

T-123-00
2003 FCT 763

T-123-00
2003 CFPI 763

Roxford Enterprises S.A. (Plaintiff)

v.

The Government of the Republic of Cuba, The Ministry of Fishing Industry and Merchant Marine (Ministerio de la Industria Pesquera y Marina Mercante), The Ministry of Transport, Empresa Navegacion Mambisa and Naviera Poseidon, O.E.E. (*Defendants (In Personam)*)

and

The Owners and all others interested in the vessels M/V *Calix*, M/V *Ajana* (ex *Caribbean Queen*), M/V *Gabyana* (ex *Caribbean Princess*), M/V *Avon*, M/V *Lotus Islands*, M/V *Lilac Islands*, M/V *Agathe Island*, M/V *West Islands*, M/V *Odelys* (ex *Rose Islands*), M/V *South Islands*, M/V *East Islands*, M/V *Tephys*, M/V *Rio Yateras*, M/V *Anacoana*, M/V *Guarionex*, M/V *Dajquiri*, M/V *Cajio*, M/V *Minas Del Frio*, M/V *Gran Piedra* and M/V *Magnolia Reefer* (*Defendants (In Rem)*)

and

National Bank of Cuba, International Air Transport Association, Cubana Tours, A. Nash Travel Inc. (*Garnishees*)

and

Cubana De Aviacion S.A. (Moving Party)

INDEXED AS: ROXFORD ENTERPRISES S.A. v. CUBA (T.D.)

Trial Division, Lafrenière P.—Montréal, December 20, 2001; Toronto, June 19, 2003.

International Law — Cuba sued for breach of contract for sale of ship — Default judgment granted — Unsatisfied judgment — Plaintiff moving ex parte for seizure, sale of assets of Cubana (Cuban airline) in satisfaction of judgment debt — Affidavit stating Cubana “organ of Cuba” — Order granted — Cubana moving to quash order — Facts not brought to Court’s attention when ex parte order sought —

Roxford Enterprises S.A. (demanderesse)

c.

Le gouvernement de la République de Cuba, le ministère des Pêches et de la Marine marchande (Ministerio de la Industria Pesquera y Marina Mercante), le ministère des Transports, Empresa Navegacion Mambisa et Naviera Poseidon, O.E.E. (*défendeurs (action personnelle)*)

et

Les propriétaires des navires à moteur *Calix*, *Ajana* (ex *Caribbean Queen*), *Gabyana* (ex *Caribbean Princess*), *Avon*, *Lotus Islands*, *Lilac Islands*, *Agathe Islands*, *West Islands*, *Odelys* (ex *Rose Islands*), *South Islands*, *East Islands*, *Tephys*, *Rio Yateras*, *Anacoana*, *Guarionex*, *Dajquiri*, *Cajio*, *Minas Del Frio*, *Gran Piedra* et *Magnolia Reefer*, et toutes autres personnes intéressées dans lesdits navires (*défendeurs (action réelle)*)

et

La Banque nationale de Cuba, l’Association du transport aérien international, Cubana Tours, A. Nash Travel Inc. (*tiers-saisis*)

et

Cubana De Aviacion S.A. (partie requérante)

RÉPERTORIÉ: ROXFORD ENTERPRISES S.A. c. CUBA (1^{re} INST.)

Première instance, protonotaire Lafrenière—Montréal, 20 décembre 2001; Toronto, 19 juin 2003.

Droit international — Cuba est poursuivi pour violation d’un contrat de vente d’un navire — Jugement par défaut prononcé — Jugement non exécuté — La demanderesse a sollicité ex parte une ordonnance de saisie et de vente des actifs de Cubana (transporteur aérien cubain) en vue de l’acquittement de sa créance judiciaire — Affidavit selon lequel Cubana est un «organe de Cuba» — Ordonnance

Outdated version of Cuban Constitution relied on — Whether Cubana mere reincarnation of predecessor, state-owned airline — Argued that Cubana state instrumentality in disguise — Whether transfer of assets to Cubana unconstitutional — Court having jurisdiction to decide whether Cubana liable for Cuban debts — Piercing of corporate veil — Parties relying on case law on sovereign immunity — Usual question: can state entity claim benefit of sovereign immunity — Question here unique in Canadian case law: can alleged state entity be liable for state's judgment debt — American case law resorted to — Presumption duly created instrumentality of foreign state has independent status — Presumption not lightly overcome — Presumption not dislodged by plaintiff herein — Cubana's employees not civil servants, board having usual powers of corporate board of directors — While some facts inconsistent with Cubana having independent status, facts to be viewed from perspective of communist regime — Cubana granted right of usufructo in bona fide surrender of possessory rights — Cubana not alter ego of Cuba as no compelling evidence of de facto or de jure assimilation — Previous order set aside.

Practice — Judgments and Orders — Enforcement — Federal Court Rules, 1998, rule 399 motion to set aside ex parte order to show cause with respect to debts owed by garnishees, writ of seizure and sale — Default judgment against Cuba for breach of contract for sale of ship — Whether F.C.T.D. having jurisdiction to order third party held liable for Cuban debts — Whether proper to decide matter in summary procedure, on affidavit evidence — F.C.A. having held court within jurisdiction to order debtor's property garnished must have power to rule on third parties' ownership claims — Court has broad jurisdiction over judgment enforcement including whether corporate veil to be pierced.

The plaintiff, Roxford Enterprises S.A., secured a default judgment against defendant, Government of Cuba (Cuba), and Cubana de Aviacion S.A. here moved, under *Federal Court Rules, 1998*, rule 399, to set aside an order to show cause with respect to debts owed to it by certain garnishees and a writ of

accordée — Cubana a introduit une requête pour faire annuler l'ordonnance — Certains faits n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour au moment où l'ordonnance ex parte a été sollicitée — On s'est fondé sur une version périmée de la Constitution cubaine — Cubana est-elle une simple réincarnation de la société qu'elle a remplacée, un transporteur aérien appartenant à l'État? — Argument suivant lequel Cubana est une entité étatique déguisée — La cession d'actifs à Cubana est-elle inconstitutionnelle? — La Cour a compétence pour déterminer si Cubana est responsable du paiement des dettes de Cuba — Levée du voile corporatif — Les parties se sont appuyées sur la jurisprudence relative à l'immunité absolue — Question habituellement soulevée: une entité étatique peut-elle invoquer l'immunité absolue? — La question en l'espèce est unique dans la jurisprudence canadienne: la prétendue entité étatique peut-elle être tenue responsable de la somme due en vertu de jugement par l'État? — Recours à la jurisprudence américaine — Présomption suivant laquelle les intermédiaires dûment créés d'un État étranger ont un statut indépendant — Cette présomption n'est pas facile à renverser — La demanderesse en l'espèce n'a pas contré cette présomption — Les employés de Cubana ne sont pas des fonctionnaires et son conseil dispose des pouvoirs habituels du conseil d'administration d'une société — Certains faits ne cadrent pas avec un statut juridique indépendant, mais il faut envisager ces faits en tenant compte de la perspective d'un régime communiste — Cubana s'est vu accorder un droit d'usufruit dans le cadre d'une cession de bonne foi de droits de possession — Cubana n'est pas un alter ego de Cuba parce qu'il n'y a pas de preuve péremptoire d'assimilation de facto et de jure — Ordonnance antérieure annulée.

Pratique — Jugements et ordonnances — Exécution — Requête fondée sur la règle 399 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour que soit annulés une ordonnance de justifier relative à des dettes de tiers-saisis ainsi qu'un bref de saisie-exécution, délivrés ex parte — Jugement par défaut prononcé contre Cuba pour violation d'un contrat de vente d'un navire — La C.F. 1^{re} inst. a-t-elle compétence pour ordonner qu'un tiers soit considéré responsable du paiement des dettes de Cuba? — Est-il approprié de statuer sur l'affaire au moyen d'une procédure sommaire s'appuyant sur une preuve par affidavit? — La C.A.F. a jugé qu'une cour qui a compétence pour ordonner la saisie des biens d'un débiteur doit avoir le pouvoir de statuer sur les revendications de propriété faites par des tiers — La Cour a large compétence pour trancher des questions se soulevant dans le cadre de l'exécution de ses jugements, notamment quant à savoir s'il y a lieu de lever le voile corporatif.

La demanderesse, Roxford Enterprises S.A., a obtenu un jugement par défaut contre le défendeur, le gouvernement de Cuba (Cuba), et Cubana de Aviacion S.A. en vertu de la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, demande en l'espèce que soient annulés une ordonnance de justifier relative

seizure and sale of Cubana's assets which had been issued *ex parte* to satisfy the judgment against Cuba. Cubana asserted that the plaintiff misled the Court by providing outdated information that Cubana was under Government ownership and control and that it could not own property due to constitutional limitations. Its submission was that plaintiff had put before the Court a version of the Cuban Constitution which had been amended years ago. Amendments adopted in 1992 allowed for property ownership by separate enterprises. Cubana submitted that it is not an arm of the Cuban government, but a separate entity entitled to carry on business in Quebec. It is not an "*alter ego*" of the Cuban government and not liable for its debts. The plaintiff's argument was that Cubana is nothing more than a "sham" so that the corporate veil ought to be pierced. Three issues had to be determined: (1) whether the order should be reviewed? (2) whether the Court had jurisdiction to order that Cubana, a third party, is liable for the debts of Cuba?; and (3) whether the order of seizure and sale against Cubana should be set aside?

The plaintiff had sued Cuba and others for breach of a contract for the sale of the *M/V Calix*. Cuba failed to defend the action, so default judgment was obtained. Cubana was not a party to that proceeding. The judgment remains unsatisfied. Plaintiff applied *ex parte* for the seizure and sale of Cubana's assets, relying on an affidavit to the effect that Cubana was an "organ of Cuba" and, acting upon this uncontradicted evidence, this Court ordered that Cubana's assets be seized and sold and that there be garnishment of amounts owing to Cubana. Upon this motion, plaintiff admitted having relied upon an outdated version of the Cuban Constitution. Cubana denied that it is a mere reincarnation of its predecessor, the state-owned airline *Empresa Consolidada Cubana de Aviacion*, which no longer exists. Cubana claimed to be a separate entity under Cuban law, operating independently of the Government and doing business in competition with other carriers. By way of contradiction, the plaintiff put forward the legal opinion of a Cuban native, now practicing law in the U.S.A., that Cubana is indeed an instrument of the state disguised as a private enterprise. In the attorney's affidavit it was noted that the President of the principal shareholder of Cubana, CAC, was a high level officer in the Cuban armed forces and a member of the Council of Ministers, which runs the country. That President and another incorporated Cubana, but the transfer of assets of the state-owned airline by CAC to Cubana contravened the Cuban Constitution since the 1992 constitutional amendments reaffirmed that socialist state property, including the chief means of transportation, remain

à des dettes envers Cubana de certains tiers-saisis ainsi qu'un bref de saisie-exécution des actifs de Cubana, délivrés *ex parte* pour acquitter la somme fixée par un jugement obtenu contre Cuba. Cubana affirme que la demanderesse a trompé la Cour en lui communiquant des renseignements périmés démontrant que le gouvernement de Cuba était propriétaire de Cubana et en avait le contrôle et que celle-ci ne pouvait elle-même être propriétaire de biens en raison de restrictions constitutionnelles. Cubana soutient que la demanderesse a soumis à la Cour une version de la Constitution cubaine qui avait fait l'objet de modifications plusieurs années auparavant. Les modifications adoptées en 1992 permettent à des entreprises autonomes d'être propriétaires de biens. Cubana soutient qu'elle n'est pas un organe du gouvernement cubain, mais bien une entité distincte qui a le droit d'exercer des activités commerciales au Québec. Elle n'est pas un "*alter ego*" du gouvernement cubain et elle n'est pas responsable du paiement de ses dettes. La demanderesse prétend que Cubana n'est rien de plus qu'une «entité fictive», de sorte qu'il faudrait lever le voile corporatif. Il y a trois questions à trancher: 1) y a-t-il lieu de réviser l'ordonnance? 2) la Cour a-t-elle compétence pour ordonner que Cubana, un tiers, soit considérée responsable du paiement des dettes de Cuba?; et 3) y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de saisie et vente décernée contre Cubana?

La demanderesse a poursuivi Cuba et d'autres défendeurs pour violation du contrat de vente du navire à moteur *Calix*. Cuba n'a pas contesté l'action; un jugement par défaut a donc été prononcé contre lui. Cubana n'était pas partie à cette instance. Le jugement demeure non exécuté. La demanderesse a sollicité *ex parte* la saisie et la vente des actifs de Cubana, en se fondant sur un affidavit suivant lequel Cubana était un [TRADUCTION] «organe de Cuba», et, compte tenu de cette preuve irréfutée, la Cour a délivré une ordonnance prévoyant la saisie et la vente des actifs de Cubana ainsi que la saisie-arrêt de sommes dues à Cubana. Dans la présente requête, la demanderesse admet s'être fondée sur une version périmée de la Constitution cubaine. Cubana nie être une simple réincarnation de la société qu'elle a remplacée, le transporteur aérien appartenant à l'État nommé *Empresa Consolidada Cubana de Aviacion*, qui n'existe plus. Cubana prétend qu'elle est une entité distincte en vertu du droit cubain, qu'elle est exploitée de façon indépendante du gouvernement et qu'elle est en concurrence avec d'autres transporteurs. À l'opposé, la demanderesse soumet l'opinion d'un avocat né à Cuba, qui pratique maintenant le droit aux États-Unis, suivant laquelle Cubana est en fait une entreprise étatique déguisée en entreprise privée. Dans son affidavit, l'avocat souligne que le président de l'actionnaire principal de Cubana, CAC, est un haut gradé de l'armée cubaine et un membre du conseil des ministres, qui gouverne le pays. Le président de CAC et une autre personne ont constitué Cubana en société, mais la cession à Cubana d'actifs du transporteur CAC appartenant à l'État

under state ownership and control. As Cuba's national flag airline and the island's principal carrier, Cubana certainly qualified as a "chief means of transportation".

Held, the motion should be granted.

(1) The affidavits furnished upon this motion by Cubana cast a different light on the untested evidence adduced by the plaintiff at its *ex parte* motion. The Court which has granted an *ex parte* order does possess jurisdiction to set it aside where, as here, the party seeking such relief discharges the burden of establishing a *prima facie* case why the order ought not to have been made.

(2) Cubana's submission was that the Court lacked jurisdiction to determine that it was liable for Cuba's debts. Furthermore, it was inappropriate that these issues be dealt with by way of affidavit evidence at a summary proceeding. That argument has, however, been rejected by the Federal Court of Appeal which stated: a "court which has the jurisdiction to order that the property of a debtor be garnished must necessarily have that of ruling on any objections put forward by third parties claiming to own the garnished property". In a recent case, that Court also held that, in dealing with judgment enforcement issues, the Court has a broad jurisdiction to decide whether the corporate veil should be pierced.

(3) Both sides cited case law on the scope of sovereign immunity but the issue in the case at bar was a narrow one: were Cubana's assets liable to seizure for a debt owed by Cuba in respect of litigation unrelated to its affairs? The question is usually whether a state entity can assert sovereign immunity, but the question here was whether an alleged state entity was liable upon a judgment against the state. As there was no Canadian case law on this point the Court therefore looked to a decision of the United States Supreme Court to the effect that a duly created instrumentality of a foreign state should be presumed to possess independent status unless so extensively controlled as to create a principal and agent relationship, in which case one may be held liable for the other's actions. There is also American authority for the proposition that the presumption of independent status is not to be lightly overcome. Even 100% ownership of an airline by the state of Argentina was held insufficient to overcome the presumption. Under American statute law, execution against the property of one instrumentality to satisfy a judgment against another is not permitted.

était incompatible avec la Constitution de Cuba en raison de la réaffirmation, par les modifications de 1992 à la Constitution, de la propriété et de l'emprise de l'État à l'égard des biens de l'État socialiste, y compris les principaux moyens de transport. À titre de ligne nationale et principal transporteur du pays, Cubana constituait certainement un «principal moyen de transport».

Jugement: la requête est accueillie.

1) Les affidavits produits par Cubana dans le cadre de la présente requête jettent un nouvel éclairage sur la preuve non contredite présentée par la demanderesse au soutien de sa requête *ex parte*. La Cour qui a rendu une ordonnance *ex parte* a compétence pour l'annuler lorsque, comme en l'espèce, la partie qui demande l'annulation s'acquitte du fardeau d'établir l'existence d'une preuve *prima facie* quant aux raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue.

2) Cubana soutient que la Cour n'a pas compétence pour statuer que Cubana est responsable du paiement des dettes de Cuba. En outre, ces questions ne devraient pas être tranchées au moyen d'une procédure sommaire s'appuyant sur une preuve par affidavits. Cet argument a toutefois été rejeté par la Cour d'appel fédérale, qui a dit que le «tribunal qui a la compétence d'ordonner la saisie des biens d'un débiteur doit nécessairement avoir celle de décider de l'opposition formée par le tiers qui revendique la propriété des biens saisis». Dans une affaire récente, cette Cour a également conclu que, lorsqu'elle traite de questions relatives à l'exécution de jugements, la Cour a large compétence pour déterminer s'il y a lieu de lever le voile corporatif.

3) Les deux parties ont cité de la jurisprudence sur la portée de l'immunité absolue, mais la question en l'espèce est de portée étroite: les actifs de Cubana sont-ils saisissables pour une somme due par Cuba en vertu d'un jugement sans lien avec les activités de cette entreprise? Une question habituellement soulevée est celle de savoir si une entité étatique peut invoquer l'immunité absolue, mais la question en l'espèce est de savoir si la prétendue entité étatique peut être tenue responsable de la somme due en vertu de jugement par l'État. Vu l'absence de jurisprudence canadienne sur ce point, la Cour se réfère à un arrêt dans lequel la Cour suprême des États-Unis a énoncé le principe selon lequel on doit présumer que les intermédiaires dûment créés d'un État étranger ont un statut indépendant. Toutefois, lorsqu'une personne morale subit une emprise si poussée de son propriétaire qu'existe une relation de mandant à mandataire, l'un peut être tenu responsable des actions de l'autre. Il y a également un précédent américain suivant lequel la présomption de statut juridique indépendant n'est pas facile à renverser. Le fait que l'Argentine était propriétaire à 100 % d'un transporteur aérien a même été jugé insuffisant pour renverser cette présomption.

The plaintiff failed to dislodge the presumption that Cubana is a separate juridical entity. The facts did not support the conclusion that Cubana was controlled or owned by Cuba. Cubana hires its own employees; they are not civil servants. Its board has all of the usual powers of a corporate board of directors. Although some of the facts were inconsistent with independent status, these were to be viewed from the perspective of a communist regime. While Cuba may indeed be the ultimate owner, the right of *usufructo* granted to Cubana appeared to constitute a *bona fide* surrender by CAC of its possessory rights. Under civil law, the right to enjoy a thing, the property in which is vested in another, and to draw from the same all the profit, utility, and advantage which it may produce, is well recognized. The evidence fell short of demonstrating that Cuba exerts a controlling influence over Cubana. It was noteworthy that Cubana's affiants were not cross-examined upon their affidavits. There was compelling evidence of neither a *de facto* nor *de jure* assimilation to Cuba of Cubana. The plaintiff failed to establish, on a balance of probabilities, that Cubana was the *alter ego* or agent of Cuba.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution of the Republic of Cuba, 1992, Arts. 15, 17.
European Convention on State Immunity and Additional Protocol, 16 May 1972, Eur. T.S. 74.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. § 1602 (1994).
State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18.
State Immunity Act 1978 (U.K.), 1978, c. 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nedship Bank N.V. v. Zoodotis (The), [1999] F.C.J. No. 581 (T.D.) (QL); *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée v. Charles Guilbault Inc.*, [1987] 1 C.T.C. 333 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 227 (Fr.); (1986), 77 N.R. 392 (F.C.A.); *Canada (Minister of National Revenue) v. Gadbois*, [2003] 1 C.T.C. 353; 2003 DTC 5456; (2002), 298 N.R. 374 (F.C.A.); *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983); *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*, 821 F.2d 559 (11th Cir. 1987).

Le droit législatif américain ne permet pas l'exécution sur les biens d'un intermédiaire pour l'acquiescement d'une somme due par un tiers par jugement.

La demanderesse n'a pas réussi à contrer la présomption voulant que Cubana soit une entité juridique distincte. Les faits n'étaient pas la conclusion selon laquelle Cubana est sous l'emprise de Cuba ou appartient à Cuba. Cubana embauche ses propres employés, qui ne sont pas des fonctionnaires. Son conseil dispose de tous les pouvoirs habituels du conseil d'administration d'une société. Certains faits ne cadrent pas avec un statut juridique indépendant, mais il faut envisager ces faits en tenant compte de la perspective d'un régime communiste. Bien que Cuba puisse effectivement être le propriétaire ultime, le droit d'usufruit accordé à Cubana semble constituer une cession de bonne foi par CAC de ses droits de possession. Est bien reconnu en droit civil le droit à la jouissance d'une chose, dont la propriété est dévolue à une autre personne, et à la perception des revenus, fruits et produits qui peuvent en découler. La preuve ne parvient pas à démontrer que Cuba exerce une emprise marquée sur Cubana. Il convient de noter qu'on n'a pas contre-interrogé les déposants de Cubana relativement à leurs affidavits. Il n'y a pas de preuve péremptoire démontrant *de facto* et *de jure* que Cubana est assimilable à Cuba. La demanderesse n'a pas réussi à démontrer, par prépondérance des probabilités, que Cubana est l'*alter ego* ou un mandataire de Cuba.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Constitution de la République de Cuba, 1992, art. 15, 17.
Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel, 16 mai 1972, S.T.E. 74.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. § 1602 (1994).
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), ch. S-18.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399.
State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 33.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nedship Bank N.V. c. Zoodotis (Le), [1999] A.C.F. n° 581 (1^{re} inst.) (QL); *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée c. Charles Guilbault Inc.*, [1987] 1 C.T.C. 333 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 227 (Fr.); (1986), 77 N.R. 392 (C.A.F.); *Canada (Ministre du Revenu national) c. Gadbois*, [2003] 1 C.T.C. 353; 2003 DTC 5456; (2002), 298 N.R. 374 (C.A.F.); *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983); *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*, 821 F.2d 559 (11th Cir. 1987).

REFERRED TO:

May and Baker (Canada) Ltd. v. The Oak, [1979] 1 F.C. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692; 22 N.R. 214 (C.A.); *Becker v. Noel and another*, [1971] 2 All E.R. 1248 (C.A.).

AUTHORS CITED

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
Encyclopedia of Public International Law, Vol. IV. Amsterdam: North-Holland, 2000.

MOTION under *Federal Court Rules, 1998*, rule 399 to set aside an *ex parte* order to show cause with respect to debts owed by garnishees and a writ of seizure and sale. Motion granted.

APPEARANCES:

George J. Pollack for plaintiff.
Aaron G. Rodgers for moving party.
Philippe Tremblay for garnishee National Bank of Cuba.

SOLICITORS OF RECORD:

Sproule & Pollack, Montréal, for plaintiff.
Spiegel Sohmer, Montréal, for moving party.
Heenan Blaikie LLP, Montréal, for garnishee National Bank of Cuba.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LAFRENIÈRE P.: Cubana de Aviacion S.A. (Cubana) moves pursuant to rule 399 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] to set aside an order to show cause on debts owed by certain garnishees to Cubana and a writ of seizure and sale of the assets of Cubana, issued *ex parte* on August 27, 2001, to satisfy a judgment obtained by default against the Government of Cuba (Cuba) by the plaintiff, Roxford Enterprises S.A. (Roxford).

[2] Cubana claims that Roxford misled the Court into issuing the attachment order by providing inaccurate or

DÉCISIONS CITÉES:

May and Baker (Canada) Ltée c. L'Oak, [1979] 1 C.F. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692; 22 N.R. 214 (C.A.); *Becker v. Noel and another*, [1971] 2 All E.R. 1248 (C.A.).

DOCTRINE

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
Encyclopedia of Public International Law, vol. IV. Amsterdam: North-Holland, 2000.

REQUÊTE fondée sur la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* pour que soit annulés une ordonnance de justifier relative à des dettes de tiers-saisis ainsi qu'un bref de saisie-exécution, délivrés *ex parte*. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

George J. Pollack pour la demanderesse.
Aaron G. Rodgers pour la partie requérante.
Philippe Tremblay pour le tiers-saisi la Banque nationale de Cuba.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sproule & Pollack, Montréal, pour la demanderesse.
Spiegel Sohmer, Montréal, pour la partie requérante.
Heenan Blaikie LLP, Montréal, pour le tiers-saisi la Banque nationale de Cuba.

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

[1] LE PROTONOTAIRE LAFRENIÈRE: Cubana de Aviacion S.A. (Cubana) demande, en vertu de la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], que soient annulés une ordonnance de justifier relative à des dettes envers Cubana de certains tiers-saisis ainsi qu'un bref de saisie-exécution des actifs de Cubana, délivrés *ex parte* le 27 août 2001 pour acquitter la somme fixée par un jugement obtenu par défaut par la demanderesse, Roxford Enterprises S.A. (Roxford), contre le gouvernement de Cuba (Cuba).

[2] Cubana prétend que Roxford a trompé la Cour pour qu'elle délivre l'ordonnance de saisie en lui

outdated information showing that Cubana was owned and controlled by the Government of Cuba and, further, that Cubana could not own property because of constitutional limitations. Cubana submits that Roxford's evidence concerning the Cuban Constitution [*Constitution of the Republic of Cuba*] was inaccurate because the version cited had been amended years earlier. In the older version of the Constitution, the socialist state asserted control of most property in Cuba. However, significant amendments to the Constitution were adopted in 1992, particularly Articles 15 and 17, which now permit property ownership by separate enterprises.

[3] Cubana maintains that it is not an arm of the Cuban government, but a separate entity with a separate juridical personality. It is entitled to carry on business in the province of Quebec, has issued shares that are held by a separate company, Corporation de la Aviacion Cubana S.A. (CAC), and has its own banking facilities and annual financial statements. In short, Cubana submits that it cannot be considered an "*alter ego*" of the Cuban government such as to be liable for its debts.

[4] Roxford denies having misrepresented any facts to the Court, but says that, in any event, the alleged errors in evidence were not sufficiently important that the Court would not have issued the order that resulted in the seizure of Cubana's assets and the garnishment of third parties. Roxford submits that the law concerning "piercing the corporate veil" is applicable and argues that Cubana is a "sham", or an *alter ego* of Cuba. According to Roxford, Cuba is the true owner of Cubana's shares and assets. Therefore, Roxford argues, the property of Cubana should be liable to seizure to satisfy Cuba's debts.

[5] The three issues to be determined on this motion are as follows: first, whether the order dated August 27, 2001 should be reviewed; second, whether it is within the jurisdiction of this Court to order that Cubana, a third party, be treated as liable for the debts of Cuba; and,

communiquant des renseignements inexacts ou périmés démontrant que le gouvernement de Cuba était propriétaire de Cubana et en avait le contrôle et que celle-ci, en outre, ne pouvait elle-même être propriétaire de biens en raison de restrictions constitutionnelles. Cubana soutient que la preuve de Roxford relativement à la Constitution de Cuba [*Constitution de la République de Cuba*] était inexacte, puisque la version citée avait fait l'objet de modifications plusieurs années auparavant. Dans la version plus ancienne de la Constitution, l'État socialiste faisait valoir son emprise sur la plupart des biens à Cuba. D'importantes modifications à la Constitution ont toutefois été adoptées en 1992 et les articles 15 et 17, particulièrement, permettent désormais à des entreprises autonomes d'être propriétaires de biens.

[3] Cubana soutient qu'elle n'est pas un organe du gouvernement cubain, mais bien une entité distincte dotée d'une personnalité juridique propre. Elle a le droit d'exercer des activités commerciales dans la province de Québec, elle a émis des actions qui sont détenues par une société distincte, Corporation de la Aviacion Cubana S.A. (CAC) et elle dispose de ses propres services bancaires et états financiers annuels. Cubana soutient, en bref, qu'on ne peut la considérer comme un «*alter ego*» du gouvernement cubain, de manière qu'elle doive acquitter ses dettes.

[4] Roxford nie avoir présenté de manière inexacte des faits à la Cour mais affirme qu'en tout état de cause, les prétendues erreurs entachant la preuve n'étaient pas importantes au point que la Cour n'aurait pas décerné l'ordonnance qui a résulté en la saisie des actifs de Cubana et la saisie-arrêt en mains tierces. Roxford soutient qu'est applicable le principe de droit prévoyant de «lever le voile social» et que Cubana est une «entité fictive», ou encore un *alter ego* de Cuba. Selon Roxford, Cuba est le véritable propriétaire des actions et des éléments d'actif de Cubana. Par conséquent, Roxford soutient-elle, les biens devraient pouvoir être saisis pour l'acquiescement des dettes de Cuba.

[5] Trois questions sont à trancher dans le cadre de la présente requête. Il s'agit d'établir, premièrement, s'il y a lieu de réviser l'ordonnance datée du 27 août 2001; deuxièmement, si la Cour a compétence pour ordonner que Cubana, un tiers, soit considérée responsable du

third, whether the order of seizure and sale issued against Cubana to satisfy the judgment debt of Cuba should be set aside.

Background Facts

[6] On January 26, 2000, Roxford brought an action against a number of defendants, including the Government of Cuba, for breach of a contract of sale. The subject-matter of the contract was the sale of the vessel *M/V Calix*.

[7] The Government of Cuba did not defend the action, and a default judgment in the amount of \$2,371,921.50 was issued against it. The moving party, Cubana, was not named in that action, nor did it take part in the proceedings. The judgment remains unsatisfied to this day.

[8] On August 13, 2001, the plaintiff applied *ex parte* for an order of seizure and sale of the assets of Cubana in satisfaction of its judgment debt against Cuba. In support of the motion, Roxford filed the affidavit by Alexander Printzios, an authorized representative of the company. Mr. Printzios states in his affidavit that he believes that Cubana is an “organ of Cuba”. His belief is based on information gleaned from the Cubana’s Web site, certain extracts of the *Constitution of the Republic of Cuba* and inquiries he made to others, including the International Aviation Trade Association. In light of the uncontradicted evidence adduced by Roxford and the submissions of its counsel, I issued an order on August 27, 2001 providing for the seizure and sale of Cubana’s assets, as well as garnishment in the hands of third parties of amounts owing or accruing to Cubana.

[9] Within days of attachment of its assets, Cubana brought a motion to quash the order dated August 27, 2001. Prothonotary Morneau suspended the order on September 11, 2001, pending disposition of this motion. Cubana also appealed the order, but subsequently withdrew the appeal, without prejudice to any of its rights.

paiement des dettes de Cuba; troisièmement, s’il y a lieu d’annuler l’ordonnance de saisie et vente décernée contre Cubana pour acquitter la somme due en vertu de jugement par Cuba.

Contexte

[6] Le 26 janvier 2000, Roxford a intenté une action contre divers défendeurs, y compris le gouvernement de Cuba, pour violation d’un contrat de vente. L’objet du contrat était la vente du navire à moteur *Calix*.

[7] Le gouvernement de Cuba n’a pas contesté l’action, et un jugement par défaut pour un montant de 2 371 921,50 \$ a été prononcé contre lui. La partie requérante, Cubana, n’était pas désignée dans cette action ni n’a pris part à l’instance. Le jugement demeure impayé à ce jour.

[8] Le 13 août 2001, la demanderesse a sollicité *ex parte* une ordonnance de saisie et de vente des actifs de Cubana en vue de l’acquittement de sa créance judiciaire contre Cuba. Au soutien de sa requête, Roxford a déposé l’affidavit d’Alexander Printzios, un représentant autorisé de la société. M. Printzios déclare croire, dans son affidavit, que Cubana est un [TRADUCTION] «organe de Cuba». Sa croyance se fonde sur des renseignements glanés sur le site Web de Cubana, certains extraits de la *Constitution de la République de Cuba* et des demandes de renseignements adressées à des tiers, y compris l’Association du transport aérien international. Compte tenu de la preuve irréfutée produite par Roxboro et des observations présentées par son avocat, j’ai délivré le 27 août 2001 une ordonnance prévoyant la saisie et la vente des actifs de Cubana ainsi que la saisie-arrêt en mains tierces de sommes dues ou versées à Cubana.

[9] Dans les jours ayant suivi la saisie de ses actifs, Cubana a introduit une requête pour faire annuler l’ordonnance du 27 août 2001. Le protonotaire Morneau a ordonné la suspension de l’ordonnance le 11 septembre 2001, en attendant la décision sur la présente requête. Cubana a également fait appel de l’ordonnance, mais elle s’est ensuite désistée de l’appel, sous réserve de tous droits.

Evidence adduced by the parties in the present motion

[10] Cubana filed two affidavits in support of its motion to set aside the order dated August 27, 2001: one by Ivan Lurbe, its general manager, and the other by Francisco Marqués Granda, an in-house counsel. Roxford countered with two further affidavits by Mr. Printzios, an affidavit by one of its solicitors, Jean-Marie Fontaine, and the affidavit of a legal expert, Matias Travieso-Diaz. Only Roxford's affiants were cross-examined.

[11] To rebut Mr. Printzios' claims that Cubana is an agent of Cuba, Mr. Lurbe and Mr. Marqués Granda refer to facts that were not brought to the Court's attention at the time the *ex parte* order was sought, and that they say establish that Cubana is a separate corporate entity. Mr. Lurbe points to the Articles of Incorporation for Cubana (Corporacion de la Aviacion Cubana), attached as an exhibit to his affidavit, as well as its shareholding, which does not include the Government of Cuba, as proof of the independent existence of Cubana under Cuban law. According to Mr. Lurbe, Cubana is entitled to carry on business in the province of Quebec, which recognizes its separate legal personality. Mr. Lurbe also takes issue with Mr. Printzios' characterization of Cubana as simply a reincarnation, under a different name, of its predecessor, a state-owned airline called Empresa Consolidata Cubana de Aviacion (Empresa). Mr. Lurbe states that Empresa no longer exists.

[12] Mr. Marqués Granda states that Mr. Printzios' relied on an incorrect version of the *Constitution of the Republic of Cuba* in support of his motion to seize Cubana's assets. (Roxford does not dispute that version of the Cuban Constitution produced was outdated.) Mr. Marqués Granda states that Cuba adopted significant amendments to its Constitution in 1992 to adapt to the commercial reality. Article 15 of the Constitution was amended to allow the transfer of property to natural and legal persons, where the transfer furthers an economic objective and does not affect the political, social or economic foundations of the State. Further, Article 17

Preuve produite par les parties dans le cadre de la présente requête

[10] Cubana a produit deux affidavits à l'appui de sa requête en annulation de l'ordonnance du 27 août 2001, l'un de Ivan Lurbe, son directeur général, et l'autre de Francisco Marqués Granda, un avocat à l'interne. Roxford a répliqué au moyen de deux autres affidavits de M. Printzios, d'un affidavit d'un de ses avocats, Jean-Marie Fontaine, et de l'affidavit d'un juriste-expert, Matias Travieso-Diaz. Seuls les déposants de Roxford ont été contre-interrogés.

[11] Pour réfuter les prétentions de M. Printzios selon lesquelles Cubana est un mandataire de Cuba, MM. Lurbe et Marqués Granda mentionnent des faits qu'on n'avait pas portés à l'attention de la Cour au moment où l'ordonnance *ex parte* avait été sollicitée et qui, d'après leurs dires, démontrent que Cubana est bien une entité juridique distincte. M. Lurbe fait ainsi état des statuts constitutifs de Cubana (Corporacion de la Aviacion Cubana), joints comme pièce à son affidavit, et du fait que le gouvernement de Cuba n'en possède pas d'actions pour démontrer que Cubana a une existence indépendante en vertu du droit cubain. Selon M. Lurbe, Cubana a le droit d'exercer des activités commerciales dans la province de Québec, laquelle reconnaît sa personnalité juridique distincte. M. Lurbe contredit également M. Printzios, qui qualifie Cubana de simple réincarnation, sous une dénomination différente, de la société qu'elle a remplacée, le transporteur aérien appartenant à l'État nommé Empresa Consolidata Cubana de Aviacion (Empresa). M. Lurbe déclare qu'Empresa n'existe plus.

[12] M. Marqués Granda affirme que M. Printzios s'est fondé sur une version inexacte de la *Constitution de la République de Cuba* au soutien de sa requête visant à faire saisir les actifs de Cubana. Disons, entre parenthèses, que Roxford ne conteste pas le fait que la version produite de la Constitution cubaine était périmée. M. Marqués Granda déclare que Cuba a adopté d'importantes modifications à sa Constitution en 1992, pour l'adapter à la réalité commerciale. On a modifié l'article 15 de la Constitution pour permettre le transfert de biens à des personnes physiques et morales, lorsque cela favorise l'atteinte d'un objectif économique et ne

was amended to clearly indicate the autonomy of legal persons. The second paragraph of Article 17 provides:

Article 17. . . .

These enterprises and entities meet their obligations solely with their financial resources, within the limitations established by the law. The State is not responsible for the obligations contracted by the enterprises, entities, or other juridical persons; nor are the latter responsible for those of the former.

[13] Mr. Marqués Granda states that Cubana is a duly incorporated entity, carrying on its own business, with its own employees and its own books of account. He also says that Cubana is a separate legal entity under Cuban law, operating independently of the Government of Cuba, competing with other carriers, undertaking and executing contractual obligations on its own behalf, employing its own employees and doing all things required to run its business.

[14] Mr. Travieso-Diaz, a Cuban-born attorney practising law in the United States of America, was engaged by Roxford to provide a legal opinion regarding certain aspects of Cuban law and their applicability to the status of certain Cuban entities. In preparation for providing his opinion, Mr. Travieso-Diaz examined the motion material filed on behalf of Cubana, as well as Cuba's Constitution, its Civil Code and its law relating to foreign investment.

[15] According to Mr. Travieso-Diaz, Cubana is not a private enterprise but a state instrumentality in disguise. In order to buttress his opinion, Mr. Travieso-Diaz identifies a number of perceived deficiencies in Cubana's evidence, such as the absence of any evidence to explain how the principal shareholder of Cubana, CAC, acquired the state enterprise's assets, the basis upon which the assets were transferred to Cubana, the consideration that was given for the assets, or the

nuit pas aux fondements politiques, sociaux ou économiques de l'État. On a en outre modifié l'article 17 pour clairement faire ressortir l'autonomie des personnes morales. Voici le second paragraphe de cet article 17:

[TRADUCTION]

Article 17. [. . .]

Ces entreprises et entités ne sont responsables de leurs dettes qu'à concurrence de leurs ressources financières, dans les limites prévues par la loi. L'État n'est pas responsable des dettes engagées par les entreprises, entités et autres personnes morales, lesquelles ne sont pas non plus responsables des dettes engagées par l'État.

[13] M. Marqués Granda déclare que Cubana est une entité dûment constituée, qui exerce ses propres activités commerciales et qui dispose de ses propres employés et de ses propres livres comptables. Il affirme également que Cubana est une entité juridique distincte en vertu du droit cubain, qu'elle est exploitée de façon indépendante du gouvernement cubain, qu'elle est en concurrence avec d'autres transporteurs aériens, qu'elle contracte des obligations qu'elle exécute en son propre nom, qu'elle emploie à son service ses propres employés et qu'elle fait tout ce qui est requis pour exploiter son entreprise.

[14] Roxford a retenu les services de M. Travieso-Diaz, un avocat né à Cuba qui pratique le droit aux États-Unis d'Amérique, pour qu'il donne un avis juridique sur divers éléments du droit cubain et leur applicabilité au statut de certaines entités cubaines. Pour se préparer à donner cet avis, M. Travieso-Diaz a examiné les documents déposés pour le compte de Cubana dans le cadre de la requête, ainsi que la Constitution de Cuba, son Code civil et ses règles de droit relatives à l'investissement étranger.

[15] Selon M. Travieso-Diaz, Cubana n'est pas une entreprise privée, mais bien une entité étatique déguisée. Pour étayer son avis, M. Travieso-Diaz relève un certain nombre de lacunes apparentes dans la preuve de Cubana, comme l'absence de toute preuve concernant la façon dont le principal actionnaire de Cubana, CAC, a acquis les actifs de l'entreprise d'État, la base sur laquelle ces actifs ont été transférés à Cubana, la contrepartie qu'on a versée pour ces actifs ou encore la justification au plan

economic justification for the transfer of state assets to Cubana.

[16] At paragraphs 8 and 9 of his affidavit, Mr. Travieso-Diaz comments as follows regarding what he considers to be continued state control and ownership of Cubana's business and assets:

8. The President and legal representative of CAC is one Rogelio Acevedo Gonzalez ("Acevedo"). Mr. Acevedo was a military leader in Cuba's Revolution, is a long-time Division General in Cuba's Armed Forces, is a member of Cuba's Council of Ministers that rules the country, and is the President of the Cuban Institute of Civil Aeronautics. . . . The fact that such a government official is the President of CAC strongly suggest that CAC is a direct instrument of the Cuban state, since it is the consistent practice of the Cuban Government, and in particular its Armed Forces Ministry (often referred to by the initials "FAR"), to set up enterprises which are controlled by the state and headed by high ranking members of the military. . . .

9. On September 16, 1996 Mr. Acevedo as President of CAC and one Jose Heriberto Prieto Musa ("Prieto") incorporated a company known as Cubana de Aviacion S.A. ("Cubana S.A."). . . Mr. Prieto contributed one thousand Cuban pesos (approximately C\$75.00 at the current exchange rate of C\$1=13.4 pesos) and received one share of Cubana S.A. Mr. Acevedo, on behalf of CAC, contributed 185,687,000 pesos (approximately C\$13,857,000) and was issued the remaining 185,667 shares of Cubana S.A. The contribution of CAC consisted of the right to use ("*usufructo*"), for a term of 25 years, Cubana's fixed and moveable assets, including aircraft. (Under Cuban law, conveyance of an *usufructo* right in property "grants the right to the enjoyment free of charge of assets belonging to others, with the obligation to preserve their form and substance, unless the deed of conveyance or the laws authorize otherwise.")

[17] According to Mr. Travieso-Diaz, to the extent that there was transfer of assets of the state-owned airline enterprise by CAC to Cubana, such a transfer was inconsistent with the Cuban Constitution. The 1992 amendments to the Cuban Constitution reaffirm the state's ownership of and control over the country's economic assets that are not subject to foreign

économique du transfert d'actifs de l'État à Cubana.

[16] Aux paragraphes 8 et 9 de son affidavit, M. Travieso-Diaz émet les commentaires suivants au sujet de ce qu'il considère être le maintien de l'emprise et de la propriété par l'État à l'égard de l'entreprise et des actifs de Cubana:

[TRADUCTION]

8. Le président et mandataire de CAC est un certain Rogelio Acevedo Gonzalez (M. Acevedo). M. Acevedo a été un chef militaire de la révolution cubaine, il est de longue date général de division au sein des Forces armées de Cuba, il est membre du conseil des ministres qui gouverne le pays et il est président de l'Institut de l'aéronautique civile [. . .] Le fait qu'un tel représentant du gouvernement soit le président de CAC laisse fortement croire que celle-ci sert directement d'instrument à l'État cubain, puisque le gouvernement de Cuba et particulièrement son ministère des Forces armées (souvent désigné par les initiales FAR) a pour pratique constante d'établir des entreprises qui sont contrôlées par l'État et dirigées par des hauts gradés de l'armée [. . .]

9. Le 16 septembre 1996, M. Acevedo à titre de président de CAC et un certain Jose Heriberto Prieto Musa (M. Prieto) ont constitué une société désignée sous le nom de Cubana de Aviacion S.A. (Cubana S.A.) [. . .] M. Prieto a versé une contribution de mille pesos cubains (environ 75 \$ CAN selon le taux de change courant de 1 \$ CAN pour 13,4 pesos) et il a reçu une action de Cubana S.A. M. Acevedo a versé, au nom de CAC, une contribution de 185 687 000 pesos (environ 13 857 000 \$ CAN) et s'est fait émettre les 185 667 actions restantes de Cubana S.A. La contribution de CAC consistait en un droit d'utilisation ("*usufructo*"), pour une durée de 25 ans, visant les immobilisations et les biens mobiliers, y compris les avions, de Cubana. En vertu du droit cubain, la cession d'un droit d'*usufructo* visant des biens «confère le droit à la jouissance de biens appartenant à des tiers, à titre gratuit, assorti de l'obligation d'en préserver la forme et la substance, à moins que l'acte de cession ou les lois n'en prévoient autrement».

[17] D'après M. Travieso-Diaz, s'il y a bien eu cession à Cubana d'actifs du transporteur CAC appartenant à l'État, cette cession était incompatible avec la Constitution de Cuba. On réaffirme par les modifications de 1992 à la Constitution de Cuba la propriété et l'emprise de l'État à l'égard de l'actif économique du pays, qui ne peut faire l'objet

investment, particularly at Article 15 which provides in part as follows:

Article 15. Socialist state property, which is the property of the entire people, comprises:

a) . . .

b) the sugar mills, factories, chief means of transportation and all those enterprises, banks and facilities that have been nationalized. . . . [Emphasis added.]

[18] While enabling the transfer of some state assets to entities that include foreign investors, such transfers are narrowly circumscribed, according to Mr. Travieso-Diaz, and are allowed only where they foster economic development, and must be approved at the highest levels of government. As the country's national flag airline and main carrier of the island, Cubana constitutes a "chief means of transportation" whose ownership must remain with the State absent an exceptional situation in which a change of ownership would foster economic development.

[19] After reviewing the known facts leading to the incorporation of Cubana and the alleged transfer of assets, Mr. Travieso-Diaz concludes that Cubana is nothing more than an *alter ego* of the Cuban government as follows:

In my opinion, the Cuban Government has sought to weave a thin veil to conceal behind an apparent corporate form the continued ownership by the Cuban state of the assets of Cubana, the national airline. For the reasons described above, the corporate veil in this instance is but a fiction intended to place the assets of Cubana beyond the reach of creditors and others asserting claims against the state, even though such assets continue to be state property.

Analysis

A. Whether the order dated August 27, 2001 should be reviewed

[20] A court making an *ex parte* order possesses the jurisdiction to set it aside: *May and Baker (Canada) Ltd.*

d'investissements étrangers. En particulier, l'article 15 prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION]

Article 15. Les biens de l'État socialiste, qui sont la propriété de tout le peuple, comprennent:

a) [. . .]

b) les sucreries, les usines, les principaux moyens de transport et toutes les entreprises, les banques et les installations qui ont été nationalisées [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[18] Bien qu'on permette la cession d'actifs de l'État à des entités qui comptent des investisseurs étrangers, de telles cessions sont fortement circonscrites, selon M. Travieso-Diaz, et on ne les autorise que lorsqu'elles favorisent le développement économique, auquel cas l'autorisation aux échelons les plus élevés du gouvernement est requise. À titre de ligne nationale et principal transporteur du pays, Cubana constitue un «principal moyen de transport» dont l'État doit conserver la propriété, sauf situation exceptionnelle où un changement de propriétaire favoriserait le développement économique.

[19] Après avoir examiné les faits connus ayant conduit à la constitution en société de Cubana et à la prétendue cession d'actifs, M. Travieso-Diaz a conclu, comme suit, que Cubana n'est rien d'autre qu'un *alter ego* du gouvernement cubain:

[TRADUCTION] À mon avis, le gouvernement cubain a tenté de tisser un mince voile afin de dissimuler derrière une forme sociale apparente le maintien de la propriété par l'État cubain des actifs de Cubana, le transporteur aérien national. Pour les motifs précisés précédemment, le voile corporatif en l'espèce n'est qu'une fiction destinée à faire échapper les actifs de Cubana aux créanciers et autres intéressés pouvant faire valoir des droits contre l'État, même si ces actifs continuent d'être la propriété de celui-ci.

Analyse

A. Y a-t-il lieu de réviser l'ordonnance datée du 27 août 2001?

[20] La cour qui rend une ordonnance *ex parte* a compétence pour l'annuler (*May and Baker (Canada)*)

v. The Oak, [1979] 1 F.C. 401 (C.A.). See also *Becker v. Noel and another*, [1971] 2 All E.R. 1248 (C.A.). Rule 399 of the *Federal Court Rules, 1998* provides, however, that the party seeking to set aside an *ex parte* order has the burden of establishing that the order should not have been made.

399. (1) On motion, the Court may set aside or vary an order that was made

(a) *ex parte*; or

(b) in the absence of a party who failed to appear by accident or mistake or by reason of insufficient notice of the proceeding,

if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made.

[21] In *Nedship Bank N.V. v. Zoodotis (The)*, [1999] F.C.J. No. 581(T.D.) (QL), Prothonotary Hargrave stated, at paragraph 2:

An *ex parte* order may be both granted and, on application, set aside, at the discretion of the Court. To set aside an *ex parte* order there must have been an error of fact or law. It is for the party seeking to set aside the Order to establish a *prima facie* case why the order ought not to have been made. However, such an order, setting aside an *ex parte* order, ought not to be made arbitrarily, particularly where there may be substantial prejudice.

[22] The affidavits produced by Cubana, which include the most recent version of the Cuban Constitution, Cubana's articles of incorporation and fresh evidence regarding Cubana's structure and operations, clearly cast a different light on the untested evidence adduced by Roxford in support of its *ex parte* motion. Moreover, the Court did not have the benefit of legal submissions concerning the status of instrumentalities of foreign states. For the reasons set out below, I am satisfied the order would not have been made had all the additional facts and legal argument been presented.

Ltée c. L'Oak, [1979] 1 C.F. 401 (C.A.)). Se reporter également à *Becker v. Noel and another*, [1971] 2 All E.R. 1248 (C.A.). La règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* prévoit, toutefois, que la partie qui demande l'annulation d'une ordonnance *ex parte* a le fardeau de démontrer pourquoi celle-ci n'aurait pas dû être rendue.

399. (1) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue:

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui n'a pas comparu par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis insuffisant de l'instance.

[21] Dans *Nedship Bank N.V. c. Zoodotis (Le)*, [1999] A.C.F. n° 581 (1^{re} inst.) (QL), le protonotaire Hargrave a déclaré ce qui suit, au paragraphe 2:

Une ordonnance *ex parte* peut être accordée et, sur présentation d'une demande, annulée à la discrétion de la Cour. Une erreur de fait ou de droit doit avoir été commise pour qu'il y ait annulation d'une ordonnance *ex parte*. La partie qui demande l'annulation a le fardeau d'établir l'existence d'une preuve *prima facie* quant aux raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue. Cependant, une ordonnance annulant une ordonnance *ex parte* ne devrait pas être rendue de façon arbitraire, surtout lorsqu'un grave préjudice peut en résulter.

[22] Les affidavits produits par Cubana, auxquels sont joints la version la plus récente de la Constitution cubaine, les statuts constitutifs de Cubana ainsi que de nouveaux éléments de preuve relatifs à la structure et aux activités de celle-ci, jettent assurément un nouvel éclairage sur la preuve non contredite présentée par Roxford au soutien de sa requête *ex parte*. En outre, la Cour ne disposait pas d'arguments de droit sur le statut des intermédiaires d'État étranger concernés. Pour les motifs énoncés ci-dessous, j'estime que l'ordonnance n'aurait pas été rendue si tous les faits additionnels et les arguments de droit avaient été présentés.

B. Whether it is within the jurisdiction this Court to order that Cubana, a third party, be treated as liable for the debts of Cuba

[23] Cubana submits that in the absence of a body of federal law to nourish jurisdiction, this Court cannot determine that Cubana is liable for the debts of Cuba. Such a determination, it says, would require delving into the complex factual and legal issues of ownership of the assets of Cubana, and its relationship to Cuba. Cubana maintains that decisions of this nature are not within the jurisdiction of this Court. Moreover, it submits that it is inappropriate for the Court to attempt to resolve such issues in a summary procedure, via affidavit evidence.

[24] Similar challenges to this Court's jurisdiction to deal with the merits of objections made in the context of the enforcement of a judgment have been rejected in the past. In *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée v. Charles Guilbault Inc.*, [1987] 1 C.T.C. 333 (F.C.A.), Pratte J.A. stated, at page 334:

... a court which has the jurisdiction to order that the property of a debtor be garnished must necessarily have that of ruling on any objections put forward by third parties claiming to own the garnished property. Similarly, the power to garnish debts owed to a debtor in my opinion necessarily implies the power to rule on the existence of the debts garnished. Accordingly I believe that in the case of a garnishment of debt the court has the power, if the garnisher objects to the negative declaration of the garnishee, to rule on the existence of the debt garnished.

[25] More recently, the Federal Court of Appeal confirmed that this Court has broad jurisdiction to decide issues which arise in the enforcement of its judgments, including whether the corporate veil should be lifted: *Canada (Minister of National Revenue) v. Gadbois*, [2003] 1 C.T.C. 353 (F.C.A.) (*Gadbois*). The Court in *Gadbois* [at paragraph 29] also concluded that objections to enforcement could adequately be argued on the basis of "documentary evidence in the record, affidavit evidence and cross-examination of affiants".

B. La Cour a-t-elle compétence pour ordonner que Cubana, un tiers, soit considérée responsable du paiement des dettes de Cuba?

[23] Cubana soutient qu'en l'absence de texte législatif fédéral prévoyant qu'elle a compétence, la présente Cour ne peut statuer que Cubana est responsable du paiement des dettes de Cuba. Une telle décision, affirme-t-elle, nécessiterait d'examiner en profondeur des questions de fait et de droit complexes concernant la propriété des actifs de Cubana et les relations entre celle-ci et Cuba. Cubana soutient que les décisions d'une telle nature ne relèvent pas de la compétence de la Cour. Elle prétend, en outre, qu'il ne convient pas que la Cour tente de régler de telles questions au moyen d'une procédure sommaire s'appuyant sur une preuve par affidavits.

[24] De semblables contestations de la compétence de la Cour à connaître du fond d'oppositions formées dans le cadre de l'exécution d'un jugement ont déjà été rejetées dans le passé. Dans *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée c. Charles Guilbault Inc.*, [1987] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.), le juge Pratte, J.C.A. a déclaré ce qui suit, à la page 229:

[...] le tribunal qui a la compétence d'ordonner la saisie des biens d'un débiteur doit nécessairement avoir celle de décider de l'opposition formée par le tiers qui revendique la propriété des biens saisis. De la même façon, le pouvoir de saisir les créances dues à un débiteur emporte nécessairement, à mon avis, le pouvoir de statuer sur l'existence des créances saisies. Je crois donc que, en cas de saisie-arrêt d'une créance, la Cour a le pouvoir, si le saisissant conteste la déclaration négative du tiers saisi, de statuer sur l'existence de la créance saisie.

[25] Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a confirmé que notre Cour a large compétence pour trancher des questions se soulevant dans le cadre de l'exécution de ses jugements, notamment quant à savoir s'il y a lieu de lever le voile corporatif (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Gadbois*, [2003] 1 C.T.C. 353 (C.A.F.) (*Gadbois*). Dans *Gadbois* [au paragraphe 29], la Cour a conclu que les questions concernant les oppositions à l'exécution pouvaient être débattues adéquatement à partir «de la preuve documentaire au dossier, des preuves par affidavit et des contre-interrogatoires des affiants».

[26] Cubana has not established that it was in any way prejudiced by having to resort to the usual procedure in connection with motions in the Federal Court. Moreover, leave was never sought to deviate from the general scheme applicable to motions. Consequently, I conclude that this Court has jurisdiction to determine the principal issue in this motion, namely whether Cubana is assimilated to Cuba or a separate juridical personality that is immune from seizure.

C. Whether the order of seizure and sale issued against Cubana to satisfy the judgment debt of Cuba should be set aside

[27] I am left to consider whether, on a balance of probabilities, the evidence leads to the conclusion that Cubana is liable for Cuba's debts. Although neither party advanced any arguments regarding sovereign immunity, the parties placed considerable reliance on case law concerning the scope of sovereign immunity in support of their respective positions.

[28] As a matter of customary international law, foreign sovereigns are generally entitled to immunity from suit in respect of conduct or property *jure imperii*: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: North-Holland, 2000), Vol. IV, at page 619. In order to clarify parties' rights and responsibilities, many states have enacted legislation governing the extent of sovereign immunity, e.g. in Canada, the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, in the United States, the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [28 U.S.C. § 1602 (1994)]. The United Kingdom has enacted the *State Immunity Act 1978* [(U.K.), 1978, c. 33], which brings into force the terms of the *European Convention on State Immunity and Additional Protocol* [16 May 1972, Eur. T.S. 74]; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1998), at pages 340-341.

[29] In the case at bar, the issue is a narrow one: are the assets of Cubana liable to seizure for a debt owed by Cuba in respect of litigation unrelated to Cubana's

[26] Cubana n'a pas démontré que le recours à la procédure habituelle pour les requêtes devant la Cour fédérale lui avait causé le moindre préjudice. En outre, elle n'a jamais demandé l'autorisation de déroger au régime général applicable aux requêtes. Je conclus, par conséquent, que notre Cour a compétence pour trancher la principale question en litige dans le cadre de la présente requête, soit celle de savoir si Cubana peut être assimilée à Cuba ou si elle a plutôt une personnalité juridique distincte de sorte que ses biens ne peuvent être saisis.

C. Y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de saisie et de vente décernée contre Cubana pour acquitter la somme due en vertu de jugement par Cuba?

[27] Il me reste à examiner si, par prépondérance des probabilités, la preuve conduit à conclure que Cubana est responsable du paiement des dettes de Cuba. Bien qu'aucune d'elles n'ait avancé d'argument concernant l'immunité absolue, les parties se sont fortement appuyées sur la jurisprudence relative à la portée de cette immunité pour étayer leur position respective.

[28] En vertu du droit international coutumier, les autorités étrangères souveraines jouissent généralement, *jure imperii*, de l'immunité judiciaire à l'égard de leurs actions ou de leurs biens (Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: North-Holland, 2000), vol. IV, à la page 619). Pour clarifier les droits et responsabilités des parties, de nombreux États ont adopté des lois prévoyant la portée de l'immunité absolue (p. ex., au Canada, la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), ch. S-18; aux États-Unis, la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [28 U.S.C. § 1602 (1994)]). Le Royaume-Uni a adopté la *State Immunity Act 1978* [(R.-U.), 1978, ch. 33], qui met en œuvre les dispositions de la *Convention européenne sur l'immunité des États et Protocole additionnel*: [16 mai 1972, S.T.E. 74] (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1998), aux pages 340 et 341.

[29] En l'espèce, la question en litige est de portée étroite: les actifs de Cubana sont-ils saisissables pour une somme due par Cuba en vertu d'un jugement sans lien

affairs? A typical sovereign immunity question asks whether a state entity is entitled to the benefit of sovereign immunity in respect of its activities. The question in the present case, as noted by counsel for Cubana, has been “stood on its head”, as the issue is whether the alleged state entity should be made liable for the judgment debt of the state. There does not appear to be any Canadian case law addressing the issue.

[30] In *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983) (*Bancec*), the Supreme Court of the United States set out the principle that duly created instrumentalities of a foreign state are entitled to be accorded a presumption of independent status. However, where a corporate entity is so extensively controlled by its owner that a relationship of principal and agent is created, one may be held liable for the actions of the other. This principle strikes me as both logical and sound and should be applied to the present case.

[31] According to the Supreme Court of the United States, an instrumentality of the state is typically established as a separate juridical entity, with the powers to hold and sell property and to sue and be sued. It is primarily responsible for its own finances, and run as a “distinct economic enterprise” (at pages 624).

[32] In *Bancec*, First National, an American bank, failed to honour a letter of credit issued to Bancec, prompting Bancec to sue in the United States. The Government of Cuba then seized all of First National’s assets located in Cuba. First National counterclaimed against Bancec, asserting a right to set off the value of its seized Cuban assets. The Supreme Court of the United States held that the presumption that Bancec was a duly created instrumentality was overcome. Giving effect to the corporate form would run contrary to principles of equity at international law, since, by 1961, Banco had been dismantled and was a “mere arm of the Cuban government” and was “totally dependent on the government for financing and required to remit all of its

avec les activités de cette entreprise? Une question habituellement soulevée en regard de l’immunité absolue est celle de savoir si une entité étatique jouit de cette immunité relativement à ses activités. La question soulevée en l’espèce, tel que l’a signalé l’avocat de Cubana, a [TRADUCTION] «été retournée», puisqu’il s’agit de savoir si la prétendue entité étatique peut être tenue responsable de la somme due, en vertu de jugement, par l’État. Il ne semble pas y avoir au Canada de jurisprudence sur ce point.

[30] Dans *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983) (*Bancec*), la Cour suprême des États-Unis a énoncé le principe selon lequel on doit présumer que les intermédiaires dûment créés d’un État étranger ont un statut indépendant. Toutefois, lorsqu’une personne morale subit une emprise si poussée de son propriétaire qu’existe une relation de mandant à mandataire, l’un peut être tenu responsable des actions de l’autre. Ce principe me paraît logique et juste et il y a lieu de l’appliquer en l’espèce.

[31] Selon la Cour suprême des États-Unis, les intermédiaires d’un État sont habituellement constitués en tant qu’entités juridiques distinctes, dotées des pouvoirs de détenir et de vendre des biens et d’ester en justice. Un tel intermédiaire a la responsabilité première à l’égard de ses finances, et il fonctionne en tant qu’[TRADUCTION] «entreprise économique distincte» (à la page 624).

[32] Dans *Bancec*, First National, une banque américaine, n’avait pas honoré une lettre de crédit émise par Bancec, ce qui avait conduit cette dernière à intenter une poursuite aux États-Unis. Le gouvernement de Cuba avait alors saisi tous les actifs de First National dans ce pays. First National avait introduit une demande reconventionnelle contre Bancec, faisant valoir un droit de compensation à l’égard de ses actifs cubains saisis. La Cour suprême des États-Unis a statué qu’était renversée la présomption selon laquelle Bancec était un intermédiaire dûment créé. Donner son effet à la forme sociale irait à l’encontre des principes d’équité du droit international puisque, depuis 1961, on a démantelé Banco, qui est [TRADUCTION] «un simple organe du

profits to the government". Thus, any award given to Bancec would accrue automatically to Cuba.

[33] In *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*, 821 F.2d 559 (11th Cir. 1987), the plaintiff was a Florida corporation that obtained judgment against the state of Argentina for breach of a contract to supply military aircraft parts. Thereafter, the District Court ordered the seizure of an airplane belonging to Aerolineas, Argentina's 100% owned airline. On appeal, the United States Court of Appeals (11th Circuit) held that the District Court had erred in ordering the seizure, since Argentina did not exercise such extensive control over Aerolineas to warrant a finding of principal and agent. The Court noted at page 565 of the decision that the "presumption of independent status is not to be lightly overcome". The 100% ownership of Aerolineas by Argentina was not sufficient to overcome this presumption.

[34] Furthermore, the Court noted that, given that Aerolineas had no connection whatsoever to the underlying transaction, it would be manifestly unfair to permit the seizure. Quoting from *Bancec, supra*, the Court noted that the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* did not permit execution against the property of one instrumentality to satisfy the judgment against another. The policy reason for this is to encourage foreign jurisdictions to respect, in kind, the juridical divisions between different U.S. corporations and subsidiaries located in foreign states.

[35] In the case at bar, I find that Roxford has not dislodged the presumption that Cubana is a separate juridical entity. The facts do not support the conclusion that Cubana's business, income, undertaking and assets are controlled or even "owned" by Cuba. Such a conclusion would entail an assimilation of the corporation to Cuba. Cubana's articles of incorporation allow the corporation to carry on its own business. It hires its own employees, who are not civil servants, it has

gouvernement cubain dépendant totalement du gouvernement pour son financement et devant lui remettre tous ses profits». Ainsi, toute somme adjugée à Bancec reviendrait automatiquement à Cuba.

[33] Dans *Hercaire Intern., Inc. c. Argentina*, 821 F.2d 559 (11th Cir. 1987), la demanderesse était une société floridienne ayant obtenu jugement contre l'État argentin pour violation d'un contrat de fourniture de pièces d'aéronefs militaires. La Cour de district avait ensuite ordonné la saisie d'un aéronef appartenant à Aerolineas, un transporteur aérien dont l'Argentine est à 100 % propriétaire. En appel, la Cour d'appel des États-Unis (11^e Circuit) a statué que la Cour de district avait commis une erreur en ordonnant la saisie, puisque l'Argentine n'exerçait pas une emprise si poussée sur Aerolineas qu'il était justifié de conclure en l'existence d'une relation de mandant à mandataire. La Cour a signalé, à la page 565 de sa décision, qu'[TRADUCTION] «il ne faut pas renverser à la légère une présomption de statut juridique indépendant». Le fait que l'Argentine était propriétaire à 100 % d'Aerolineas ne suffisait pas pour renverser cette présomption.

[34] La Cour a souligné, en outre, qu'étant donné qu'Aerolineas n'avait aucun lien quelconque avec la transaction sous-jacente, il serait manifestement inéquitable d'autoriser la saisie. Citant *Bancec*, précitée, la Cour a fait remarquer que la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* ne permettait pas l'exécution sur les biens d'un intermédiaire pour l'acquittement d'une somme due par un tiers par jugement. Le motif de politique en est qu'il faut inciter les juridictions étrangères à respecter, à leur tour, les divisions juridiques existant entre les diverses sociétés américaines et leurs filiales à l'étranger.

[35] Je conclus qu'en l'espèce, Roxford n'a pas contré la présomption voulant que Cubana soit une entité juridique distincte. Les faits ne peuvent étayer la conclusion selon laquelle les activités, les revenus, l'entreprise et les actifs de Cubana sont sous l'emprise, ou même sont la «propriété», de Cuba. Conclure ainsi reviendrait à assimiler la société à Cuba. Les statuts constitutifs de Cubana autorisent celle-ci à exercer ses propres activités commerciales. Elle embauche ses

its own banking facilities and prepares annual financial statements. Moreover, Cubana appears to possess all of the powers of a company incorporated under Cuban law with the full knowledge and blessing of the Cuban government. Pursuant to its articles of incorporation, the board has all of the usual powers of a board of directors of a corporation. All of the foregoing is inconsistent with Cubana being an agent of Cuba in respect of its business and assets.

[36] There are, however, a number of factors that are somewhat inconsistent with an independent status. These include the matter of ownership of Cubana's assets and ultimate control of the company. These factors must however be weighed and given their proper importance when viewed from the perspective of a communist regime. It is clear from the evidence produced by the parties that CAC retains ownership of the corporate assets and that Cuba may be the ultimate owner. However the right of *usufructo* granted to Cubana over the assets appears to a *bona fide* surrender by CAC of its possessory rights for an extended period of time. Under the civil law, the right to enjoy a thing, the property in which is vested in another, and to draw from the same all the profit, utility, and advantage which it may produce, is well recognized. In my view, the factors establishing effective control by Cubana of its business and assets support the conclusion that it is an independent corporation, and not an agent of Cuba in respect of its business.

[37] As noted in *Hercaire, supra*, it is not sufficient to show that the state owns 100% of the shares. Roxford's evidence concerning Cubana's connection with the Cuban Institute of Civil Aeronautics, its share and asset ownership, and affiliation with parent company CAC falls short of demonstrating that Cuba exerts a controlling influence over Cubana. Similarly, media and official references to "state ownership" of Cubana are not determinative of the issue, particularly since the information is mostly hearsay and therefore carries little weight.

propres employés, qui ne sont pas des fonctionnaires, elle dispose de ses propres services bancaires et elle dresse ses états financiers annuels. En outre, Cubana semble disposer de tous les pouvoirs dont jouit une société constituée sous le régime du droit cubain, en toute connaissance de la part du gouvernement cubain et avec son plein consentement. En vertu de ses statuts constitutifs, son conseil dispose de tous les pouvoirs habituels du conseil d'administration d'une société. Il découle de tout ceci que Cubana ne peut être considérée comme un mandataire de Cuba en ce qui concerne ses activités et ses actifs.

[36] Certains facteurs, toutefois, ne cadrent pas avec un statut juridique indépendant. Parmi ceux-ci, il y a la propriété des actifs de Cubana et le contrôle ultime de la société. Il faut toutefois sopeser ces facteurs et leur accorder leur juste importance en tenant compte de la perspective d'un régime communiste. Il ressort clairement de la preuve produite par les parties que CAC conserve la propriété de l'actif social et que Cuba pourrait être le propriétaire ultime. Toutefois, le droit d'*usufructo* à l'égard des actifs accordé à Cubana semble constituer une cession de bonne foi par CAC de ses droits de possession pour une longue période de temps. Est bien reconnu en droit civil le droit à la jouissance d'une chose, dont la propriété est dévolue à une autre personne, et à la perception des revenus, fruits et produits qui peuvent en découler. Selon moi, les facteurs qui démontrent l'emprise réelle de Cubana sur ses activités et ses actifs amènent à conclure que celle-ci est une société indépendante en ce qui concerne son entreprise, et non un mandataire de Cuba.

[37] Tel qu'on l'a souligné dans *Hercaire*, précitée, il ne suffit pas de démontrer qu'un État est propriétaire de 100 % des actions. La preuve présentée par Roxford relativement au lien entre Cubana et l'Institut cubain d'aéronautique civile, à la propriété de ses actions et actifs et à son affiliation à sa société mère, CAC, ne parvient pas à démontrer que Cuba exerce une emprise marquée sur Cubana. De même, les mentions officielles et dans les médias de la «propriété par l'État» de Cubana ne suffisent pas pour trancher la question, particulièrement en raison du fait que la plupart de ces renseignements constituent du oui-dire et qu'on ne doit donc par leur accorder un grand poids.

[38] It bears repeating that Cubana's affiants were not cross-examined on their affidavits. Cubana has produced its articles of incorporation and by-laws, which show that the company is controlled by a board of directors and the annual meeting of shareholders. The onus was on Roxford to show that Cuba exerts a controlling influence over the Cubana's operations, but it has failed to do so. Roxford's own expert acknowledges that Cubana is a state instrumentality that is an operational entity. In addition, Mr. Travieso-Diaz testified that the CAC is likely undergoing a process of "*perfectionamiento*", which entails "functioning as accountable organizations that show profits, control personnel, and expenses".

[39] The *Hercaire* judgment is also relevant in that the United States Court of Appeal was loathe to order seizure against assets that had no connection to the underlying transaction. In the case at bar, Cubana had no connection to the breach of contract between Roxford and the state of Cuba. Although the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* has no application in Canada, it represents one version of customary international law. The policy reasons behind the rule that assets unrelated to litigation ought not to be seized is relevant to the Canadian context, given that Canada has an interest in having the status of its corporations respected abroad. Considering that Cubana had no apparent connection with the contract dispute between the plaintiffs and Cuba, it would be unfair to allow its assets to be seized.

[40] To find that Cubana is assimilated to Cuba so that its separate identity merged with Cuba and became an *alter ego* of the state in carrying on the business for which it was created is a somewhat far-reaching conclusion. Based on the evidence before me, I conclude that one of the purposes of the corporation is to permit it to carry out its purposes independently of the Government. To conclude that in its activities, business and use of its assets it is an *alter ego* of Cuba would require both compelling evidence of a *de facto*

[38] Il convient de répéter qu'on n'a pas contre-interrogé les déposants de Cubana relativement à leurs affidavits. Cubana a produit ses statuts constitutifs et son règlement, qui font voir qu'un conseil d'administration et l'assemblée annuelle des actionnaires assurent le contrôle de la société. C'est Roxford qui avait le fardeau, dont elle ne s'est pas acquittée, de démontrer que Cuba exerce une emprise marquée à l'égard des activités de Cubana. Le propre expert de Roxford reconnaît que Cubana est un intermédiaire de l'État qui constitue une entité opérationnelle. M Travieso-Diaz a en outre déclaré, lors de son témoignage, que CAC est vraisemblablement en train de subir un processus de «*perfectionamiento*» (perfectionnement), en vue, cela veut-il dire, [TRADUCTION] «de fonctionner comme une organisation responsable qui réalise des bénéfices, surveille le personnel et maîtrise les dépenses».

[39] La décision *Hercaire* est également pertinente du fait que la Cour d'appel des États-Unis répugnait à ordonner la saisie d'actifs sans lien avec la transaction sous-jacente. Dans l'affaire qui nous occupe, Cubana n'avait rien à voir avec la violation de contrat entre Roxford et Cuba. Bien que la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* ne soit pas d'application au Canada, elle correspond à un aspect du droit international coutumier. Les motifs de politique qui sous-tendent la règle voulant qu'il n'y ait pas lieu de saisir des actifs sans lien avec un litige sont pertinents en contexte canadien, le Canada ayant intérêt à ce que le statut juridique des sociétés du pays soit respecté à l'étranger. Étant donné que Cubana n'avait apparemment rien avoir avec le différend contractuel opposant les demandeurs et Cuba, il serait injuste de permettre que ses actifs soient saisis.

[40] Ce serait pousser un peu loin que de conclure que Cubana est assimilable à Cuba, de telle sorte que son identité distincte s'est fusionnée à celle de l'État cubain et qu'elle en est devenue un *alter ego* dans la conduite des activités pour lesquelles elle a été créée. Sur la foi de la preuve qui m'a été présentée, je conclus que l'un des objets de la société est de pouvoir réaliser ses fins de manière indépendante du gouvernement. Pour conclure que Cubana, lorsqu'elle exerce ses activités et utilise ses actifs, est un *alter ego* de Cuba, il faudrait à la fois une

assimilation of it, or of its business and property, to Cuba and a clear legal basis of a *de jure* assimilation to Cuba. Neither has been satisfactorily established, in my view.

[41] In conclusion, Roxford has failed to establish, on the balance of probabilities, that Cubana is the *alter ego* or agent of Cuba. The order dated August 27, 2001 must therefore be set aside.

[42] Cubana's motion was heard together with another motion brought against Adecon Ship Management Inc. seeking the same relief and based on similar facts. My conclusions apply equally to the second motion. The Registry is therefore directed to place a copy of these reasons in Court File No. T-267-00. The parties shall submit, either jointly or separately and by July 8, 2003, draft orders for both Court files to give effect to these reasons, as well as their written submissions on costs, not to exceed two pages in length.

preuve péremptoire démontrant qu'elle-même, ou ses activités et ses biens, sont *de facto* assimilables à Cuba, et la preuve d'un fondement juridique clair quant à son assimilation *de jure* à ce pays. Selon moi, on n'a pas démontré l'existence de manière satisfaisante ni de l'un ni de l'autre élément.

[41] En conclusion, Roxford n'a pas réussi à démontrer, par prépondérance des probabilités, que Cubana est l'*alter ego* ou un mandataire de Cuba. Il y a par conséquent lieu d'annuler l'ordonnance datée du 27 août 2001.

[42] La requête de Cubana a été instruite avec une autre présentée contre Adecon Ship Management Inc., fondée sur des faits similaires et où était demandée la même mesure de redressement. Mes conclusions s'appliquent également à la seconde requête. Il est par conséquent enjoint au Greffe de verser une copie des présents motifs au dossier n° T-267-00 de la Cour. Les parties devront remettre, conjointement ou séparément, d'ici au 8 juillet 2003, des projets d'ordonnances donnant effet aux présents motifs pour les deux dossiers de la Cour, ainsi que leurs observations écrites, d'un maximum de deux pages, relativement aux dépens.