

T-2416-97

The Governor and Company of the Bank of Scotland (Plaintiff)

v.

The Owners and All Others Interested in the Ship Nel and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**INDEXED AS: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND v. NEL (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver and Montréal (teleconference), May 27 and June 25; Vancouver, July 2, 1998.

Maritime law — Creditors and debtors — Motion by necessities supplier to compel production of documents showing any collateral benefits obtained by mortgagee for which should account, making more funds available to lien claimants — Procedure preliminary to determination of priorities to proceeds of judicial sale of ship — Bank's claim as mortgagee will substantially exhaust sale proceeds — Documents relevant if necessities claimants, holding only statutory rights in rem, able to require Bank to marshal — Marshalling equitable right whereby Court ordering creditor, having secured right on more than one res or fund belonging to debtor, or security from two or more debtors for same debt, to exercise right on security in manner in best interests of all creditors — Formerly, unsecured creditors had right to benefit of marshalling — Overlooked in recent Canadian cases concerned with in personam right of creditors — Those cases limited to facts, not to be followed as contrary to equitable doctrine of marshalling — Production of commitment letter ordered.

Equity — Doctrine of marshalling — As between mortgagee, creditor — Priorities to proceeds of judicial sale of ship — Authoritative definitions of marshalling referred to — Whether unsecured creditors have benefit of marshalling — Equity engineered redress of marshalling so that no man made rich by another's injury — Canadian case law limiting availability of marshalling to be departed from to uphold obvious legal principles.

T-2416-97

The Governor and Company of the Bank of Scotland (demanderesse)

c.

Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire Nel et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**RÉPERTORIÉ: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND c. NEL (LE) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver et Montréal (téléconférence), 27 mai et 25 juin; Vancouver, 2 juillet 1998.

Droit maritime — Créanciers et débiteurs — Requête présentée par un fournisseur d'approvisionnements nécessaires sollicitant la production de documents démontrant que la créancière hypothécaire a reçu des avantages accessoires dont elle doit rendre compte, ce qui dégrègerait plus de fonds pour les titulaires de privilèges — Procédure préliminaire à l'établissement de l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire du navire — La réclamation de la Banque, créancière hypothécaire, épuiserait en grande partie le produit de la vente — Les documents pertinents si les fournisseurs d'approvisionnement nécessaires, titulaires uniquement de droits réels, peuvent obliger la Banque à procéder à une collocation en equity — La collocation est un mécanisme reconnu en equity par lequel le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur, ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance, d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers — À l'origine, les créanciers chirographaires avaient droit à la collocation en equity — Les causes canadiennes récentes portant sur les droits personnels des créanciers n'en ont pas tenu compte — Cette jurisprudence se limite aux faits en cause dans chaque cas et ne doit pas être suivie parce qu'elle est contraire à la doctrine de la collocation en equity — La production de la lettre d'engagement a été ordonnée.

Equity — Doctrine de la collocation en equity — Entre la créancière hypothécaire et l'autre créancière — Ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire — Mention des définitions de la collocation en equity qui font autorité — Les créanciers chirographaires peuvent-ils se prévaloir de la collocation en equity? — L'equity a conçu la collocation en equity comme réparation afin d'empêcher qu'une personne s'enrichisse en lésant autrui — Il faut déroger à la jurisprudence canadienne, qui a limité l'accès

This was a motion by a necessities supplier for production of documents on which the plaintiff's nominee might be cross-examined during the procedure leading up to a determination of priorities to the proceeds of the judicial sale of the *Nel*. The plaintiff mortgagee will be looking to the sale proceeds to satisfy its claim. If it holds a priority coming after the marshal's sale costs, its claims will substantially exhaust the sale proceeds. Alpha Bunkering wishes to cross-examine the Bank's nominee to determine whether the Bank obtained any collateral benefit as lender to the new owners of the *Nel*, for which it should account thus making more funds available to the lien claimants. Such information is relevant only if the necessities claimants do not have maritime liens ranking ahead of the Bank, but are able to require the Bank to marshal. Marshalling is an equitable process whereby the Marshall or the court orders a creditor who has a secured right on more than one *res* or fund belonging to the debtor, or security from two or more debtors for the same debt, to exercise his right on the security in a manner which will be in the best interests of all creditors.

The issue was whether an unsecured creditor is able to rely on the doctrine of marshalling.

Held, the motion should be allowed.

Equity engineered the redress of marshalling as an application of the maxim that no man ought to be made rich out of another's injury. Under Canadian law, necessities suppliers with mere rights *in rem* are in the same position as unsecured creditors. The plaintiff referred to various cases for the proposition that unsecured creditors cannot avail themselves of the doctrine of marshalling. In England, marshalling applies to cases of double security generally to afford equitable redress. While English cases and authorities which treat marshalling as a broad equitable concept to give relief where needed, including to mere holders of oral and written contracts, are not binding on the Federal Court, they are persuasive. The early cases setting out the scope of the doctrine of marshalling do not suggest that it is not available to ordinary contractual creditors. Indeed, the opposite is true. In the past, unsecured creditors always had a right to the benefit of marshalling. Yet some Canadian courts, in certain circumstances, seem to have limited the availability of this remedy, departing from equitable concepts by specifically denying it to ordinary creditors, but without any real reason. The doctrine of *stare decisis* notwithstanding, current

sibilité à la collocation en equity, pour donner effet à des principes de droit évidents.

Il s'agit d'une requête présentée par un fournisseur d'approvisionnements nécessaires en vue de la production de documents à l'égard desquels le représentant de la demanderesse pourrait être contre-interrogé au cours de la procédure à l'issue de laquelle sera établi l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire du *Nel*. La créancière hypothécaire demanderesse s'intéresse au produit de la vente pour obtenir le remboursement de sa créance. Si sa créance prend rang immédiatement après celle du prévôt relativement aux frais de la vente, elle épuiserait en grande partie le produit de la vente. Alpha Bunkering veut contre-interroger le représentant de la Banque afin de vérifier si la Banque a pu obtenir un avantage accessoire en consentant un prêt à la nouvelle propriétaire du *Nel*, dont elle devrait rendre compte, ce qui dégagerait plus de fonds pour les titulaires de privilèges. Ces renseignements ne sont pertinents que si les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne sont pas titulaires de privilèges maritimes prenant rang avant la Banque, mais peuvent obliger la Banque à procéder à une collocation en *equity*. La collocation est un mécanisme reconnu en *equity* par lequel le prévôt ou le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers.

La question à trancher était celle de savoir si un créancier chirographaire peut se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*.

Jugement: la requête est accueillie.

L'*equity* a conçu la collocation, comme réparation, en application de la maxime selon laquelle personne ne doit s'enrichir en lésant autrui. En vertu du droit canadien, les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui ne jouissent que de droits réels se trouvent dans la même situation que les créanciers chirographaires. La demanderesse a invoqué différentes décisions à l'appui de sa prétention portant que les créanciers chirographaires ne peuvent pas se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*. En Angleterre, la collocation s'applique à toutes les sûretés doubles afin d'offrir une réparation équitable. La jurisprudence et la doctrine émanant d'Angleterre qui considèrent la collocation comme un concept d'*equity* de portée étendue visant à permettre une réparation lorsque c'est nécessaire, notamment en faveur des parties à un contrat oral ou écrit, ne lient pas la Cour fédérale, mais elles sont convaincantes. Rien n'indique dans la jurisprudence antérieure établissant la portée de la doctrine de la collocation en *equity* que ce recours ne peut être exercé par les créanciers ordinaires en vertu d'un contrat. En fait, l'inverse est vrai. Les créanciers chirographaires ont toujours eu, par le passé, le droit de

precedent on the right to marshal should not be followed blindly. Given the law surrounding the equitable roots of marshalling, a departure from recent case law was necessary to uphold what are plain and obvious principles of law. Furthermore, the cases cited by the Bank could be limited to their facts. They dealt with the rights of *in personam* creditors, not with those of *in rem* creditors. Production of the commitment letter to the *in rem* claimants would not be denied on the dubious proposition that mere *in rem* creditors may not benefit from marshalling.

profiter de la collocation en *equity*. Pourtant, certains tribunaux canadiens ont semblé limiter l'accessibilité à cette réparation, dans certaines circonstances, dérogeant ainsi aux concepts d'*equity* et niant expressément aux créanciers ordinaires le droit à la collocation en *equity*, mais sans véritable motif. Malgré la doctrine du *stare decisis*, il ne faut pas suivre aveuglément les précédents existants en ce qui concerne le droit à la collocation en *equity*. Compte tenu des règles de droit entourant les racines en *equity* de la collocation, il était nécessaire de déroger à la jurisprudence récente pour donner effet à des principes de droit clairs et évidents. De plus, la jurisprudence citée par la Banque peut être limitée aux faits en cause dans chaque cas. Elle traitait simplement des droits des titulaires d'une créance personnelle, et non des droits des titulaires d'une créance réelle. La production de la lettre d'engagement ne doit pas être refusée aux titulaires d'une créance réelle pour la raison quelque peu douteuse que la collocation en *equity* ne s'applique peut-être pas en leur faveur.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Administration of Estates Act, 1925 (U.K.), 15 Geo. 5, c. 23.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22(2)(m).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Aldrich v. Cooper (1803), 8 Ves. Jun. 382; 32 E.R. 402 (Ch.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 13; aff'd [1971] S.C.R. v.

DISTINGUISHED:

Williamson v. Loonstra et al. (1973), 34 D.L.R. (3d) 275 (B.C.S.C.); *Bread Man Inc. (Re)* (1979), 21 O.R. (2d) 59; 89 D.L.R. (3d) 599; 29 C.B.R. (N.S.) 58 (S.C.); *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102; 30 C.B.R. (3d) 144; 44 R.P.R. (2d) 237 (Gen. Div.).

CONSIDERED:

Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.); *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179; *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337 (C.A.).

REFERRED TO:

Trimmer v. Bayne (1803), 9 Ves. Jun. 209; 32 E.R. 582 (Ch.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Administration of Estates Act, 1925 (R.-U.), 15 Geo. 5, ch. 23.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2)m).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Aldrich v. Cooper (1803), 8 Ves. Jun. 382; 32 E.R. 402 (Ch.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 13; conf. par [1971] R.C.S. v.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Williamson v. Loonstra et al. (1973), 34 D.L.R. (3d) 275 (C.S.C.-B.); *Bread Man Inc. (Re)* (1979), 21 O.R. (2d) 59; 89 D.L.R. (3d) 599; 29 C.B.R. (N.S.) 58 (C.S.); *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102; 30 C.B.R. (3d) 144; 44 R.P.R. (2d) 237 (Div. gén.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. (Le) Miss Donna, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.); *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179; *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Trimmer v. Bayne (1803), 9 Ves. Jun. 209; 32 E.R. 582 (Ch.).

AUTHORS CITED

- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Story, Joseph. *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd English ed. by A. E. Randall. London: Sweet and Maxwell, 1920.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

MOTION for production of documents showing any collateral benefit received by the mortgagee for which it should account thus making more of the proceeds of the judicial sale of the *Nel* available to unsecured creditors. Motion allowed.

APPEARANCE:

- Peter Bernard* for plaintiff.
- John Bromley* for claimant Campotex Shipping Services Ltd.
- Christopher Giaschi* for claimant Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Jonathan S. McLean* for claimants Aktina SA, Bureau Veritas and Mariners Medical Clinic.
- David F. McEwen* for claimants Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. and Empire International Steavadores Ltd.
- Doug G. Morrison* for claimant Shell Canada Limited.
- Michael J. Bird* for claimant Sait Communications SA.
- Louis Buteau* for claimant Alfa Bunkering Co. Ltd.
- Marc de Man* and *Andrea J. Sterling* for claimant HBI International.
- A. Barry Oland* for claimant Pacific Pilotage Authority.

SOLICITORS OF RECORD:

- Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.
- Bromley, Chapelski*, Vancouver, for claimant Campotex Shipping Services Ltd.
- Giaschi, Margolis*, Vancouver, for claimant Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, for claimants Aktina SA, Bureau Veritas and Mariners Medical Clinic.

DOCTRINE

- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Story, Joseph. *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd English ed. par A. E. Randall. London: Sweet and Maxwell, 1920.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

REQUÊTE en vue de la production de documents révélant tout avantage accessoire que la créancière hypothécaire aurait reçu et dont elle devrait rendre compte, ce qui rendrait une plus grande part du produit de la vente judiciaire du *Nel* accessible aux créanciers chirographaires. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

- Peter Bernard* pour la demanderesse.
- John Bromley* pour la réclamante Campotex Shipping Services Ltd.
- Christopher Giaschi* pour la réclamante Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Jonathan S. McLean* pour les réclamantes Aktina SA, Bureau Veritas et Mariners Medical Clinic.
- David F. McEwen* pour les réclamantes Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. et Empire International Steavadores Ltd.
- Doug G. Morrison* pour la réclamante Shell Canada Limitée.
- Michael J. Bird* pour la réclamante Sait Communications SA.
- Louis Buteau* pour la réclamante Alfa Bunkering Co. Ltd.
- Marc de Man* et *Andrea J. Sterling* pour la réclamante HBI International.
- A. Barry Oland* pour la réclamante Pacific Pilotage Authority.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

- Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.
- Bromley, Chapelski*, Vancouver, pour la réclamante Campotex Shipping Services Ltd.
- Giaschi, Margolis*, Vancouver, pour la réclamante Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, pour les réclamantes Aktina SA, Bureau Veritas et Mariners Medical Clinic.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for claimants Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. and Empire International Steavadores Ltd.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for claimant Shell Canada Limited.

Owen, Bird, Vancouver, for claimant Sait Communications SA.

Sproule, Castonguay, Montréal, for claimant Alfa Bunkering Co. Ltd.

Gottlieb & Pearson, Montréal, for claimant HBI International.

A. B. Oland, Vancouver, for claimant Pacific Pilotage Authority.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: These reasons which touch on the doctrine of marshalling as between mortgagee and creditor, arise out of the motion of Alfa Bunkering Co. Ltd. (Alfa Bunkering), a necessities supplier and claimant to the proceeds of the judicial sale of the *Nel*. Alfa Bunkering wishes to have the plaintiff, The Governor and Company of the Bank of Scotland (the Bank of Scotland) produce various documents on which its nominee might be cross-examined during the procedure leading up to a determination of priorities to the sale proceeds.

BACKGROUND

[2] The judicial sale and the purchase of the *Nel* were organized by the Bank of Scotland. The Bank of Scotland also financed both the purchase of the *Nel* and of the *Blue L*, the latter vessel a sister ship sold by a South African court.¹

[3] The Bank of Scotland, both in this Canadian proceeding and in the South African proceeding, looks to the sale proceeds to satisfy claims for money lent and secured by mortgages on the *Nel* and the *Blue L* and on several other vessels in the same ownership; in effect the Bank of Scotland held, at material times, a fleet mortgage. If the Bank of Scotland, as a mort-

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les réclamantes Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. et Empire International Steavadores Ltd.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour la réclamante Shell Canada Limitée.

Owen, Bird, Vancouver, pour la réclamante Sait Communications SA.

Sproule, Castonguay, Montréal, pour la réclamante Alfa Bunkering Co. Ltd.

Gottlieb & Pearson, Montréal, pour la réclamante HBI International.

A. B. Oland, Vancouver, pour la réclamante Pacific Pilotage Authority.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs, qui portent sur la doctrine de la collocation en *equity* (*marshalling*) entre la créancière hypothécaire et l'autre créancière, font suite à la présentation d'une requête par la société Alfa Bunkering Co. Ltd. (Alfa Bunkering), qui est un fournisseur d'approvisionnements nécessaires et qui revendique une participation au produit de la vente judiciaire du *Nel*. Alfa Bunkering désire que la demanderesse, The Governor and Company of the Bank of Scotland (la Banque d'Écosse) produise différents documents à l'égard desquels son représentant pourrait être contre-interrogé au cours de la procédure à l'issue de laquelle sera établi l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente.

CONTEXTE

[2] La vente judiciaire du *Nel* a été organisée par la Banque d'Écosse. La Banque d'Écosse a également financé l'achat du *Nel* et du *Blue L*, ce dernier bateau étant un navire jumeau vendu par un tribunal d'Afrique du Sud¹.

[3] La Banque d'Écosse, dans les instances intentées au Canada et en Afrique du Sud, s'intéresse au produit de la vente dans le but d'obtenir le remboursement d'un prêt garanti par une hypothèque grevant le *Nel* et le *Blue L* ainsi que plusieurs autres bateaux appartenant à la même propriétaire; en fait, la Banque d'Écosse était titulaire d'une hypothèque grevant la

gagee, holds a priority coming after the marshal's sale costs, its claims will substantially exhaust the sale proceeds of at least the *Nel*.

[4] Counsel for Alfa Bunkering, which looks to the *Nel* proceeds to satisfy its claim, submits it has a maritime lien, but is concerned that if Alfa Bunkering is found to be the holder of a mere statutory right *in rem*, coming behind a mortgage in priority, there will be no funds left from the sale of the *Nel* once the claim of the Bank of Scotland is satisfied. Alfa Bunkering wishes to make certain that the Bank of Scotland, through its nominee, be thoroughly cross-examined, an examination going beyond the usual proof of security and accounting, to test for any collateral benefit the Bank of Scotland might have obtained as lenders to the new owners of the *Nel*. Counsel for various other claimants are in a similar position to that of Alfa Bunkering.

[5] When the motion initially came on for hearing various counsel for the lien claimants, who brought and who supported the motion, could not produce evidence of the Bank of Scotland receiving a collateral benefit and to that extent any exploration would be an improper fishing expedition. However, counsel submitted that the financing of the purchase of the *Nel* and of the *Blue L* is a special circumstance and thus the Bank of Scotland ought to produce various documents bearing on its post-sale involvement with the two vessels, including the commitment letter and the loan agreement between the Bank of Scotland and the present owner of the *Nel* who is also the buyer and owner of the *Blue L*. Counsel for Alfa Bunkering submits that there might be a close connection between the former owner and the new owner of the *Nel* and *Blue L* and that perhaps the new owner remains responsible to the Bank of Scotland for some portion of the original debt. Again, this was an unsupported submission.

flotte à toutes les époques pertinentes. Si, dans l'ordre des priorités, la créance hypothécaire de la Banque d'Écosse prend rang immédiatement après la créance du prévôt relativement aux frais de la vente, sa réclamation épuisera en grande partie le produit de la vente, à tout le moins du *Nel*.

[4] L'avocat d'Alfa Bunkering, qui s'intéresse au produit de la vente du *Nel* aux fins du paiement de sa créance, prétend que cette société est titulaire d'un privilège maritime, mais craint, si elle est considérée comme titulaire d'un simple droit réel d'origine législative, qui prendrait rang après l'hypothèque, qu'il ne reste pas de fonds tirés de la vente du *Nel* après le paiement de la créance de la Banque d'Écosse. Alfa Bunkering veut s'assurer que la Banque d'Écosse soit contre-interrogée de façon approfondie, par l'entremise de son représentant, la portée de l'interrogatoire s'étendant au-delà de la preuve habituelle de la sûreté et de la reddition de compte, afin de vérifier si la Banque d'Écosse a pu obtenir un avantage accessoire en consentant un prêt à la nouvelle propriétaire du *Nel*. Les avocats des différents autres créanciers défendent une position semblable à celle de l'avocat d'Alfa Bunkering.

[5] Lors de l'audition initiale de la requête, les différents avocats représentant les titulaires de privilèges, qui ont présenté et appuyé la requête, n'ont pas pu produire d'éléments de preuve établissant que la Banque d'Écosse aurait reçu un avantage accessoire et, dans cette mesure, la recherche de renseignements constituerait un interrogatoire à l'aveuglette inopportun. Toutefois, les avocats ont soutenu que le financement de l'achat du *Nel* et du *Blue L* constitue une circonstance particulière et que la Banque d'Écosse doit donc produire différents documents portant sur ses opérations postérieures à la vente touchant ces deux bateaux, et notamment sa lettre d'engagement et la convention de prêt conclue entre la Banque d'Écosse et la propriétaire actuelle du *Nel* qui a également acheté le *Blue L*. L'avocat d'Alfa Bunkering soutient qu'il se peut qu'il existe un lien étroit entre l'ancienne et la nouvelle propriétaire du *Nel* et du *Blue L* et que la nouvelle propriétaire pourrait demeurer responsable d'une partie de la dette initiale envers la Banque d'Écosse. Aucun élément de preuve n'a été produit à l'appui de cette prétention non plus.

[6] Counsel for the Bank of Scotland had not seen any of the requested material, but submitted that production was not only irrelevant, but also an uncalled for intrusion into the affairs of the new owner.

[7] I ordered the documents produced to the Court for examination, adjourning the motion pending that examination, with the parties to reattend in due course. To assist the parties I provided each counsel with a copy of a memorandum, being my assessment of the documents, before the motion resumed, the disputed documents being again placed in a sealed envelope, this time in the possession of the Court.

[8] Essentially I found the documents irrelevant, except to the extent that the commitment letter indicated the loan secured by the mortgage of the *Blue L* was substantially in excess of both the appraised value and the purchase price of that ship. Now there may be a perfectly good reason for the apparent advance in excess of the purchase price, for example funds earmarked for dry docking or repairing the ship, to the benefit of both owner and mortgage holder, but that is not the present issue.

[9] Counsel for Alfa Bunkering, with support from counsel for other claimants, submits this excessive loan figure could, if the loan proceeds were not entirely advanced, result in a bonus to the Bank of Scotland on repayment. Further there is an indication that if the venture went well and the *Nel*, a twenty-four-year old vessel in a presently declining market, were to increase in value, during the modest term of the mortgage and be sold for more than her purchase price, a price which was consistent with the then appraised value, the Bank of Scotland would participate in that profit. All of this, submit counsel, is a collateral benefit for which the Bank of Scotland should account, for it could make more funds available to the lien claimants. The latter so-called collateral benefit, a possible participation in a very speculative profit, is too far removed and too uncertain

[6] L'avocat de la Banque d'Écosse n'a examiné aucun des documents demandés, mais il a fait valoir non seulement que leur production serait non pertinente, mais encore qu'elle constituerait une intrusion injustifiée dans les affaires de la nouvelle propriétaire.

[7] J'ai ordonné que les documents soient produits devant la Cour pour examen et j'ai ajourné la requête jusqu'à l'issue de cet examen, les parties devant comparaître à nouveau en temps opportun. Pour aider les parties, j'ai remis à chaque avocat une copie d'un mémoire, faisant état de mon évaluation des documents, avant la reprise de l'audition de la requête, les documents contestés étant à nouveau placés dans une enveloppe scellée, cette fois en possession de la Cour.

[8] J'ai conclu pour l'essentiel que ces documents n'étaient pas pertinents, sauf dans la mesure où la lettre d'engagement indiquait que le montant du prêt garanti par l'hypothèque grevant le *Blue L* était de beaucoup supérieur à la valeur estimative et au prix d'achat de ce navire. Toutefois, il existe peut-être une très bonne raison pour laquelle le montant prêté dépassait apparemment le prix d'achat; il peut par exemple s'agir de fonds destinés au paiement de la mise en cale sèche et des réparations du navire, au profit à la fois de la propriétaire et de la titulaire de l'hypothèque, mais ce n'est pas cette question que la Cour doit trancher en l'espèce.

[9] L'avocat d'Alfa Bunkering soutient, avec l'appui des avocats des autres créanciers, que le montant excédentaire du prêt pourrait permettre à la Banque d'Écosse de toucher une prime lors du remboursement du prêt, si les fonds du prêt ne sont pas versés en totalité. Il y a en outre lieu de croire que la Banque d'Écosse participerait au profit, si l'aventure s'avérait fructueuse et si le *Nel*, un navire vieux de vingt-quatre ans dans un marché en déclin, prenait de la valeur pendant la courte durée du prêt et était vendu à un prix supérieur à son prix d'achat, qui correspondait à sa valeur estimative au moment de l'achat. L'avocat prétend que ces possibilités constituent un avantage accessoire dont la Banque d'Écosse doit rendre compte, car elles pourraient dégager plus de fonds pour les créanciers privilégiés. La dernière possibilité qualifiée d'avantage accessoire, savoir la participation

to be relevant. The former, a possible bonus to the Bank of Scotland on the financing of the *Blue L*, is only relevant if the necessary claimants do not have maritime liens, ranking ahead of the Bank of Scotland, but only hold statutory rights *in rem* and are able to require the Bank of Scotland to marshal.

[10] The concept of marshalling was brought up by counsel and therefore I touched upon it in my memorandum to counsel indicating that if counsel “wished to broach the matter of marshalling and the *Blue L*, or other vessels involved, that ought to be done, to the extent that it may be proper, on cross-examination”: at the time I had doubts as to whether the doctrine of marshalling applied and thus the reservation, “to the extent that it may be proper” for there is some authority that creditors of all types are not necessarily entitled to the benefit of marshalling. I now turn to a consideration of the motion, beginning with the concept of marshalling.

CONSIDERATION

[11] There are some very involved formulations of the concept of marshalling and here I have in mind traditional definitions such as that set out in the 4th edition (reissue) of *Halsbury's Laws of England*, Volume 16, paragraph 876 at page 785. However the basic concept of marshalling is very simple:

... a person having resort to two funds shall not by his choice disappoint another, having only one. [*Trimmer v. Bayne* (1803), 32 E.R. 582, at p. 583, a Chancery decision of Sir William Grant, Master of the Rolls.]

One of the authorities to which the Master of the Rolls was referred in *Trimmer v. Bayne* was an earlier case, *Aldrich v. Cooper* (1803), 32 E.R. 402 (Ch.), in which Lord Chancellor Eldon wrote, at page 407:

éventuelle à un profit hautement spéculatif, est beaucoup trop éloignée et incertaine pour être pertinente. La première, soit la prime que la Banque d'Écosse pourrait tirer du financement du *Blue L*, n'est pertinente que si les créanciers fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne sont pas titulaires de privilèges maritimes prenant rang avant la Banque d'Écosse, mais uniquement de droits réels d'origine législative et peuvent obliger la Banque d'Écosse à procéder à une collocation en *equity*.

[10] Le concept de la collocation en *equity* a été soulevé par les avocats. J'en ai donc traité dans mon mémoire adressé aux avocats indiquant que s'ils [TRADUCTION] «désiraient aborder la question de la collocation en *equity* et du *Blue L*, ou d'autres bateaux concernés, ils devaient le faire, dans la mesure où cela convient, lors du contre-interrogatoire»: à ce moment, j'entretenais des doutes sur la question de savoir si la doctrine de la collocation en *equity* s'appliquait, d'où les termes «dans la mesure où cela convient» exprimant une réserve car, selon certaines sources, tous les types de créanciers n'ont pas nécessairement le droit de se prévaloir d'une collocation en *equity*. J'examinerai maintenant la requête, en commençant par la question de la collocation en *equity*.

ANALYSE

[11] Il existe des formulations très complexes de la notion de collocation en *equity*. Je songe en l'occurrence aux définitions traditionnelles telle celle énoncée dans la 4^e édition (réédition) de l'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*, volume 16, paragraphe 876, à la page 785. Toutefois, le concept fondamental de la collocation en *equity* est très simple:

[TRADUCTION] ... la personne qui peut recourir à deux fonds ne doit pas faire un choix qui lèse une autre personne, qui ne peut recourir qu'à un seul. [*Trimmer v. Bayne* (1803), 32 E.R. 582, à la page 583, décision de la Chancellerie rendue par Sir William Grant, président de la Cour d'appel.]

L'une des sources portées à l'attention du président de la Cour d'appel, dans l'affaire *Trimmer v. Bayne*, était la décision antérieure *Aldrich v. Cooper* (1803), 32 E.R. 402 (Ch.), dans laquelle le lord chancelier Eldon a écrit à la page 407:

. . . a person having two funds shall not by his election disappoint the party having only one fund; and equity, to satisfy both, will throw him, who has two funds, upon that which can be affected by him only; to the intent that the only fund, to which the other has access, may remain clear to him. [See also *Halsbury's, supra*, footnote 3, at page 785.]

[12] Tetley on *Maritime Liens and Claims*, 2nd edition, International Shipping Publications, 1998, describes marshalling in the following straight forward terms (at page 857):

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

[13] Counsel for the Bank of Scotland submits there is a limitation on marshalling, that in Canada and in British Columbia an unsecured creditor is not able to rely upon the doctrine of marshalling to cause a mortgagee to proceed against security in any particular way. In order to consider this concept I must first establish the position of a necessary supplier with a mere statutory right *in rem*. Certainly in England the necessary supplier becomes a secured creditor on the issuance of a writ *in rem*: see a discussion of this in Tetley on *Maritime Liens and Claims (supra)*, at pages 556-557. But such is not the case in Canada.

[14] The position of a necessities claimant, with a right *in rem*, is set out in *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 13, in which Mr. Justice Noël dealt particularly with the position of necessities suppliers when the owner of various defendant ships had made a proposal in bankruptcy, but also generally with the position of a necessities supplier under what is now paragraph 22(2)(m) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. He pointed

[TRADUCTION] . . . la personne qui possède deux fonds ne doit pas faire un choix qui lèse la partie qui n'en possède qu'un; et, pour qu'elles soient payées toutes les deux, l'*equity* dirigera celle qui possède deux fonds vers celui qu'elle est seule à pouvoir utiliser; de façon que l'unique fonds auquel l'autre a accès puisse demeurer intact pour elle. [Voir aussi *Halsbury's*, précité, note 3, à la page 785.]

[12] Tetley, dans l'ouvrage intitulé *Maritime Liens and Claims*, 2^e édition, International Shipping Publications, 1998, décrit la collocation en *equity* en termes simples (à la page 857):

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

[13] L'avocat de la Banque d'Écosse soutient que la collocation en *equity* est assujettie à des limites, qu'un créancier chirographaire ne peut pas, au Canada et en Colombie-Britannique, s'appuyer sur la doctrine de la collocation en *equity* pour obliger un créancier hypothécaire à réaliser sa garantie d'une façon particulière. Pour examiner cette notion, je dois d'abord déterminer quelle est la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires titulaire d'un simple droit réel d'origine législative. Certes, en Angleterre, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires devient un créancier garanti au moment de la délivrance d'un bref *in rem*: voir l'analyse faite dans Tetley: *Maritime Liens and Claims* (précité), aux pages 556 et 557. Ce n'est toutefois pas le cas au Canada.

[14] La situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires titulaire d'un droit réel est précisée dans l'arrêt *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 13, dans lequel le juge Noël a traité en particulier de la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires dans le cas où le propriétaire de différents navires défendeurs avait fait une proposition en vertu du droit de la faillite, mais également de la situation d'un fournisseur d'approvi-

out that none of the legislation or decisions permitted him to say that the *in rem* right conferred any privilege or lien whatsoever, although an *in rem* action against a ship, an extraordinary right, could be advantageous (page 31). He went on at pages 31 and 33 to say:

This action *in rem*, however, does not give any privilege or lien or preference whatsoever, and the claimant for necessities seems to me to be in the same position as an ordinary unsecured creditor. If he is an execution creditor, he will be entitled to his costs of action but his claim will be ranked only in accordance with the order of priorities set by law. In fact, to give him, through the mere fact that he has a simple right of action *in rem*, a right and specific privilege which would deprive the same debtor's other creditors of exercising their claims against the property seized, especially after the corporation owning such property has made a proposal under the *Bankruptcy Act*, seems to me unacceptable and based on no legal text or judgment. In fact, this would be a serious blow to the principle whereby the property of a debtor is the security of his creditors.

[15] Mr. Justice Addy, in *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna*, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.), at page 383, notes that Mr. Justice Noël's decision in *The Comer* that "the right of action *in rem* gives no privilege, lien or preference of any kind and that the supplier of necessities is still in the same position as an ordinary creditor", was upheld by the Supreme Court of Canada in an unreported decision 25 March 1971 [[1971] S.C.R. v]. Clearly, in the present instance, if those who supplied necessities to the *Nel* cannot, by various means, for example through the application of substantive foreign law, bring themselves within the ambit of maritime lien holders, they must be, under Canadian law, necessities suppliers with mere rights *in rem* which leave them in the position of unsecured creditors.

[16] Counsel for the Bank of Scotland, as I have said, refers in written argument to various cases for

sionnements nécessaires sous le régime de la disposition qui constitue maintenant l'alinéa 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Il a noté qu'aucune disposition législative ni décision ne lui permettait d'affirmer que le droit réel confère un privilège ni un lien quelconque, bien qu'une action réelle intentée contre un navire constitue un droit extraordinaire qui peut être avantageux (page 30). Il a enchaîné, aux pages 30 et 32:

Cette action *in rem*, cependant, ne donne aucun privilège ou lien ou préférence quelconque et le réclamant d'approvisionnement nécessaires me paraît être dans la même situation qu'un créancier chirographaire ordinaire. S'il est créancier exécutant, il aura droit à ses frais d'action mais sa créance ne prendra rang que suivant l'ordre des priorités fixées par la loi. Lui donner, en effet par suite du simple fait qu'il possède un simple droit d'action *in rem* un droit et privilège particulier qui priverait les autres créanciers du même débiteur d'exercer leurs créances contre les biens saisis surtout après que la corporation propriétaire de ces biens ait fait une proposition de vertu de la *Loi sur la faillite*, me paraît inacceptable et fondé sur aucun texte légal ni décision judiciaire. Il y aurait là, en effet, un accroc sérieux au principe qui veut que les biens d'un débiteur soient le gage commun de ses créanciers.

[15] Le juge Addy, dans *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Le Miss Donna*, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.), aux pages 383 et 384, souligne que la décision du juge Noël dans l'affaire *Le Comer* selon laquelle «le droit d'action *in rem* ne donne aucun privilège, ni aucune préférence de quelque sorte que ce soit, le fournisseur de choses indispensables au navire demeurant dans la même situation qu'un créancier chirographaire», a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans un arrêt non publié du 25 mars 1971 [[1971] R.C.S. v]. En l'occurrence, si les personnes qui ont fourni les approvisionnements nécessaires au *Nel* ne peuvent, par différents moyens, et notamment par l'application du droit substantiel étranger, être reconnues comme titulaires d'un privilège maritime, il est clair qu'en vertu du droit canadien elles constituent des fournisseurs d'approvisionnement nécessaires qui ne jouissent que de droits réels et qui se trouvent donc dans la même situation que les créanciers chirographaires.

[16] L'avocat de la Banque d'Écosse, comme je l'ai dit, invoque, dans sa plaidoirie écrite, différentes

the concept that unsecured creditors are not able to avail themselves of the doctrine of marshalling. Counsel opposing did not meet this last minute written argument with any case law, perhaps by reason of a clear lack of time to prepare. However there is case law to the contrary. I turn first to three representative cases from among those referred to by counsel for the Bank of Scotland.

[17] In *Williamson v. Loonstra et al.* (1973), 34 D.L.R. (3d) 275, at pages 278-279, Mr. Justice Ruttan, of the B.C. Supreme Court, noted that marshalling did not apply in favour of an unsecured creditor:

The doctrine does not extend to all creditors of every degree, it does not apply in favour of an unsecured creditor and it does not apply in favour of a judgment creditor unless he has obtained a charge on the estate that he seeks to have marshalled in his favour.

In support of this proposition Mr. Justice Ruttan refers to several authorities, but does not look at any of the earlier cases which set out and considered the concept of marshalling.

[18] Mr. Justice Saunders, of the Supreme Court of Ontario, referred to the passage from the *Williamson* case in *Re Bread Man Inc.* (1979), 21 O.R. (2d) 59, at page 63, and noted that:

It is also logical that unsecured credits [*sic*] of debtors should not be protected for in the absence of a statutory provision, they should have no better right to the fund than the debtor himself.

This might seem to offend against a number of equitable maxims and doctrines. The Ontario Court General Division also referred to *Loonstra* in *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102, applying it against unsecured creditors, however the Ontario Court of Appeal took a somewhat different tack when it considered *Re Allison*, a point I will touch on in due course.

[19] The line of Canadian cases referred to by counsel for the Bank of Scotland bothers me in that

décisions à l'appui de sa prétention portant que les créanciers chirographaires ne peuvent pas se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*. L'avocat de la partie opposée n'a invoqué aucune jurisprudence pour contrer cet argument de dernière minute, peut-être parce qu'il a manifestement manqué de temps pour se préparer. Il existe toutefois de la jurisprudence à l'appui de l'argument contraire. J'examinerai d'abord trois décisions représentatives parmi celles citées par l'avocat de la Banque d'Écosse.

[17] Dans *Williamson v. Loonstra et al.* (1973), 34 D.L.R. (3d) 275, aux pages 278 et 279, le juge Ruttan, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a souligné que la collocation en *equity* ne s'appliquait pas en faveur d'un créancier chirographaire:

[TRADUCTION] Cette doctrine ne s'étend pas à tous les créanciers occupant chaque rang de l'ordre de priorité, elle ne s'applique pas en faveur d'un créancier chirographaire et elle ne s'applique pas en faveur du créancier d'un jugement à moins qu'il ait obtenu une charge grevant les biens à l'égard desquels il demande une collocation en sa faveur.

Le juge Ruttan appuie cette affirmation sur plusieurs sources, mais il n'examine aucune des décisions antérieures qui ont établi et analysé le concept de la collocation en *equity*.

[18] Le juge Saunders de la Cour suprême de l'Ontario a mentionné ce passage de la décision *Williamson* dans *Re Bread Man Inc.* (1979), 21 O.R. (2d) 59, à la page 63. Il a noté:

[TRADUCTION] Il est aussi logique que les créanciers chirographaires des débiteurs ne soient pas protégés car, en l'absence d'une disposition législative, il ne devraient pas avoir, sur le fonds, de droit supérieur à celui du débiteur.

Cette affirmation peut sembler contraire à plusieurs maximes et doctrines d'*equity*. La Division générale de la Cour de l'Ontario a également fait mention de la décision *Loonstra* dans *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102, en l'appliquant contre des créanciers chirographaires, mais la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une approche assez différente lorsqu'elle s'est penchée sur l'affaire *Re Allison*. J'en reparlerai en temps opportun.

[19] Le courant jurisprudentiel invoqué par l'avocat de la Banque d'Écosse m'embarrasse parce que les

marshalling was, at one time, available to simple contract holders, that is to holders of written or verbal contracts: see for example *Aldrich v. Cooper* (*supra*) in which simple contract creditors were entitled to stand in the place of creditors by specialty, that is in the place of creditors by deed, thus gaining the benefit of marshalling. This concern about simple contract creditors and specialty creditors no longer exists, for as the editors of Halsbury's point out in Volume 16 (*supra*) at paragraph 879: formerly simple contract creditors might look only to a personal estate for satisfaction, yet specialty contract debtors might look to both real and personal estates and thus, as between creditors, simple contract creditors were entitled to have assets marshalled in their favour so as to throw the specialty creditors on the real estate. This distinction between specialty and simple contract debtors was abolished in England by 1869 and subsequent legislation which is summed up in the *Administration of Estates Act*, 1925 (U.K.) [15 Geo. 5, c. 23]. However the concept of allowing contract creditors to marshal still does exist in England. Here I have in mind *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*. *Aldrich v. Cooper* was considered in *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179, at page 190. There Mr. Justice Danckwerts (as he then was) also referred to a wide application of marshalling from Story's Equity Jurisprudence:²

In the sense of the courts of equity, the marshalling of assets is such an arrangement of the different funds under administration as shall enable all parties, having equities thereon, to receive their due proportions, notwithstanding any intervening interests, liens or other claims of particular persons to prior satisfaction, out of a portion of those funds. [Story, 1920 edition, at p. 239.]

From this beginning Mr. Justice Story [at page 239] goes on to note that equity, in engineering redress in cases involving marshalling, in order to prevent the

parties à un contrat nu, c'est-à-dire les parties à un contrat écrit ou verbal, pouvaient autrefois se prévaloir de la collocation en *equity*: voir, par exemple, l'affaire *Aldrich v. Cooper* (précitée) dans laquelle les parties à des contrats nus ont pu accéder au rang des créanciers munis d'un contrat formaliste, c'est-à-dire les créanciers munis d'un contrat scellé, ce qui leur a donné le droit de se prévaloir de la collocation en *equity*. Le problème des créanciers munis d'un contrat nu et des créanciers munis d'un contrat formaliste n'existe plus, car, comme les rédacteurs du Halsbury's le précisent dans le volume 16 (précité) au paragraphe 879, à l'origine, les créanciers munis d'un contrat nu ne pouvaient s'en prendre qu'aux biens meubles pour obtenir le paiement de leur créance, alors que les créanciers munis d'un contrat formalistes pouvaient utiliser tant les biens immeubles que les biens meubles; en conséquence, les créanciers munis d'un contrat nu pouvaient obtenir une collocation en *equity* en leur faveur de façon à diriger les créanciers munis d'un contrat formaliste vers les biens immeubles. Cette distinction entre les créanciers munis d'un contrat nu et d'un contrat formaliste a été abolie en Angleterre par des mesures législatives prises en 1869 et par la suite. Ces mesures sont résumées dans l'ouvrage intitulé *Administration of Estates Act*, 1925 (R.-U.) [15 Geo. 5, ch. 23]. Toutefois, le principe permettant aux créanciers munis d'un contrat d'obtenir la collocation en *equity* existe toujours en Angleterre. Je songe ici à l'affaire *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*. On trouve une analyse de la décision *Aldrich v. Cooper* dans l'affaire *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179, à la page 190. Le juge Danckwerts (tel était alors son titre) s'est également reporté à une application large de la collocation en *equity* tirée de Story's equity Jurisprudence²:

[TRADUCTION] Selon les tribunaux d'*equity*, la collocation des biens constitue un arrangement des différents fonds administrés qui permet à toutes les parties titulaires de droits en *equity* sur ces fonds de recevoir leur juste part, malgré tout intérêt, privilège ou autre créance intermédiaire d'une personne en particulier lui permettant d'être payée en priorité à l'aide de ces fonds. [Story, édition de 1920, à la page 239.]

À partir de ce point de départ, le juge Story (à la page 239) enchaîne en soulignant que l'*equity*, en concevant des réparations dans les cas d'application de la collo-

creditor, with more than one choice of funds from which to satisfy a debt, from defeating other claimants by taking his satisfaction to the exclusion of such claimants, is doing little more than applying the maxim *nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*: no man ought to be made rich out of another's injury:

... where there exist two or more funds, and there are several claimants against them, and at law one of the parties may resort to either fund for satisfaction, but the others can come upon one only; there, courts of equity exercise the authority to marshal (as it is called) the funds, and by this means enable the parties whose remedy at law is confined to one fund only, to receive due satisfaction. The general principle upon which courts of equity interfere in these cases is, that, without such interference, he who had a title to the double fund would possess an unreasonable power of defeating the claimants upon either fund, by taking his satisfaction out of the other, to the exclusion of them. So that, in fact, it would be entirely in his election, whether they should receive any satisfaction or not. Now, courts of equity treat such an exercise of power as wholly unjust and unconscientious; and therefore will interfere, not, indeed to modify or absolutely to destroy the power, but to prevent it from being made an instrument of caprice, injustice, or imposition. Equity, it affording redress in such cases, does little more than apply the maxim, *Nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*.

Story notes that the principle of marshalling is not limited to the administration of assets, or competing mortgagees, but indeed applies to cases of double security generally in order to afford equitable redress. Certainly the English cases and authorities which treat marshalling as a broad equitable concept to give relief where needed, including to mere holders of oral and written contracts, are not binding on the Federal Court, yet they are persuasive. There is no suggestion in the early cases setting out the scope of the doctrine of marshalling that it is a remedy barred to ordinary contractual creditors. The opposite is true. Yet some Canadian courts, in certain circumstances, seemed to have applied that limitation, departing from equitable concepts and specifically denying the relief of marshalling to ordinary creditors, but I think without any real reason.

cation en *equity*, afin d'empêcher un créancier qui a le choix de recourir à plus d'un fonds pour obtenir le paiement de sa créance de faire échec aux droits des autres créanciers en procédant d'une façon qui les excluent, va à peine au-delà de l'application de la maxime *nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*: personne ne doit s'enrichir en lésant autrui:

[TRADUCTION] . . . lorsqu'il existe deux ou plusieurs fonds, sur lesquels plusieurs créanciers peuvent faire valoir leurs droits et que, selon la common law, l'une des parties peut recourir à l'un ou l'autre fonds pour obtenir paiement alors que les autres ne peuvent recourir qu'à un seul, les tribunaux d'*equity* exercent leur pouvoir de procéder à une collocation (*to marshal*) à l'égard des fonds, et permettent ainsi aux parties dont les recours reconnus par la common law se limitent à un fonds de recevoir le juste paiement de leur créance. Le principe général en vertu duquel les tribunaux d'*equity* interviennent dans ces cas tient au fait que s'ils s'abstenaient d'intervenir, la personne qui a un titre sur les deux fonds aurait le pouvoir déraisonnable de léser les créanciers qui revendiquent un droit sur l'un ou l'autre fonds en réalisant sa sûreté sur l'autre, ce qui les exclurait. Ainsi, il serait en fait seul à décider s'ils doivent être payés ou non. Les tribunaux d'*equity* considèrent l'exercice d'un tel pouvoir comme totalement injuste et abusif; ils interviennent donc, non pas pour modifier ou annihiler ce pouvoir, mais pour empêcher qu'il soit utilisé de façon arbitraire, injuste ou dominatrice. L'*equity*, permettant une réparation en pareil cas, va à peine au-delà de l'application de la maxime *Nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*.

Story note que le principe de la collocation en *equity* ne se limite pas à l'administration des biens, ou aux créanciers hypothécaires concurrents, mais s'applique en fait à toutes les sûretés doubles afin d'offrir une réparation équitable. Bien sûr, la jurisprudence et la doctrine émanant d'Angleterre qui considèrent la collocation comme un concept d'*equity* de portée étendue visant à permettre une réparation lorsque c'est nécessaire, notamment en faveur des parties à un contrat oral ou écrit, ne lient pas la Cour fédérale, mais elles sont convaincantes. Rien n'indique dans la jurisprudence antérieure établissant la portée de la doctrine de la collocation en *equity* que ce recours ne peut être exercé par les créanciers ordinaires en vertu d'un contrat. L'inverse est vrai. Pourtant, certains tribunaux canadiens ont semblé appliquer cette limite, dans certaines circonstances, dérogeant ainsi aux concepts d'*equity* et niant expressément aux créanciers

[20] Now it is the policy of courts to stand by applicable precedents, thus avoiding disturbing a point settled by a court of equal or superior jurisdiction. Thus parties can have some general certainty as to the law that ought to be applied when facts are similar. This doctrine, the doctrine of *stare decisis*, is one of policy. It should be departed from only when a departure is necessary to vindicate plain and obvious principles of law. This present dispute over the right to marshal is an issue on which current precedent ought not to be followed blindly, particularly given the law surrounding the equitable roots of marshalling. However the cases cited on behalf of the Bank of Scotland can also be dealt with in another way, by limiting them to their facts.

[21] The *Loonstra* case (*supra*) may be distinguished as the interest of the creditors, in that instance, through the mortgagor, that is, a pure *in personam* claim. In the present instance the creditors have an *in rem* interest. This rationalization does no violence to the original concept of marshalling, which clearly extended to contractual creditors, yet does not disturb either *Loonstra* or *Re Bread Man*, which is based on *Loonstra*.

[22] In deciding that Alfa Bunkering ought to have access to the commitment letter in order to explore marshalling I also take comfort in the approach taken by the Ontario Court of Appeal in its 27 February 1998 decision in *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337. There the Court of Appeal agreed with the Trial Judge as to the outcome, but not on the basis that the doctrine of marshalling did not apply in favour of an unsecured creditor. The Court of Appeal refused to deal with this point because the debtors, found by the Trial Judge to be common debtors, were clearly not and to apply the doctrine of marshalling would have required one of them, the holder of a parcel of land,

ordinaires le droit à la collocation en *equity*, mais sans véritable motif, à mon avis.

[20] Les tribunaux ont pour politique de respecter les précédents applicables, évitant ainsi de remettre en cause une question déjà tranchée par un tribunal d'instance égale ou supérieure. Les parties peuvent donc savoir avec certitude, de façon générale, quelles règles de droit s'appliquent lorsque des faits similaires sont en cause. Cette doctrine, la doctrine du *stare decisis*, est une doctrine de principe. On ne peut y déroger que dans les cas où c'est nécessaire pour donner effet à des principes de droit clairs et évidents. Le présent litige concernant le droit à la collocation en *equity* porte sur une question qui ne doit pas être tranchée en suivant aveuglément les précédents existants, plus particulièrement au regard des règles de droit entourant les racines en *equity* de la collocation. Toutefois, il est possible de considérer différemment la jurisprudence citée au nom de la Banque d'Écosse, en la limitant aux faits en cause dans chaque cas.

[21] Il est possible de faire une distinction avec l'affaire *Loonstra* (précitée) quant à l'intérêt des créanciers, dans cette instance, par rapport au débiteur hypothécaire, qui était une créance purement personnelle. En l'espèce, les créanciers ont un intérêt réel. Cette rationalisation est compatible avec le concept initial de la collocation en *equity*, dont la portée s'étendait nettement aux créanciers en vertu d'un contrat, et ne remet pas en cause pour autant les décisions *Loonstra* ou *Re Bread Man*, cette dernière étant fondée sur la première.

[22] Pour décider qu'Alfa Bunkering devrait avoir accès à la lettre d'engagement pour examiner la possibilité d'une collocation en *equity*, je m'appuie en outre sur le raisonnement suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337. Dans cet arrêt, la Cour d'appel partage l'opinion du juge de première instance quant au résultat, sans toutefois se fonder sur la thèse selon laquelle la doctrine de la collocation en *equity* ne s'applique pas à un créancier chirographaire. La Cour d'appel, à la page 341, a refusé d'examiner cette question parce que les débiteurs, qualifiés de débiteurs communs par le juge de première instance, ne l'étaient

to pay the debts of another debtor, the holder of another parcel of land: thus clearly marshalling did not apply for it was not intended to create such an inequity between two debtors. However, in touching on the doctrine of marshalling and particularly *Aldrich v. Cooper (supra)* the Court of Appeal was very careful to leave it open as to the nature of a creditor who might seek marshalling. The Court of Appeal, at page 341, summed up the *Aldrich* case by saying that marshalling is an equitable right to prevent a creditor, who may resort to two funds, from defeating another creditor who is limited to only one fund:

The right to marshal securities is an equitable one intended to prevent a creditor who can resort to two funds from defeating another creditor who can resort to only one of them.

In that paragraph the Court went on to discuss marshalling in terms of creditors. In the next paragraph, at page 342, the Court referred to two criteria to be met before marshalling might be applied:

The first criterion is that there must be a creditor or mortgagee who has access to two properties of a debtor to which he or she can resort for payment of the amount owing The second criterion is that there must be a creditor ranking behind or inferior to another creditor or mortgagee of a common debtor with a claim against one of the properties available to the superior creditor or mortgagee. Such an inferior creditor can invoke the assistance of equity to cause or marshal the superior creditor or mortgagee to satisfy the mortgage debt from the property against which the inferior creditor has no recourse so that the property will be available to the inferior creditor, or if this is impossible, or unfair to the superior creditor, equity may allow the inferior creditor to stand as the superior creditor in relation to the property against which the inferior creditor otherwise has no recourse.

Several points arise from this paragraph. First, the Ontario Court of Appeal makes it clear that

manifestement pas et parce que l'application de la doctrine de la collocation en *equity* aurait exigé que l'un deux, le détenteur d'un terrain, paie les dettes d'un autre débiteur, le détenteur d'un autre terrain: il était donc clair que la doctrine de la collocation en *equity* ne s'appliquait pas car il n'était pas conforme à son objet de créer pareille injustice entre les débiteurs. Cependant, en traitant de la doctrine de la collocation en *equity*, et plus particulièrement de l'arrêt *Aldrich v. Cooper* (précité), la Cour d'appel a pris grand soin de ne pas trancher la question de la nature du créancier qui peut réclamer une collocation en *equity*. La Cour d'appel, à la page 341, a résumé l'arrêt *Aldrich* en déclarant que la collocation était un droit en *equity* visant à empêcher un créancier, qui peut recourir à deux fonds, de faire échec à un autre créancier dont les droits se limitent à un seul fonds:

[TRADUCTION] Le droit de procéder à la collocation des sûretés est un droit en *equity* qui vise à empêcher un créancier qui peut recourir à deux fonds de faire échec aux droits d'un autre créancier qui ne peut recourir qu'à un seul d'entre eux.

Dans ce paragraphe, la Cour a poursuivi en discutant de la collocation sous l'angle des créanciers. Dans le paragraphe suivant, à la page 342, la Cour a mentionné les deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la doctrine de la collocation en *equity* s'applique:

[TRADUCTION] Le premier critère veut qu'il existe un créancier ou un titulaire d'hypothèque qui a accès à deux biens du débiteur auxquels il peut recourir pour obtenir le paiement du montant qui lui est dû Le deuxième critère veut qu'il existe un créancier prenant rang après un autre créancier, notamment hypothécaire, d'un débiteur commun et que ce créancier de rang inférieur puisse exercer sa créance sur l'un des biens auxquels le créancier de rang supérieur a accès. Le créancier de rang inférieur peut avoir recours à l'*equity* pour obliger le créancier ou le titulaire d'une hypothèque de rang supérieur à procéder à la collocation pour obtenir le paiement de sa créance hypothécaire à l'aide du bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'a aucun recours afin que le bien demeure disponible pour le paiement de la créance de rang inférieur ou, si c'est impossible ou injuste envers le créancier de rang supérieur, l'*equity* peut permettre au créancier de rang inférieur de se substituer au créancier de rang supérieur relativement au bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'aurait autrement aucun recours.

Plusieurs points ressortent de ce paragraphe. Premièrement, la Cour d'appel de l'Ontario établit clairement

marshalling may be invoked against either a doubly secured creditor or mortgagee. Second, the Court of Appeal does not refer to an inferior mortgagee taking the benefit of marshalling, but rather only to a creditor ranking behind or inferior to another creditor or mortgagee of a common debtor. Third, that inferior creditor may take a benefit against a superior creditor or superior mortgagee. Fourth and finally, as an alternative, equity may allow the inferior creditor to stand as the superior creditor in relation to property against which the inferior creditor otherwise has no recourse. It is clear from all of this that the Ontario Court of Appeal, given the broad scope and long-standing of *Aldrich v. Cooper*, did not wish to be dragged into a consideration of whether *Aldrich v. Cooper* was wrongly decided, or whether the case improperly or incompletely stated the law in referring to the right of simple contract creditors, that is creditors by oral or written agreement, to stand in place of creditors by specialty, that is in place of creditors by deed. But the Ontario Court of Appeal, through its choice of words, supports the broad interpretation of marshalling set out in *Aldrich v. Cooper*.

CONCLUSION

[23] The cases referred to by counsel for the Bank of Scotland, assuming they are correct, merely deal with the right of *in personam* creditors, not with the right of *in rem* creditors and as such may be distinguished. However, going back to more basic case law, it is clear from *Aldrich v. Cooper* that unsecured creditors always had, in the past, a right to the benefit of marshalling. This is something which has been overlooked in the more recent Canadian cases concerned with the *in personam* right of creditors in real estate and in bankruptcy situations.

[24] I prefer the basic concept of marshalling set out in *Aldrich v. Cooper*, which the Court of Appeal in *Re*

que la collocation peut être réclamée contre un créancier ou le titulaire d'une hypothèque qui possède une double garantie. Deuxièmement, la Cour d'appel ne parle pas d'un titulaire d'hypothèque de rang inférieur qui bénéficierait de la collocation en *equity*, mais simplement d'un créancier prenant rang après un autre créancier, notamment hypothécaire, d'un débiteur commun. Troisièmement, ce créancier de rang inférieur peut se prévaloir d'un avantage contre le créancier ou le titulaire d'une hypothèque de rang supérieur. Enfin, quatrièmement, l'*equity* peut plutôt permettre au créancier de rang inférieur de se substituer au créancier de rang supérieur relativement au bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'aurait autrement aucun recours. Il ressort clairement de tous ces éléments que la Cour d'appel de l'Ontario ne souhaitait pas, compte tenu de la portée étendue et de l'ancienneté de l'arrêt *Aldrich v. Cooper*, être entraînée dans l'analyse de la question de savoir si cette décision était erronée, ni de celle de savoir si elle énonçait le droit de façon incorrecte ou incomplète, en mentionnant le droit des créanciers en vertu d'un contrat nu, c'est-à-dire des créanciers en vertu d'une entente verbale ou écrite, de se substituer aux créanciers en vertu d'un contrat formaliste, c'est-à-dire d'un contrat scellé. Mais, par le choix des termes qu'elle emploie, la Cour d'appel de l'Ontario appuie l'interprétation large de la collocation en *equity* qui a été donnée de l'arrêt *Aldrich v. Cooper*.

CONCLUSION

[23] En supposant qu'elle soit juste, la jurisprudence citée par l'avocat de la Banque d'Écosse traite simplement du droit des titulaires d'une créance personnelle, et non du droit des titulaires d'une créance réelle. Il est donc possible de distinguer cette jurisprudence à cet égard. Toutefois, si l'on remonte aux décisions plus fondamentales, il ressort clairement de l'arrêt *Aldrich v. Cooper* que les créanciers chirographaires ont toujours eu, par le passé, le droit de profiter de la collocation en *equity*. C'est un fait dont n'ont pas tenu compte les causes canadiennes les plus récentes touchant le droit personnel des créanciers dans le contexte du droit immobilier et du droit de la faillite.

[24] Je préfère le concept fondamental de la collocation en *equity* énoncé dans l'arrêt *Aldrich v. Cooper*,

Allison discussed at length, even though it was not interested in deciding the rights of unsecured creditors.

[25] The production of the commitment letter, which may well be pertinent and relevant, were the doctrine of marshalling to be applied, is not to be denied on the somewhat dubious proposition that marshalling cannot be applied in favour of mere *in rem* creditors.

[26] The Court will produce the commitment letter to the *in rem* claimants at the end of the period during which appeal of these reasons may be made or dispose of the commitment letter as ordered following any appeal. Costs shall be in the cause.

¹ The two ships are now named, respectively, *Seagull Harmony* and *Seagull Fame*, however for the purpose of these reasons I shall refer to both by their original names.

² *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Honourable Mr. Justice Story, LL.D. 3rd English ed., by A. E. Randall, published 1920 by Sweet and Maxwell, London. While the original author was American the case law referred to is almost entirely English.

que la Cour d'appel a examiné en profondeur dans l'arrêt *Re Allison*, même si elle ne voulait pas trancher la question des droits des créanciers chirographaires.

[25] La production de la lettre d'engagement, qui pourrait bien s'avérer pertinente si l'on doit appliquer la doctrine de la collocation en *equity*, ne doit pas être refusée pour la raison quelque peu douteuse que la collocation en *equity* ne s'applique pas en faveur des simples titulaires d'une créance réelle.

[26] La Cour produira la lettre d'engagement aux créanciers titulaires d'un droit réel à la fin du délai imparti pour interjeter appel des présents motifs ou prendra, relativement à la lettre d'engagement, les mesures qui pourraient lui être imposées à la suite d'un appel. Les dépens suivront l'issue de l'instance.

¹ Les deux navires se nomment maintenant respectivement le *Seagull Harmony* et le *Seagull Fame*; toutefois, aux fins des présents motifs, je les désignerai par leur nom d'origine.

² *Commentaries on Equity Jurisprudence*, l'honorable juge Story, LL.D., 3^e édition anglaise par A. E. Randall, publié en 1920 par Sweet and Maxwell, Londres. Bien que l'auteur initial ait été américain, la jurisprudence qu'il mentionne est presque totalement anglaise.