurisdiction of the Court and whether in Her Majesty's dominions or in a foreign country, the Court, upon application, supported by affidavit or other evidence showing that, in the belief of the deponent, the plaintiff has a good cause of action, and showing in what place or country such defendant is or probably may be found, may order (Form 5) that a notice of the statement of claim or declaration may be served on the defendant in such place or country or within such limits as the Court thinks fit to direct. (Form 6).

(2) An order under paragraph (1) shall fix a time, depending on the place of service, within which the defendant is to file his defence or obtain from the Court further time to do so.

(3) If any problem arises concerning service of an originating document in a matter other than an action, an application may be made to the Court for directions.

This rule does not describe categories of cases in which service *ex juris* may be allowed, as did the former Admiralty Rules. The discretion arising under it is thus at large but it must still be exercised with the caution referred to in the cases to which reference has been made as well as in many other cases. In this connection the observations made by Rand J. on the simi-

Cour est tenue de donner sa permission. Au contraire, il est bien précisé que, dans des circonstances déterminées, «la Cour ou un des juges peut» autoriser la signification en dehors du ressort. Ceci indique que la Cour a un pouvoir discrétionnaire et qu'elle est tenue de l'exercer. Ceci devient encore plus évident lorsqu'on examine la règle 2 qui énumère certaines questions dont la Cour est obligée de tenir compte lorsqu'on lui demande la permission de signifier un bref en *Irlande* ou en *Écosse*. Le simple fait que votre affaire relève de l'une ou l'autre des onze règles de l'ordonnance XI. ne vous donne pas automatiquement droit à cette permission. Si votre affaire n'en relève pas, vous ne pouvez obtenir la permission, mais cela ne veut pas dire qu'elle vous sera accordée dans le cas contraire. La Cour a un pouvoir discrétionnaire qu'elle doit bien sûr exercer de façon judiciaire et à bon droit.

Voir également les commentaires de Lord Porter dans l'arrêt *Brabo*³, ceux de Lord Simonds dans le même arrêt à la page 305 ainsi que ceux du lord juge Diplock dans le passage cité par le savant juge de première instance dans l'arrêt *Mackender c. Feldra A.G.*⁴.

La règle relative à la signification *ex juris* est la Règle 307 de cette cour qui dispose comme suit:

Règle 307. (1) Lorsqu'un défendeur, qu'il soit citoyen canadien, sujet britannique ou étranger, est à l'extérieur du ressort de la Cour, qu'il soit dans un des dominions de Sa Majesté ou dans un pays étranger, la Cour, sur demande, appuyée par affidavit ou autre preuve indiquant que, à la connaissance du déposant, le demandeur a une bonne cause d'action, et indiquant en quel lieu ou pays se trouve certainement ou probablement ce défendeur, pourra rendre une ordonnance (Formule 5) à l'effet qu'un avis de la déclaration peut être signifié au défendeur dans le lieu ou pays ou dans les limites géographiques que la Cour jugera à propos de prescrire. (Formule 6).

(2) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) doit fixer, en tenant compte du lieu de la signification, un délai dans lequel le défendeur doit déposer sa défense ou obtenir de la Cour une prolongation du délai pour le faire.

(3) En cas de difficulté en matière de signification d'un acte introductif d'une instance autre qu'une action, des instructions peuvent être demandées à la Cour.

Cette règle ne donne pas les catégories d'affaires à l'occasion desquelles on peut autoriser la signification *ex juris* comme le faisaient les anciennes règles d'amirauté. La discrétion découlant de cette règle est donc une discrétion générale, mais on doit quand même l'exercer avec la prudence dont font état des arrêts cités ainsi que bon nombre d'autres arrêts. A cet

³ [1949] All E.R. 294 at 298.

⁴ [1967] 2 Q.B. 590 at 599.

³ [1949] All E.R. 294 à la p. 298.

⁴ [1967] 2 Q.B. 590 à la p. 599.

larly worded provisions of Rule 76 of the Exchequer Court Rules in *Muzak Corporation v. CAPAC*⁵ are particularly appropriate. The learned Judge said:

The rules of the Exchequer Court dealing with service of this nature are of a most skeletal form. By r. No. 2 the practice and procedure not otherwise provided shall conform to and be regulated as near as may be by that at the time in force in the Supreme Court of Judicature in England; but it is not necessary, for the purposes of this appeal, to treat the rules of Order No. 11 as being applicable by reason of that provision. An order for such service is the exercise of an unusual power by the domestic forum, and it has at all times been limited to such situations as are consistent with a proper appreciation of the limitations to be placed on exercising jurisdiction beyond a country's territorial boundaries. If the person beyond those limits has been a party to an act within them, that is a basic fact to which the power may be related; but in all cases the minimal requirement is that a prima facie case be shown.

The principal submission put forward on behalf of the appellant was that the defendant, E. Russ & Co., was a proper party to an action properly brought against the other defendant who had been served within the jurisdiction and counsel went on to submit that when the case fairly fell within that description there was really no discretion left to be exercised against permitting service *ex juris*. We think, however, that the effect of the cases is that even when a case falls within one of the categories of cases in which service was permissible under the old rules there was still and there still is under Rule 307 a judicial discretion to be exercised to determine whether or not service *ex juris* should be allowed.

Approaching the matter from that point of view the most substantial reason put forward by counsel in favour of permitting service *ex juris* in this case is that the packages were not, in the ordinary expectation of the parties, to be opened from the time they left Finland until they arrived in Vancouver, that the extent of the damage to the goods was therefore not reasonably ascertainable until after their arrival in

⁵ [1953] 2 S.C.R. 182 at 190.

égard, on peut citer comme étant spécialement à propos les remarques qu'a faites le juge Rand dans l'arrêt *Muzak Corporation c. CAPAC*⁵ à l'égard des dispositions de la Règle 76 de la Cour de l'Échiquier, dispositions rédigées de manière comparable. Le savant juge déclarait:

[TRADUCTION] Les règles de la Cour de l'Échiquier relatives aux significations de ce genre sont vraiment schématiques. Aux termes de la règle n° 2, la pratique et la procédure qui ne sont pas autrement prévues devront se conformer aux règles en vigueur en Angleterre à la *Supreme Court of Judicature*, et autant que faire se peut, être régies par ces dernières; aux fins du présent appel, il n'est toutefois pas nécessaire de considérer que cette disposition oblige à appliquer les règles de l'ordonnance n° 11. Une ordonnance autorisant une telle signification représente l'exercice par les tribunaux d'un pouvoir spécial et, en tout temps, on ne l'a que peu utilisé compte tenu des limites qu'il convient d'imposer à tout exercice de compétence au-delà des limites territoriales. Si quelqu'un se trouvant à l'extérieur de ces limites a participé à un acte commis à l'intérieur, c'est un fait important qui permet d'envisager l'exercice du pouvoir en question; mais en tout cas, il faut au moins que l'affaire semble fondée prima facie.

Le principal argument invoqué au nom de l'appelante porte que c'est à juste titre que la défenderesse, E. Russ & Co., était partie à une action intentée à bon droit contre l'autre défenderesse qui a reçu la signification à l'intérieur du ressort. L'avocat a ensuite soutenu que, lorsqu'une affaire répond justement à cette description, il ne reste en fait plus de discrétion pour refuser la permission d'effectuer une signification *ex juris*. Nous considérons cependant que les arrêts cités impliquent que, même si une affaire relève d'une des catégories d'affaires pour lesquelles la signification était autorisée en vertu des anciennes règles, il restait quand même, et c'est encore le cas aux termes de la Règle 307, un certain pouvoir discrétionnaire que la Cour doit exercer pour décider d'autoriser ou non une signification *ex juris*.

Si l'on aborde la question sous cet angle, le principal argument de l'avocat en faveur d'une signification *ex juris* en l'espèce est que les parties ne s'attendaient normalement pas à ce que les colis soient ouverts entre le moment où ils ont quitté la Finlande et leur arrivée à Vancouver, qu'elles ne pouvaient donc pas raisonnablement évaluer l'étendue du dommage subi par les marchandises avant leur arrivée à Van-

⁵ [1953] 2 R.C.S. 182, à la p. 190.

Vancouver and that it would therefore be more convenient to prove the extent of such damage in the Court here. As against this, however, are the facts that the defendant E. Russ & Co. is at best a proper and not a necessary party to the action against the *Korendyk* or her owner, that the claim against the defendant E. Russ & Co. is upon a contract made by foreigners in Finland for the carriage of the goods from Finland to Germany, that the rights of these parties under the contract are not governed by Canadian law, but by foreign law and that no satisfactory reason has been established why, when the plaintiff was aware before the goods left Germany that damage had been sustained, steps were not taken there in the presence of the defendant, E. Russ & Co. or its representative to have the extent of such damage ascertained. Having regard to these features of the situation we are of the opinion that the case is not a proper one for the exercise of the discretion of the Court so as to compel the defendant, E. Russ & Co. to defend the plaintiff's claim in this Court. In affirming this part of the learned Judge's order, however, we should not be taken as approving his reasoning as to the extent of the jurisdiction of the Court to authorize service *ex juris*.

We are also of the opinion that there is no justification for staying the action against the defendant, E. Russ & Co., and the ship *Martha Russ*, as that operates to prevent service on that defendant or the arrest of the ship within the jurisdiction. Counsel for the respondent E. Russ & Co. did not seek to support the stay and in our opinion it should be set aside. To that extent therefore the appeal will be allowed. In other respects it will be dismissed. The respondent E. Russ & Co. is entitled to its costs of the appeal to be paid by the appellants.

couver et qu'il serait donc plus pratique de prouver l'étendue desdits dommages devant la Cour au Canada. Toutefois, à l'encontre de cet argument, on trouve les faits dont il découle que, tout en étant partie à bon droit, la défenderesse E. Russ & Co. ne doit pas nécessairement être constituée partie à l'action intentée contre le *Korendyk* ou son propriétaire, que la réclamation visant la défenderesse E. Russ & Co. découle d'un contrat conclu par des étrangers en Finlande pour le transport de marchandises de Finlande en Allemagne, que les droits de ces parties en vertu du contrat ne sont pas régis par le droit canadien, mais par le droit étranger et que personne n'a démontré de manière satisfaisante pourquoi, alors que la demanderesse savait avant que les marchandises ne quittent l'Allemagne, que celles-ci avaient été endommagées, des démarches ne furent pas entreprises sur place en présence de la défenderesse, E. Russ & Co., ou de son représentant pour constater l'étendue du dommage. Compte tenu de ces circonstances, nous sommes d'avis que l'affaire ne justifie pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour afin d'obliger la défenderesse, E. Russ & Co., à se défendre dans l'action intentée par la demanderesse devant cette cour. Le fait que nous confirmons cette partie de l'ordonnance rendue par le savant juge ne devrait cependant pas être interprété comme une approbation de ses motifs quant à l'étendue de la compétence de la Cour pour autoriser une signification *ex juris*.

Nous sommes également d'avis que rien ne justifie la suspension de l'action intentée contre la défenderesse, E. Russ & Co., et le navire *Martha Russ*, car cette suspension empêcherait la signification à cette défenderesse ou la saisie du navire à l'intérieur du ressort. L'avocat de l'intimée E. Russ & Co. n'a pas tenté de défendre la demande de suspension et, à notre avis, cette demande doit être rejetée. Sur ce point, l'appel doit donc être accueilli. Il est rejeté à tous autres égards. L'appelante est tenue de verser à l'intimée E. Russ & Co. ses dépens de l'appel.