

A-121-01
2002 FCA 97

A-121-01
2002 CAF 97

Bering Trawlers Ltd., owner of the ship “Mys Chikhacheva” (Appellant)

Bering Trawlers Ltd., propriétaire du navire «Mys Chikhacheva» (appelante)

v.

c.

Richardson International, Ltd. (Respondent)

Richardson International, Ltd. (intimée)

INDEXED AS: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. v. MYS CHIKHACHEVA (THE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. c. MYS CHIKHACHEVA (LE) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Sharlow and Malone JJ.A.
—Vancouver, March 5; Ottawa, March 22, 2002.

Cour d'appel, juges Strayer, Sharlow et Malone J.C.A.
—Vancouver, 5 mars; Ottawa, 22 mars 2002.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Vessel Mys Chikhacheva arrested by respondent under warrant arising from maritime lien for necessities — Respondent carrying on business of purchasing, marketing fish products on worldwide basis — Lent money to Russian corporation (Starodubskoe) for refitting factory ship Yuzhnie Kurily — Expenditures made by respondent for benefit of Starodubskoe giving rise to maritime lien at issue — Failure to take mortgage over arrested vessel not defeating maritime lien unless latter expressly waived in relevant contract — No waiver by respondent of maritime lien for necessities.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Le navire Mys Chikhacheva a été saisi par l'intimée en vertu d'un mandat découlant d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — L'intimée exploite une entreprise qui consiste à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale — Elle a prêté de l'argent à une société russe (Starodubskoe) aux fins de la remise en état du navire-usine Yuzhnie Kurily — Les dépenses engagées par l'intimée au bénéfice de Starodubskoe ont donné lieu au privilège maritime en cause — Le fait de ne pas avoir grevé le navire saisi d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question — L'intimée n'a pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires.

Conflict of Laws — Respondent obtaining default judgment against Russian corporation in U.S. Court for unpaid expenditures but unable to recover on judgment — Proper law of contract for provision of necessities at issue — Burden on respondent to show American law applied — F.C.T.D. Judge ruling proper law of contract American law — No basis for interfering with ruling — Court required to determine system of law having closest, most real connection to contract — Most compelling factor arbitration clause in marketing contract — Clause indicative of parties' implied intention to have American law applied — American maritime law precluding application of set-off provisions.

Conflit de lois — L'intimée a obtenu un jugement par défaut contre une société russe devant une Cour américaine pour frais impayés, mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement — Il s'agit de déterminer le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires — Il incombe à l'intimée de prouver que le droit américain s'appliquait — Le juge de première instance a conclu que le droit applicable au contrat est le droit américain — Il n'y a pas lieu de modifier cette conclusion — La Cour doit déterminer le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important — Le facteur le plus convaincant est de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation — La clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer — Le droit maritime américain empêche l'application des clauses de compensation.

Practice — Pleadings — Amendments — Respondent seeking to amend maritime lien claim at last stage of action — Trial Judge allowing amendment under r. 75(1) as

Pratique — Actes de procédure — Modifications — L'intimée a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l'action — Le juge

appellant unable to demonstrate prejudice — Amendment must serve interests of justice — Addition of invoices numerical alteration to lien amount, amendment serving interests of justice, not causing prejudice to opposing party.

This was an appeal from a Trial Division decision that the appellant, Bering Trawlers Ltd., owned the vessel *Mys Chikhacheva*, that the proper law of the contract governing the provision of necessities was American law, and that the respondent was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel. The respondent, Richardson International, Ltd., is incorporated under the laws of the State of Washington and carries on the business of purchasing and marketing fish products on a worldwide basis. As its business expanded, it began to explore commercial activities with Russian fishers. In late 1994, Lynn Richardson, the chief executive officer of Richardson, was introduced to the general director of Starodubskoe, a corporation formed under the laws of Russia, which operated 15 fishing vessels, including the *Yuzhnie Kurily*, a factory processing vessel, and two trawlers, the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo*. Richardson agreed to lend up to US\$4,000,000 to Starodubskoe for the purpose of refitting the *Yuzhnie Kurily*. This loan was reflected in a group of documents (the security package) consisting of a mortgage on the *Yuzhnie Kurily*, a promissory note, a marketing agreement and addenda to each of these documents. The expenditures made by Richardson for the benefit of Starodubskoe gave rise to the maritime lien at issue. In September 1996, Starodubskoe signed an acknowledgment of "global indebtedness" to Richardson in the amount of US\$1,828,728.40, but it was never paid. Following the arrest of the *Mys Chikhacheva*, Richardson obtained a default judgment against Starodubskoe but was unable to recover on the judgment. The Trial Judge, Dubé J., found that Bering was the owner of the *Mys Chikhacheva*, but that Richardson's maritime lien for necessities was nonetheless valid in the amount of US\$336,969.84, based on the fact that Starodubskoe was a bareboat charterer of that vessel. The issues on appeal were: (1) the determination of the proper law of the contract; (2) whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*; (3) whether the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments and (4) the calculation of the total amount of the lien.

de première instance a accueilli la requête en modification en vertu de la règle 75(1), l'appelante n'ayant pas réussi a établir qu'elle subirait un préjudice — La modification doit servir les intérêts de la justice — L'ajout de ces factures était une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui servait les intérêts de la justice et ne causait pas de préjudice à l'autre partie.

Appel d'une décision de la Section de première instance portant que l'appelante, Bering Trawlers Ltd., était propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain, et que l'intimée avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire. L'intimée Richardson International, Ltd. est constituée sous le régime des lois de l'État de Washington et exploite une entreprise dont les activités consistent à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale. Au fur et à mesure que son entreprise prenait de l'expansion, elle a commencé à étudier la possibilité d'établir des relations commerciales avec les pêcheurs russes. À la fin de l'année 1994, Lynn Richardson, présidente-directrice générale de Richardson, a été présentée au directeur général de Starodubskoe, société constituée en vertu des lois russes, qui exploitait 15 bateaux de pêche, notamment le *Yuzhnie Kurily*, un navire-usine de traitement, et deux chalutiers, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*. Richardson a accepté de prêter jusqu'à concurrence de 4 000 000 \$US à Starodubskoe aux fins de la remise en état du *Yuzhnie Kurily*. Cette entente a été consignée dans un ensemble de contrats (l'entente de garantie globale) comprenant une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*, un billet, un contrat de commercialisation et un addenda joint à chacun de ces documents. Les dépenses engagées par Richardson au bénéfice de Starodubskoe ont donné lieu au privilège maritime en cause. En septembre 1996, Starodubskoe a signé une reconnaissance de «dette globale» en faveur de Richardson, d'un montant de 1 828 728,40 \$US, mais ce montant n'a jamais été remboursé. À la suite de la saisie du *Mys Chikhacheva*, Richardson a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe, mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement. Le juge Dubé, siégeant en première instance, a conclu que Bering était le propriétaire du *Mys Chikhacheva*, mais que le privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires détenu par Richardson, d'un montant de 336 969,84 \$US, était néanmoins valide compte tenu du fait que Starodubskoe était un affréteur coque nue de ce navire. Il s'agissait 1) de déterminer le droit applicable au contrat, 2) de décider si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l'égard du *Mys Chikhacheva*, 3) de décider si les frais se rapportant aux provisions et services fournis pouvaient être déduits de la valeur des transbordements de poisson et 4) d'établir le calcul du montant total du privilège.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) Richardson alleged that the proper law of the contract was American, but the burden remained on it to show that American law applied. A trial judge's determination of the proper law of a contract will be granted a high level of curial deference, being analogous to a finding of fact. In order to determine the proper law of a contract, the Court must determine the system of law that has the closest and most real connection to the contract. The Trial Division Judge held that there was an express choice of American law in clause 27 of the mortgage agreement. In so doing, he properly considered the totality of the contractual relationship between Richardson and Starodubskoe. The addendum to the marketing contract granted a security in favour of Richardson over all production from the three vessels until the refit loan was fully repaid. Dubé J. was correct in having recourse to the full factual matrix behind the relationship between Richardson and Starodubskoe. Since the marketing contract contained no express choice of law, it was necessary to determine the system of law that has the closest and most substantial connection to the marketing contract. The most compelling of all factors is the presence of the arbitration clause in the marketing contract. This clause is indicative of the parties' implied intention to have American law apply. Though not determinative, the arbitration clause is highly persuasive. Even if the contract was executed in Russia and performance was to occur, at least partly, in Russia, the proper law was, by implication, American.

(2) The Trial Judge concluded that there had been no waiver of the maritime lien for necessities on the part of Richardson. The failure by Richardson to take a mortgage over the *Mys Chikhacheva* did not defeat a maritime lien, unless the lien was expressly waived in the relevant contract. Considering that the maritime lien rights of Richardson were preserved, even against the mortgaged vessel *Yuzhnie Kurily*, *a fortiori*, Richardson must not have waived the right to place liens over unmortgaged ships like the *Mys Chikhacheva*. Dubé J. was correct in holding that no waiver had occurred, given the strong presumption against such waiver under American law.

(3) It was said that Richardson was under a contractual duty to deduct the cost of any supplies and services provided to Starodubskoe from the value of fish shipped from the latter to Richardson. The set-off provisions could

Arrêt: l'appel est rejeté.

1) Richardson a fait valoir que le droit applicable au contrat était le droit américain, mais il lui incombait de prouver que ce droit s'appliquait. La conclusion tirée par le juge de première instance quant au droit applicable au contrat doit, à l'instar d'une conclusion de fait, faire l'objet d'un degré élevé de retenue judiciaire. Pour établir le droit applicable au contrat, le tribunal détermine le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important. Le juge de première instance a conclu que les parties avaient effectivement désigné le droit américain de façon expresse à la clause 27 de l'hypothèque. Il a ainsi tenu compte à bon droit de l'ensemble de la relation contractuelle existant entre Richardson et Starodubskoe. L'addenda au contrat de commercialisation accordait une garantie à Richardson sur toute la production des trois navires jusqu'au remboursement complet du prêt de remise en état. Le juge Dubé a eu raison de se fonder sur l'ensemble du contexte factuel dans lequel s'est inscrite la relation entre Richardson et Starodubskoe. Comme le contrat de commercialisation ne contenait aucun choix exprès quant au droit applicable, il fallait déterminer le système de droit avec lequel il a son lien le plus étroit et le plus important. Le facteur le plus convaincant tient à la présence de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation. Cette clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la clause d'arbitrage est très convaincante. Même si le contrat a été conclu en Russie et que son exécution devait avoir lieu, au moins en partie, en Russie, le droit applicable était, implicitement, le droit américain.

2) Le juge de première instance a conclu que Richardson n'avait pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Le fait de ne pas avoir grevé le *Mys Chikhacheva* d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question. Comme les droits à un privilège maritime de Richardson sont préservés, même en ce qui concerne le navire hypothéqué *Yuzhnie Kurily*, à plus forte raison, Richardson ne doit pas avoir renoncé au droit de grever d'un privilège les navires non hypothéqués comme le *Mys Chikhacheva*. Le juge Dubé a eu raison de conclure qu'aucune renonciation n'était intervenue, compte tenu de la forte présomption qui existe à l'encontre d'une telle renonciation en droit américain.

3) On a affirmé que Richardson avait une obligation contractuelle de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis à Starodubskoe de la valeur des transbordements de poisson effectués par Starodubskoe

not, however, become operative until an amount was actually "due" to Starodubskoe, a situation which could not arise until it had met its obligations under the addendum, and repaid the entire loan amount. The operation of the set-off clauses was subordinate to the language in the addendum to the marketing contract. The lien for necessities ranked first in priority and the set-off provisions of the marketing contract do not take priority over Richardson's lien in terms of allocation of funds as between debts. Given the addendum to the marketing contract and the Trial Judge's finding that American maritime law precludes the application of the set-off provisions, the appellant's argument on the set-off issue must fail.

(4) Under rule 75 of the *Federal Court Rules, 1998*, the Court may allow a party to amend a document on such terms as will protect the rights of all parties. In this case, Richardson sought to amend its maritime lien claim at the last possible stage of the action, that is, just prior to its closing argument. The Trial Judge allowed the amendment under subsection 75(1) as the appellant was unable to demonstrate prejudice. An amendment should be allowed at any stage of an action if it serves the interests of justice. The addition of invoices was a numerical alteration to the lien amount, a type of amendment expressly authorized by this Court in *Meyer v. Canada*, on the basis that such amendments were in the interests of justice and could not act to prejudice the opposing party in a meaningful way. The Trial Judge's decision gave sufficient weight to all relevant circumstances; it was discretionary in nature and, in the absence of a clear error of law, was therefore entitled to significant deference.

en faveur de Richardson. La compensation ne peut s'opérer tant qu'un montant n'est pas vraiment «dû» à Starodubskoe, situation qui ne peut se présenter que lorsque celle-ci a rempli ses obligations en vertu de l'addenda et remboursé le prêt en totalité. L'application des clauses de compensation était assujettie à la formulation utilisée dans l'addenda au contrat de commercialisation. Le privilège se rapportant aux approvisionnements nécessaires se classait au premier rang, et les clauses de compensation contenues dans le contrat de commercialisation ne font pas en sorte d'accorder un premier rang devant le privilège de Richardson en termes d'allocation des montants, comme c'est le cas entre plusieurs dettes. Compte tenu de l'addenda au contrat de commercialisation et de la conclusion du juge de première instance que le droit maritime américain empêche l'application des clauses de compensation, l'argument de l'appelante sur la question de la compensation doit être rejeté.

4) En vertu de la règle 75 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la Cour peut autoriser une partie à modifier un document si ces modifications sont faites à des conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties. En l'espèce, Richardson a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l'action, soit juste avant de présenter ses conclusions finales. Le juge de première instance a accueilli la requête en modification en vertu du paragraphe 75(1), l'appelante n'ayant pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice. Une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action si elle sert les intérêts de la justice. L'ajout de ces factures était une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui a été expressément autorisée par la présente Cour dans *Meyer c. Canada*, au motif que de telles modifications servent les intérêts de la justice et ne peuvent avoir pour effet de causer un préjudice significatif à l'autre partie. La décision du juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes; elle était de nature discrétionnaire et, en l'absence d'une erreur de droit manifeste, on doit donc faire preuve d'une grande retenue à son égard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 75.
Ship Mortgage Act, 1920, 46 U.S.C. § 31301(4) (1944).
UNCITRAL Arbitration Rules. UN GAOR, December 15, 1976, R. 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The) (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Tomkinson v. First*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI. Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976, règle 33.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 75.
Ship Mortgage Act, 1920, 46 U.S.C. § 31301(4) (1944).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le) (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.); *Tomkinson v. First*

Pennsylvania Banking and Trust Co., [1961] A.C. 1007 (H.L.); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.).

CONSIDERED:

Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc., [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182. (C.A.).

REFERRED TO:

Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The), [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEAL from a Trial Division decision ([2001] 3 F.C. 41; (2001), 200 F.T.R. 76) that the appellant, Bering Trawlers Ltd., owned the vessel *Mys Chikhacheva*, that the proper law of the contract governing the provision of necessities was American law, and that the respondent, Richardson International, Ltd. was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Peter G. Bernard, Q.C., and *Andrew Mayer* for appellant.
David F. McEwen and *Gregory G. Blue* for respondent.

Pennsylvania Banking and Trust Co., [1961] A.C. 1007 (H.L.); *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L.); *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Cie pétrolière impériale Ltée c. Petromar Inc., [2002] 3 C.F. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le), [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Fernandez c. «Mercury Bell» (Le)*, [1986] 3 C.F. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321; *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.); *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([2001] 3 C.F. 41; (2001), 200 F.T.R. 76) statuant que l'appelante, Bering Trawlers Ltd., était propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain et que l'intimée, Richardson International, Ltd., avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Peter G. Bernard, c.r., et *Andrew Mayer* pour l'appelante.
David F. McEwen et *Gregory G. Blue* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Campney & Murphy, Vancouver, for appellant.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MALONE J.A.: This is an appeal from a judgment of Dubé J. (the Trial Judge) dated February 2, 2001 [[2001] 3 F.C. 41], as amended on February 20, 2001. Richardson International, Ltd. (Richardson) arrested the vessel *Mys Chikhacheva* owned by Bering Trawlers Ltd. (Bering), at Nanaimo, British Columbia on October 13, 1998 by virtue of a warrant arising from a maritime lien for necessaries. The Trial Judge held that Bering owned the vessel, that the proper law of the contract governing the provision of necessaries was American law, and that Richardson was entitled to a maritime lien and judgment against the vessel.

[2] A maritime lien has been defined as a secured right peculiar to maritime law. It is a privilege against a vessel which attaches and gains priority without any court action or any deed or any registration. It passes with the vessel when the vessel is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather, it fulfils the concept of a "privilege" under the civil law and the *lex mercatoria* (see Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. (Montréal: International Shipping Publications, 1998), at pages 59-60).

[3] Maritime liens for necessaries are not recognized under Canadian law (see *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.)), but are provided for in American maritime law. Generally speaking, a lien for necessaries will arise where a supplier has, on the order of the owner

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Campney & Murphy, Vancouver, pour l'appelante.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE MALONE, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'un jugement rendu par le juge Dubé (le juge de première instance) le 2 février 2001 [[2001] 3 C.F. 41], tel qu'il a été modifié le 20 février 2001. Richardson International, Ltd. (Richardson) a saisi le navire *Mys Chikhacheva*, propriété de Bering Trawlers Ltd. (Bering), à Nanaimo (Colombie-Britannique) le 13 octobre 1998, en vertu d'un mandat découlant d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Le juge de première instance a statué que Bering était le propriétaire du navire, que le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires était le droit américain, et que Richardson avait droit à un privilège maritime et à un jugement contre le navire.

[2] Le privilège maritime a été défini comme étant un droit garanti propre au droit maritime. Il s'agit d'un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu'une mesure judiciaire, la constitution d'un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire, qui ne connaît peut-être pas l'existence du privilège. En ce sens, le privilège maritime est un privilège secret qui n'a pas d'équivalent en common law; il correspond davantage à la notion de «priorité» du droit civil et de la *lex mercatoria* (voir Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. (Montréal: International Shipping Publications, 1998), aux pages 59 à 60).

[3] Les privilèges maritimes se rapportant aux approvisionnements nécessaires ne sont pas reconnus en droit canadien (voir *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.)), mais ils existent en droit maritime américain. De façon générale, un privilège sur les approvisionnements

or person authorized by the owner, provided an item to a vessel which is reasonably necessary for the vessel to perform its business. Such items explicitly include repairs, supplies, towage, and use of a dry dock or marine railway: [*Ship Mortgage Act, 1920*] 46 U.S.C. § 31301(4) (1994). The list has been extended by case law to include those items reasonably needed in the ship's business.

FACTS

[4] A detailed understanding of the facts as determined by the Trial Judge is essential in order to dispose of this appeal.

[5] Richardson is a corporation incorporated under the laws of the State of Washington, one of the United States of America, and carries on the business of purchasing and marketing fish products on a worldwide basis. As early as 1988-1989, Richardson began purchasing fish from the Polish fishing fleet operating in the Sea of Okhotsk. In 1989-1990, Lynn Richardson, the chief executive officer of Richardson, travelled to Moscow and Vladivostok to arrange logistical support for the Polish fishers. Later, Richardson began to have contacts with Russian fishing enterprises in the Far East, some of which were collective enterprises originally established in the Soviet period.

[6] As its business expanded, Richardson began to explore commercial activities with Russian fishers, hoping to find a Russian fishing enterprise with a processing vessel capable of producing a sufficient quantity and quality of fish product to meet its standards. In exchange for marketing rights to fish products, Richardson intended to provide the eventual Russian fishing collective with management services or financing for vessel improvements and operations, or both.

nécessaires prend naissance lorsqu'un fournisseur, sur l'ordre du propriétaire ou d'une personne autorisée par celui-ci, fournit à un navire un bien ou un service raisonnablement nécessaire à son bon fonctionnement. Ces biens et services comprennent explicitement les réparations, les provisions fournies, le remorquage et l'accès à une cale sèche ou à un slip de carénage: [*Ship Mortgage Act, 1920*] 46 U.S.C. § 31301(4) (1994). À cette liste la jurisprudence a ajouté tous les biens et services raisonnablement nécessaires au bon fonctionnement du navire.

LES FAITS

[4] Afin de trancher le présent appel, il est essentiel de comprendre en détail les faits tels qu'ils ont été établis par le juge de première instance.

[5] Société constituée sous le régime des lois de l'État de Washington, l'un des États-Unis d'Amérique, Richardson exploite une entreprise dont les activités consistent à acheter et à commercialiser des produits du poisson à l'échelle mondiale. Dès 1988-1989, Richardson a commencé à acheter du poisson de la flotte de pêche polonaise naviguant dans la mer d'Okhotsk. En 1989-1990, Lynn Richardson, présidente-directrice générale de Richardson, s'est rendue à Moscou et à Vladivostok pour mettre sur pied un soutien logistique aux pêcheurs polonais. Plus tard, Richardson a commencé à prendre des contacts avec des entreprises de pêche russes d'Extrême-Orient, dont certaines étaient des entreprises collectives initialement établies à l'époque soviétique.

[6] Au fur et à mesure que son entreprise prenait de l'expansion, Richardson a commencé à étudier la possibilité d'établir des relations commerciales avec les pêcheurs russes, espérant trouver une entreprise de pêche russe possédant un navire de traitement capable de produire des produits du poisson en quantité et en qualité suffisantes pour correspondre à ses normes. En échange des droits de commercialisation de ces produits, Richardson avait l'intention de fournir à cette entreprise des services de gestion ou de financement relativement à l'amélioration ou à l'exploitation du navire, ou les deux.

[7] Bering is the owner of the ship *Mys Chikhacheva*, which is the subject of these proceedings, and itself is owned by the Sakhalin Union of Fishing Collectives (the Union). The Union has some 10,000 members, including ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe), a corporation formed under the laws of Russia, and also owns a number of organizations including Bering. The Union carries on general marketing activities, and provides technical advice on the operations of vessels, as well as legal services and government relations.

[8] In late 1994, Ms. Richardson was introduced to V. Moukhin, the general director of Starodubskoe which operated 15 fishing vessels, including the *Yuzhnie Kurily*, a factory processing vessel, and two trawlers, the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo*. In January 1995, Ms. Richardson again went to Russia and was shown certificates of ownership for the three vessels indicating that they were all owned by Kotovsky, Starodubskoe's corporate predecessor. Mr. Moukhin provided Ms. Richardson with a copy of an official document relating to the change of name from Kotovsky to Starodubskoe and an English translation.

[9] Richardson agreed to lend up to US\$4,000,000 to Starodubskoe (the refit loan) for the purpose of refitting the *Yuzhnie Kurily* so that this vessel could process fish products which met both North American and Western European standards. Richardson was to have the exclusive right to market the products of the three vessels until the debt for the conversion of the *Yuzhnie Kurily* was repaid, and thereafter until the arrangement was terminated by one of the parties. This arrangement was reflected in a group of documents (the security package) executed in English and Russian in October 1995, consisting of a mortgage on the *Yuzhnie Kurily*, a promissory note, a marketing agreement (the marketing contract), and addenda to each of these documents.

[10] Richardson did not intend to profit from the loan in isolation from its other transactions with

[7] Bering est propriétaire du navire *Mys Chikhacheva*, objet du présent litige, et appartient elle-même au Syndicat des coopératives de pêche de Sakhaline (le syndicat). Le syndicat compte environ 10 000 membres, dont ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe), société constituée en vertu des lois russes, et englobe également plusieurs organisations, dont Bering. Le syndicat exerce des activités générales de commercialisation, fournit des conseils techniques au sujet du fonctionnement des navires ainsi que des conseils juridiques et assure la liaison avec l'État.

[8] À la fin de l'année 1994, M^{me} Richardson a été présentée à V. Moukhin, directeur général de Starodubskoe, qui exploitait 15 bateaux de pêche, notamment le *Yuzhnie Kurily*, un navire-usine de traitement, et deux chalutiers, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*. En janvier 1995, M^{me} Richardson est retournée en Russie et on lui a montré les certificats de propriété des trois navires indiquant que ceux-ci appartenaient tous à Kotovsky, nom sous lequel Starodubskoe était autrefois connue. M. Moukhin a remis à M^{me} Richardson une copie d'un document officiel faisant état du changement de nom de Kotovsky à Starodubskoe, ainsi qu'une traduction anglaise.

[9] Richardson a accepté de prêter jusqu'à concurrence de 4 000 000 \$US à Starodubskoe (le prêt de remise en état) aux fins de la remise en état du *Yuzhnie Kurily* pour que ce navire puisse traiter les produits du poisson conformément aux normes tant de l'Amérique du Nord que de l'Europe de l'Ouest. Richardson devait détenir le droit exclusif de commercialiser les produits des trois navires tant que la dette relative à la transformation du *Yuzhnie Kurily* n'était pas remboursée et, par la suite, tant que l'entente n'était pas résiliée par l'une ou l'autre partie. Cette entente a été consignée dans un ensemble de contrats (l'entente de garantie globale) rédigés en anglais et en russe en octobre 1995, comprenant une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*, un billet, un contrat de commercialisation et un addenda joint à chacun de ces documents.

[10] Richardson n'avait pas l'intention de tirer profit du prêt séparément de ses autres transactions

Starodubskoe. Richardson borrowed funds from the U.S. Bank of Washington at 1.5% over the prime rate, and in turn lent those funds at the same rate to Starodubskoe. The promissory note stipulated that all payments under the mortgage and promissory note were to be made in United States currency at Richardson's civic address in Bellevue, Washington.

[11] The documents comprising the security package were originally drawn by Richardson's American lawyers, but were amended by non-legal personnel of Starodubskoe and Richardson during the give and take of their negotiations. Key to the issue of the existence of a maritime lien in this appeal are certain provisions in the security package documents. For example:

a. A mortgage of the *Yuzhnie Kurily* granted to Richardson by Starodubskoe (the mortgage), the relevant portions of which read as follows:

RECITALS

...

B. The Loan Agreement. The Mortgagee [Richardson] has agreed to make a loan to the Owner [Starodubskoe] in an amount not to exceed [US\$4,000,000.00] (the "Loan"), which is evidenced by a promissory note of even date herewith (the "Note"). The Loan may be advanced in one or more installments, may be subject to repayment and subsequent relending, and may be less than the above-indicated amount, but in all cases the Loan shall be evidenced by the Note.

C. Purpose of the Mortgage. The purpose of this Mortgage is to secure the Mortgagee's interest under the Note and in respect of the Loan. . . .

COVENANTS, TERMS, AND CONDITIONS

1. Promise to Comply. The Owner shall pay the indebtedness evidenced by the Note, the Loan and this Mortgage with interest and shall observe, perform, and comply with each and every one of the covenants, terms, and conditions in the Note and this Mortgage, express or implied. The Note is incorporated herein by reference. In the event of any conflict or inconsistency between the terms of this Mortgage and the terms of the Note, the terms of the Note shall control.

avec Starodubskoe. Richardson a emprunté des fonds au taux préférentiel de la U.S. Bank of Washington majoré de 1,5 %, puis a prêté ces fonds à Starodubskoe au même taux. Le billet stipulait que toutes les sommes à payer en vertu de l'hypothèque et du billet devaient l'être en argent américain à l'adresse de Richardson, à Bellevue (Washington).

[11] Les contrats constituant l'entente de garantie globale ont d'abord été rédigés par les avocats américains de Richardson, mais ont ensuite été modifiés par le personnel non juriste de Starodubskoe et Richardson au fil des concessions mutuelles faites dans le cadre de leurs négociations. La réponse à la question de savoir s'il existe un privilège maritime dans le présent appel se trouve dans certaines dispositions de ces contrats. Par exemple:

a. Une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily* consentie à Richardson par Starodubskoe (l'hypothèque), dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit:

[TRADUCTION]

PRÉAMBULE

[. . .]

B. Prêt. Le créancier hypothécaire [Richardson] consent au propriétaire [Starodubskoe] un prêt jusqu'à concurrence de [4 000 000 \$US] (le prêt), lequel est constaté par un billet en date de ce jour (le billet). Le prêt pourra être décaissé au moyen d'une ou de plusieurs avances, pourra faire l'objet d'un remboursement et d'un décaissement subséquent, et pourra être d'un montant inférieur à celui indiqué ci-dessus, mais, dans tous les cas, le prêt sera constaté par le billet.

C. But de l'hypothèque. La présente hypothèque a pour but de garantir les intérêts du créancier hypothécaire en vertu du billet et à l'égard du prêt [. . .]

ENGAGEMENTS, TERMES ET CONDITIONS

1. Promesse de se conformer. Le propriétaire s'engage à payer la dette constatée par le billet, le prêt et la présente hypothèque, en capital et intérêt, et s'engage à observer, exécuter et se conformer à tous les engagements, termes et conditions, exprès ou implicites, stipulés dans le billet et dans la présente hypothèque. Le billet est incorporé à la présente hypothèque par renvoi. En cas de conflit ou de divergence entre la présente hypothèque et le billet, les termes du billet prévaudront.

...

4. Perfection of Mortgage. The Owner [Starodubskoe] shall comply with and satisfy at its cost all the provisions of the laws of Russia in order to establish, perfect, and maintain this Mortgage as a first preferred mortgage on the Vessel and on all additions, improvements, and replacements made in or to it.

...

5.3 Vessel Registration. The Vessel is and shall remain registered or documented under the laws of Russia. Owner represents and warrants that the Vessel is not presently registered or documented in any other jurisdiction. The Owner shall maintain the Vessel's documents under the laws of Russia and comply with all the provisions of the laws of Russia for operation in the Russian fisheries.

14. Recording of Instruments; Other Security. . . . This Mortgage shall not prevent Mortgagee from asserting any maritime lien rights it may otherwise have in respect of the Vessel as a result of payments it makes to the shipyard undertaking work on the Vessel and shall not otherwise displace or otherwise effect [*sic*] such lien rights, even if the sums which give rise to such maritime lien rights are also the subject of this mortgage.

...

19.2. Foreclosure. The Mortgagee may exercise all the rights and remedies of foreclosure and otherwise given to mortgagees by the laws of Russia, and by the laws of other jurisdictions, to the extent necessary and desirable.

...

19.6. Remedies Under Law. The Mortgagee may exercise any and all remedies available to the Mortgagee under the laws of the Russian Federation, and the Uniform Commercial Code of the State of Washington and other laws of United States.

...

27. Governing Law. To the extent not governed by the laws of Russia, the Mortgage shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of the State of Washington. The Owner irrevocably submits to the nonexclusive jurisdiction of the state and federal courts situated in King County, Washington in any proceeding relating to this Mortgage and agree that any process or summons in any such action may be served by mailing to Owner a copy thereof. As used in this Section 27, "the laws

[. . .]

4. Perfection de l'hypothèque. Le propriétaire [Starodubskoe] s'engage à se conformer et à respecter, à ses frais, toutes les dispositions des lois russes afin d'établir, de parfaire, et de maintenir la présente hypothèque de premier rang sur le navire et sur tous les ajouts, améliorations et remplacements s'y rapportant.

[. . .]

5.3 Immatriculation du navire. Le navire est et demeurera immatriculé ou inscrit en vertu des lois de la Russie. Le propriétaire déclare et garantit que le navire n'est pas présentement immatriculé ou inscrit dans un autre pays. Le propriétaire s'engage à maintenir l'immatriculation du navire en vertu des lois russes et à se conformer à toutes les dispositions de ces lois relatives à l'exploitation d'une entreprise dans le domaine de la pêche russe.

14. Enregistrement d'actes; autre garantie [. . .] La présente hypothèque n'aura pas pour effet d'empêcher le créancier hypothécaire de faire valoir les droits à un privilège maritime dont il pourrait autrement disposer à l'égard du navire par suite des paiements faits au chantier maritime pour des travaux effectués sur le navire, et n'aura pas non plus pour effet de supplanter ou d'autrement affecter lesdits droits, et ce, même si les montants qui sont à l'origine de ces droits sont également visés par la présente hypothèque.

[. . .]

19.2. Forclusion. Le créancier hypothécaire pourra exercer tous les droits et recours de la forclusion, de même que ceux qui appartiennent autrement aux créanciers hypothécaires en vertu des lois de la Russie, et des lois d'autres pays, dans la mesure où cela est nécessaire et souhaitable.

[. . .]

19.6. Recours en vertu de la loi. Le créancier hypothécaire pourra exercer tous et chacun des recours dont il dispose en vertu des lois de la Fédération de Russie, du Code commercial uniforme de l'État de Washington et des autres lois des États-Unis.

[. . .]

27. Droit applicable. Dans la mesure où elle n'est pas régie par les lois russes, l'hypothèque est à tous les égards régie par les lois de l'État de Washington et est interprétée conformément à ces lois. Le propriétaire s'en remet d'une façon irrévocable à la compétence non exclusive des tribunaux de l'État et des tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute instance relative à cette hypothèque et convient que toute procédure ou assignation dans pareille action peut être signifiée en lui

of the State of Washington" include all laws of the State of Washington except the conflicts of laws principles, it being the intent that the substantive laws of Washington shall always apply.

b. A promissory note from Starodubskoe to Richardson, incorporated by reference in the mortgage, the last paragraph of which reads as follows:

The provisions of the Marketing Agreement that concern dispute resolution, including, without limitation, arbitration and the exceptions thereto, and governing law are incorporated by this reference.

c. The marketing contract made in favour of Richardson, in which the arbitration clause reads as follows:

IX. ARBITRATION

Any dispute which might arise from or in relation to this contract, if not settled by negotiations, shall be settled by arbitration in accordance with UNCITRAL arbitration rules presently in force.

Place of arbitration shall be Seattle, Washington USA, the appointing authority shall be the President of Chamber of Commerce in Seattle. The number of arbitrators shall be three (3) and the language used for all documents and proceedings shall be English. Parties desire to execute the award of arbitration voluntarily. Court of arbitration shall base its award on the respective contract.

[12] The refit of the *Yuzhnie Kurily* was completed in Korea in February 1996 at a cost of over US\$2.9 million, and was paid with advances from Richardson under the refit loan. When the three vessels began fishing in the Sea of Okhotsk in early 1996, Starodubskoe orally requested that Richardson supply fuel and provisions and Richardson agreed. Amounts paid out by Richardson for these supplies were added to the indebtedness under the mortgage, as were amounts paid by Richardson pursuant to the marketing contract for the costs of fish processing machine technicians (Baader Technicians) required for the vessels. These expenditures made by Richardson for the benefit of Starodubskoe ultimately

envoyant une copie par la poste. Telle qu'elle est employée au présent article 27, l'expression «les lois de l'État de Washington» s'entend de toutes les lois de l'État de Washington à l'exception des principes régissant les conflits de lois, l'intention étant que les règles juridiques de fond de l'État de Washington s'appliquent dans tous les cas.

b. Un billet souscrit par Starodubskoe à Richardson, incorporé à l'hypothèque par renvoi, dont le dernier paragraphe se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les dispositions du contrat de commercialisation se rapportant au règlement de litiges, notamment celle relative à l'arbitrage et à ses exceptions, de même qu'au droit applicable, sont incorporés par le présent renvoi.

c. Le contrat de commercialisation en faveur de Richardson, où l'on retrouve la clause d'arbitrage suivante:

[TRADUCTION]

IX. ARBITRAGE

Tout litige fondé sur le présent contrat ou se rapportant au présent contrat, s'il n'est pas réglé au moyen de négociations, doit l'être par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

L'arbitrage aura lieu à Seattle, dans l'État de Washington (É-U); le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres. Trois (3) arbitres seront désignés et l'anglais sera utilisé dans tous les documents et dans toutes les procédures. Les parties souhaitent exécuter la décision arbitrale à l'amiable. Le tribunal d'arbitrage fondera sa décision sur le contrat en cause.

[12] La remise en état du *Yuzhnie Kurily* a été achevée en Corée au mois de février 1996 à un coût de plus de 2,9 millions de dollars américains, et a été payée au moyen des avances faites par Richardson en vertu du prêt de remise en état. Lorsque les trois navires ont entrepris leurs activités de pêche dans la mer d'Okhotsk au début de l'année 1996, Starodubskoe a demandé verbalement à Richardson de fournir du mazout et des provisions et Richardson a accepté. Les montants payés par Richardson pour ces fournitures ont été ajoutés au montant de la dette garantie par l'hypothèque, comme l'ont été les montants payés par Richardson en application du contrat de commercialisation pour les frais concernant

gave rise to the maritime lien at issue in this appeal.

[13] While Richardson was supplying the three vessels in the early spring of 1996, Starodubskoe was selling the product from the vessels to third parties in violation of the marketing contract, specifically the provisions of the addendum to that contract, which provided for the assignment of all product of the ship to Richardson as security for the refit loan. Richardson protested the breaches of the marketing contract but further transshipments nonetheless continued to third parties as well as to Richardson. Finally, Starodubskoe sent a fax in May 1996 purporting to terminate its relationship with Richardson.

[14] On September 6, 1996, Starodubskoe signed an acknowledgment of "global indebtedness" to Richardson in the amount of US\$1,828,728.40, but it was never paid. Richardson and Starodubskoe both eventually entered forms of bankruptcy in their respective countries. In October 1997, Starodubskoe's arbitration manager, a form of trustee, confirmed in a written acknowledgment that the debt to Richardson then stood at US\$2,206,344, but nothing was paid to Richardson by or on behalf of Starodubskoe. Included in the total accounts that Richardson rendered to Starodubskoe were accounts in respect of the vessel *Mys Chikhacheva* for the following amounts:

a. Invoices for fuel supplied to the vessel in a total amount of:	\$247,017.15
b. Reimbursement to [Richardson] for the cost of Baader Technicians including travel expenses:	\$28,916.74
c. Invoices for provisions supplied to the vessels:	\$17,510.02
d. In respect of commissions on account of product transhipped from the <i>Mys Chikhacheva</i> :	\$29,678.41
TOTAL	\$323,122.32

les techniciens chargés de l'entretien des appareils de traitement du poisson (les techniciens de Baader) nécessaires aux navires. Ces dépenses engagées par Richardson au bénéfice de Starodubskoe ont finalement donné lieu au privilège maritime en cause dans le présent appel.

[13] Au moment où Richardson fournissait les provisions aux trois navires, soit au début du printemps 1996, Starodubskoe vendait la production des navires à des tiers en violation du contrat de commercialisation, plus particulièrement des dispositions de l'addenda à ce contrat, qui prévoyait une cession de toute la production du navire à Richardson en garantie du prêt de remise en état. Richardson a protesté contre ces violations du contrat de commercialisation, mais d'autres transbordements en faveur de tiers et de Richardson ont tout de même été effectués. Finalement, au mois de mai 1996, Starodubskoe a envoyé une télécopie afin de mettre fin à sa relation avec Richardson.

[14] Le 6 septembre 1996, Starodubskoe a signé une reconnaissance de «dette globale» en faveur de Richardson, d'un montant de 1 828 728,40 \$US, mais ce montant n'a jamais été remboursé. Par la suite, Richardson et Starodubskoe ont toutes deux enregistré une faillite dans leur pays respectif. En octobre 1997, l'arbitre chargé de la faillite (sorte de syndic) de Starodubskoe a confirmé que la dette de cette dernière envers Richardson s'élevait à 2 206 344 \$US, mais aucune somme n'a été versée à Richardson par Starodubskoe ou en son nom. La réclamation totale présentée par Richardson à Starodubskoe concernant le navire *Mys Chikhacheva* comprenait les montants suivants:

a. Comptes se rapportant au mazout fourni au navire d'un montant de:	247 017,15 \$
b. Remboursement à [Richardson] des frais concernant les techniciens de Baader, y compris les frais de déplacement:	28 916,74 \$
c. Comptes se rapportant aux provisions fournies au navire:	17 510,02 \$
d. Commissions relatives au produit transbordé du <i>Mys Chikhacheva</i> :	29 678,41 \$
TOTAL	323 122,32 \$

[15] Following the arrest of the *Mys Chikhacheva*, Richardson obtained a default judgment against Starodubskoe in the U.S. District Court at Seattle, Washington but was unable to recover on the judgment. The evidence disclosed that Starodubskoe was the bareboat charterer of the *Mys Chikhacheva* from Bering, the real owner of the vessel. Richardson learned of Bering for the first time at the commencement of its action, and had no prior notice of Bering's existence or its ownership of the *Mys Chikhacheva*.

[16] At trial, Richardson abandoned the component of its maritime lien claim for commissions in the amount of US\$29,678.41. However, Dubé J. allowed Richardson's application, made during final submissions, to amend its pleadings to include a new claim for port expenses in the amount of US\$43,525.93 for a total claim of US\$336,969.84.

[17] Based on expert evidence provided by Richardson, the Trial Judge found that Bering was the owner of the *Mys Chikhacheva*, but that Richardson's maritime lien for necessities was nonetheless valid in the amount of US\$336,969.84, based on the fact that Starodubskoe was a bareboat charterer of the *Mys Chikhacheva*. The issues on this appeal now include the proper law of the contract for the provision of necessities, whether a maritime lien exists, as well as questions of waiver, set-off, and the calculation of the total amount of the lien.

ISSUES

[18] The appellant raises four types of errors on the part of the Trial Judge:

a. Errors relating to determination of the proper law of the contract;

[15] À la suite de la saisie du *Mys Chikhacheva*, Richardson a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe devant la Cour américaine de district, à Seattle (Washington), mais n'a pu recouvrer le montant accordé par jugement. La preuve a révélé que Starodubskoe était le bénéficiaire d'un affrètement coque nue consenti par Bering, véritable propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Richardson a entendu parler de Bering pour la première fois au début de la présente action et n'était pas, jusque-là, au courant de son existence ou du fait que celle-ci était propriétaire du *Mys Chikhacheva*.

[16] À l'instruction, Richardson a renoncé à l'élément de sa réclamation se rapportant aux commissions, d'un montant de 29 678,41 \$US. Cependant, le juge Dubé a accueilli la demande de Richardson, faite lors de ses observations finales, visant à modifier sa déclaration pour y inclure une nouvelle réclamation se rapportant à des frais de mouillage d'un montant de 43 525,93 \$US, portant ainsi le montant total de sa réclamation à 336 969,84 \$US.

[17] Se fondant sur la preuve d'expert présentée par Richardson, le juge de première instance a conclu que Bering était le propriétaire du *Mys Chikhacheva*, mais que le privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires détenu par Richardson, d'un montant de 336 969,84 \$US, était néanmoins valide compte tenu du fait que Starodubskoe était un affréteur coque nue du *Mys Chikhacheva*. Il s'agit donc, dans le présent appel, de déterminer le droit applicable au contrat en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires, de décider si un privilège maritime existe, et de régler les questions de renonciation, de compensation et de calcul du montant du privilège.

QUESTIONS EN LITIGE

[18] L'appelante relève quatre types d'erreurs commises par le juge de première instance:

a. Erreurs dans la détermination du droit applicable au contrat;

b. Errors relating to determination of whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*;

c. Errors relating to requirements in the marketing contract that the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments; and

d. Errors relating to the amount awarded by the Trial Judge.

Issue 1: Errors related to determination of the proper law of the contract

[19] In its pleadings, Richardson alleged that the proper law of the contract was American, and produced an American legal expert, Russel R. Williams, to testify with respect to its laws of necessities and maritime liens. While Bering did not plead the applicability of Russian law or produce a Russian expert, the Trial Judge correctly noted that the burden remained on Richardson to show that American law applied. The parties agreed at trial, however, that if the Canadian choice of law rules were to be applied, those rules were established by this Court in *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.).

[20] Bering now asserts that the Trial Judge erred in law and fact in his conclusion that the proper law of the contract was American law. Bering argues that the proper law is that of Russia, but since it has not been proven, the applicable law is the law of Canada, applying *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454 (C.A.).

[21] In particular, Bering suggests that Dubé J. erred in so far as he relied on various clauses in the security package to find both an express and implied choice of American law as the proper law of the contract, and that American law had the closest and most substantial connection to the contract. Bering argues that, since Richardson has admitted in its

b. Erreurs dans la détermination de la question de savoir si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l'égard du *Mys Chikhacheva*;

c. Erreurs concernant l'obligation, en vertu du contrat de commercialisation, de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis de la valeur des transbordements de poisson; et

d. Erreurs dans le montant accordé par le juge de première instance.

Question 1: Erreurs dans la détermination du droit applicable au contrat

[19] Dans ses actes de procédure, Richardson a fait valoir que le droit applicable au contrat était le droit américain, et a cité comme témoin un expert en droit américain, Russel R. Williams, pour qu'il témoigne au sujet des lois de son pays relatives aux approvisionnements nécessaires et aux privilèges maritimes. Alors que Bering n'a pas plaidé que c'était la loi russe qui s'appliquait et n'a pas cité d'expert en droit russe, le juge de première instance a fait remarquer, à juste titre, qu'il incombait à Richardson de prouver que le droit américain s'appliquait. Les parties ont toutefois convenu à l'instruction que si les règles canadiennes régissant les conflits de lois devaient s'appliquer, ces règles avaient été établies par cette Cour dans *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)* (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.).

[20] Bering soutient maintenant que le juge de première instance a commis une erreur de droit et de fait en concluant que le droit applicable au contrat était le droit américain. Bering prétend que le droit applicable est le droit russe, mais puisque cela n'a pas été prouvé, le droit applicable est celui du Canada, en application du principe énoncé dans *Fernandez c. «Mercury Bell» (Le)*, [1986] 3 C.F. 454 (C.A.).

[21] Plus particulièrement, Bering affirme que le juge Dubé a commis une erreur en s'en remettant à diverses clauses de l'entente de garantie globale pour déceler la présence d'un choix tant exprès qu'implicite du droit américain en tant que droit applicable au contrat, et pour conclure que le droit américain était le système de droit avec lequel le

statement of claim that the necessities were provided under the terms of the marketing contract and addendum, only the terms of that contract are relevant. In Bering's view, the other documents, namely, the promissory note and the mortgage, were ancillary to the marketing contract. It follows from this assertion that all connecting factors arising from the mortgage and promissory note must be disregarded, and that the Trial Judge's reliance on the House of Lords decision in *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 pointing to the law of the lender is misplaced.

[22] Turning to the marketing contract, Bering notes that there is no explicit choice of law clause in that document, and, accordingly, this Court must apply the rule in *Federal Calumet, supra*, and determine, with reference to all the circumstances, which law has the closest and most substantial connection to the contract. In asserting that Russian law, not American law meets this test, Bering relies on Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 561. There, the author indicates that "[w]hen the place of contracting is the same as the place of performance, the court may find it practically impossible to apply any other law to the contract."

[23] In this case, Bering points to the nature and location of the subject matter, and the place and residence of the parties, which, in its view, indicates that Russian law is closest in connection to the contract. In particular, it stresses that:

- a. All contracts were negotiated and executed in Russia;
- b. The vessels harvested fish in waters off eastern Russia, in the Sea of Ohkotsk, which is surrounded on three sides by Russia;
- c. The vessels sailed under the Russian flag;
- d. The vessels were either owned or bareboat chartered by Russian corporations;

contrat avait son lien le plus étroit et le plus important. Bering prétend que, puisque Richardson a reconnu dans sa déclaration que les approvisionnements avaient été effectués en vertu du contrat de commercialisation et de son addenda, seuls les termes de ce contrat sont pertinents. Selon Bering, les autres contrats, soit le billet et l'hypothèque, n'étaient que des accessoires au contrat de commercialisation. Il s'ensuit que tous les facteurs de rattachement découlant de l'hypothèque et du billet doivent être écartés, et que le juge de première instance a eu tort de s'appuyer sur la décision rendue par la Chambre des lords dans *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007, tranchant en faveur du droit du prêteur.

[22] Quant au contrat de commercialisation, Bering signale qu'il ne contient aucun choix exprès du droit applicable, et que, par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans *Federal Calumet*, précité, et opter, compte tenu de toutes les circonstances, pour le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important. En affirmant que le droit russe, et non le droit américain, satisfait à ce critère, Bering invoque Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 561. À ce sujet, l'auteur indique que [TRADUCTION] «[l]orsque le lieu de conclusion du contrat est le même que son lieu d'exécution, la Cour peut difficilement appliquer un autre droit au contrat.»

[23] En l'espèce, Bering attire l'attention sur la nature et le lieu de l'objet du contrat, de même que sur l'établissement et la résidence des parties, qui, à son avis, démontrent que le système de droit russe est le plus étroitement lié au contrat. Plus particulièrement, elle souligne que:

- a. tous les contrats ont été négociés et conclus en Russie;
- b. les navires pêchaient le poisson au large de la côte est de la Russie, dans la mer d'Ohkotsk, entourée de la Russie sur trois côtés;
- c. les navires battaient pavillon russe;
- d. les navires étaient la propriété de sociétés russes ou affrétés coque nue par ces sociétés;

e. Fish transshipments were to take place either in or adjacent to Russian waters;

f. It is “implicit” that supplies and services would be likewise provided, and were in fact so provided;

g. The vessels were Russian and Polish in origin; and

h. Starodubskoe’s place of residence is Russia, and Richardson carried on business in Russia (though its head office was in Washington).

[24] Bering also argues that the Trial Judge placed too much weight on the arbitration clause in the marketing contract. That clause indicates that the *situs* of the arbitration is to be Washington, the appointing authority is the president of the Seattle Chamber of Commerce, the language of the arbitration is to be English, and the arbitration is to proceed under *UNCITRAL Arbitration Rules* [UN GAOR, December 15, 1976]. Bering refers specifically to Rule 33, which provides that the parties themselves must choose the proper law and that, should they fail to do so, the arbitral tribunal will apply the conflict of laws rules it deems applicable. Accordingly, since the parties did not explicitly choose the proper law, Bering submits that Russian law has the closest connection to the contract, and should apply.

[25] Finally, Bering also argues that the Trial Judge erred in considering parole evidence from Lynn Richardson as to the intention of the parties when the security package was executed. This evidence is said to be irrelevant and self-serving, and should not have been admitted.

[26] This Court in *Federal Calumet, supra*, indicated that a trial judge’s determination of the proper law of a contract will be granted high levels of curial deference, being analogous to a finding of fact. In that case, Marceau J.A. stated orally [at page 150]:

e. les transbordements de poisson devaient avoir lieu dans les eaux russes ou en des lieux adjacents;

f. il était «implicite» que les provisions et les services allaient être fournis de la même façon, et l’ont effectivement été;

g. les navires étaient d’origine russe ou polonaise; et

h. la résidence de Starodubskoe était située en Russie, et Richardson exploitait son entreprise en Russie (bien que son siège social soit situé à Washington).

[24] Bering prétend également que le juge de première instance a accordé trop d’importance à la clause d’arbitrage contenue dans le contrat de commercialisation. Cette clause prévoit que l’arbitrage aura lieu dans l’État de Washington, que le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres, que la langue utilisée sera l’anglais, et que l’Arbitrage se tiendra conformément au *Règlement d’arbitrage de la CNUDCI* [Doc. off. AG NU, 15 décembre 1976]. Bering cite expressément la règle 33, qui stipule que la loi applicable au litige est la loi désignée par les parties, et que, à défaut d’une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de conflit de lois qu’il juge applicables en l’espèce. Les parties n’ayant désigné aucune loi applicable de façon expresse, Bering soutient donc que le droit russe est le plus étroitement lié au contrat, et que c’est ce droit qui devrait s’appliquer.

[25] Enfin, Bering prétend que le juge de première instance a commis une erreur en admettant la preuve testimoniale de Lynn Richardson concernant l’intention des parties au moment de la conclusion de l’entente de garantie globale. Elle fait valoir que ce témoignage est non pertinent et intéressé, et qu’il n’aurait pas dû être admis en preuve.

[26] La Cour, dans *Federal Calumet, précité*, a affirmé que la conclusion tirée par le juge de première instance quant au droit applicable au contrat doit, à l’instar d’une conclusion de fait, faire l’objet d’un degré élevé de retenue judiciaire. Dans cet arrêt, le juge Marceau, J.C.A., a dit ce qui suit de vive voix [à la page 150]:

His finding must be seen, therefore, essentially as a finding of fact which should not be overturned on appeal, since it is based on an appreciation of the circumstances from which the legal system that was most closely connected to the transaction could be inferred.

[27] I also note, however, that in the very recent decision of this Court in *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.), Stone J.A. concluded that the determination of the proper law of a contract, in a case where the parties to the litigation have proceeded on an agreed statement of facts, was a question of mixed law and fact rather than one of fact *simpliciter*. In this case, it is not necessary to determine whether the question of the proper law is purely factual or a question of mixed law and fact, because, in my analysis, there is no basis under either characterization for interfering with the determination made by Dubé J.

[28] The parties agree, and are correct to say, that *Federal Calumet*, *supra*, mandates the proper process for determining the proper law of a contract. First, the Court must determine whether there is an express choice of law by the parties. If there is none, then the Court must determine whether the proper law can be inferred from the terms of the contract and the surrounding circumstances, an exercise that requires the Court to determine the system of law that has the closest and most real connection to the contract: see *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, at page 448, where Ritchie J. stated as follows:

. . . the problem of determining the proper law of a contract is to be solved by considering the contract as a whole in light of all the circumstances which surround it and applying the law with which it appears to have the closest and most substantial connection.

This approach was also approved in *Imperial Oil*, *supra*.

[29] Turning to the reasons of the learned Trial Judge, he held that there was, in fact, an express choice of American law in clause 27 of the mortgage agreement. That clause reads:

Il faut donc voir essentiellement dans sa conclusion une conclusion sur les faits qui ne peut être infirmée en appel, puisqu'elle découle d'une appréciation des circonstances d'où il est possible de déduire les règles de droit ayant le rapport le plus étroit avec l'acte commercial en cause.

[27] Cependant, je note également que dans une décision récente de la Cour dans *Cie pétrolière impériale Ltée c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., a conclu que la détermination du droit applicable au contrat, dans une affaire où les faits ont été admis par les parties au litige, équivalait à une question mixte de droit et de fait plutôt qu'à une simple question de fait *simpliciter*. Dans la présente affaire, il n'est pas utile de se demander si la question du droit applicable est simplement factuelle ou s'il s'agit plutôt d'une question mixte de droit et de fait puisque, selon mon analyse, il n'y a pas lieu, dans un cas comme dans l'autre, de modifier la conclusion tirée par le juge Dubé.

[28] Les parties s'entendent, à juste titre, pour dire que l'arrêt *Federal Calumet*, précité, indique bien la marche à suivre dans la détermination du droit applicable au contrat. Le tribunal doit d'abord se demander si les parties ont expressément désigné le droit applicable. En l'absence d'une telle désignation, le tribunal doit alors se demander si le droit applicable peut être inféré des termes du contrat et des circonstances l'entourant, exercice qui implique que le tribunal détermine le système de droit avec lequel le contrat a son lien le plus étroit et le plus important: voir *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, à la page 448, où le juge Ritchie s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] [. . .] pour déterminer la loi applicable à un contrat, il faut examiner celui-ci dans son ensemble à la lumière de toutes les circonstances qui l'entourent et appliquer le régime de droit avec lequel il semble avoir son lien le plus étroit et le plus important.

Cette approche a été approuvée dans *Cie pétrolière impériale*, précité.

[29] Le juge de première instance, pour sa part, a conclu que les parties avaient effectivement désigné le droit américain de façon expresse à la clause 27 de l'hypothèque, qui se lit comme suit:

27. Governing Law. To the extent not governed by the laws of Russia, the Mortgage shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of the State of Washington. The Owner irrevocably submits to the nonexclusive jurisdiction of the state and federal courts situated in King County, Washington in any proceeding relating to this Mortgage and agree that any process or summons in any such action may be served by mailing to Owner a copy thereof. As used in this Section 27, “the laws of the State of Washington” include all laws of the State of Washington except the conflicts of laws principles, it being the intent that the substantive laws of Washington shall always apply. [Emphasis added.]

Dubé J. reached that conclusion on the basis that the supply of necessities to the *Mys Chikhacheva* was carried out within a pre-existing commercial relationship arising from the security package. The question, then, is whether he properly considered the mortgage agreement at all.

[30] In my analysis, Dubé J. properly considered the totality of the contractual relationship between Richardson and Starodubskoe. Upon my review of the security package, it is clear that none of the documents provide comprehensively for the supply of necessities to the vessels. Instead, as Richardson suggests, the supply of necessities by Richardson to Starodubskoe appears to be a key element in ensuring the attainment of the goal behind the entirety of the security package, that is, the marketing of and profit from processed fish products. The marketing contract provides only for the provision of Baader technicians and for a set-off for “packaging, supplies and services,” and makes no specific mention of fuel or other provisions.

[31] The addendum to the marketing contract provides for security over the products created on the three vessels, and thus, in my view, links the marketing contract to the other components of the security package. The addendum, portions of which are handwritten, reads as follows:

[TRADUCTION] 27. Droit applicable. Dans la mesure où elle n'est pas régie par les lois russes, l'hypothèque est à tous les égards régie par les lois de l'État de Washington et est interprétée conformément à ces lois. Le propriétaire s'en remet d'une façon irrévocable à la compétence non exclusive des tribunaux de l'État et des tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute instance relative à cette hypothèque et convient que toute procédure ou assignation dans pareille action peut être signifiée en lui envoyant une copie par la poste. Telle qu'elle est employée au présent article 27, l'expression «les lois de l'État de Washington» s'entend de toutes les lois de l'État de Washington à l'exception des principes régissant les conflits de lois, l'intention étant que les règles juridiques de fond de l'État de Washington s'appliquent dans tous les cas. [Non souligné dans l'original.]

Le juge Dubé est arrivé à cette conclusion parce que les approvisionnements nécessaires à l'égard du *Mys Chikhacheva* ont été fournis dans le cadre d'une relation commerciale préexistante découlant de l'entente de garantie globale. La question est alors simplement de savoir s'il a bien examiné l'hypothèque.

[30] À mon point de vue, le juge Dubé a tenu compte à bon droit de l'ensemble de la relation contractuelle existant entre Richardson et Starodubskoe. Il ressort clairement de mon examen de l'entente de garantie globale qu'aucun des contrats ne traite vraiment d'approvisionnements nécessaires aux navires. Comme Richardson le fait remarquer, les approvisionnements nécessaires effectués par Richardson en faveur de Starodubskoe semblent plutôt constituer un élément-clé de l'atteinte de l'objectif visé par l'entente de garantie globale, qui est de commercialiser les produits transformés du poisson et d'en tirer profit. Le contrat de commercialisation ne prévoit que la fourniture des services des techniciens de Baader et une déduction à l'égard des [TRADUCTION] «emballage, provisions et services», et ne fait aucune mention spécifique de mazout ou autres provisions.

[31] L'addenda au contrat de commercialisation stipule une garantie sur la production des trois navires, et établit ainsi, selon moi, un lien entre le contrat de commercialisation et les autres composantes de l'entente de garantie globale. L'addenda, dont certaines portions sont manuscrites, se lit comme suit:

It is understood that PRODUCER [Starodubskoe] is requesting RSM [Richardson] to finance and manage refurbishing of the M/V "Yuzhnie Kurily".

RSM shall provide financing, technology and future vessel management based upon and contingent upon the PRODUCER assigning all production of sterkoder trawler class vessels "MYS SLEPIKOVSKOGO" and "CHIKHACHEVA" to RSM as collateral. This assignment may be in the form of either a marketing contract or full vessel management.

[Handwritten portion appears as follows:]

Payment terms on loan for converting M/V Yuzhnie Kurily are as follows:

Oct. 1996—10% of money owed

May, 1997—30%

Oct., 1997—20%

May, 1998—40%

Until such time as the loan is repaid RIL holds title to all products produced on board MYS SLEPIKOVSKOGO, MYS CHIKHACHEVA, and M/V Yuzhnie Kurily. Also, RIL will hold a mortgage on M/V Yuzhnie Kurily as collateral.

In my analysis, the addendum to the marketing contract grants a security in favour of Richardson over all production from the three vessels until the refit loan is fully repaid. This surely indicates that the parties understood and intended their relationship to be governed by a complex series of interrelated components, and not discrete, stand-alone contracts; a conclusion bolstered by recitals in the mortgage which incorporate by reference the promissory note and refit loan. As a result, I conclude that the Trial Judge was correct in having recourse to the full factual matrix behind the relationship between Richardson and Starodubskoe.

[32] Even if the marketing contract were considered in isolation on the basis that it is the only contract governing the supply of necessities, I would conclude that the proper law is that of the United States. The marketing contract contains no express choice of law and therefore it would be necessary to determine the system of law that has the closest and most substantial connection to the marketing contract: *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, supra*.

[TRADUCTION] Il est entendu que le PRODUCTEUR [Starodubskoe] demande à RSM [Richardson] de financer et de gérer la rénovation du M/V «Yuzhnie Kurily».

RSM assurera le financement, fournira des conseils techniques et gèrera le futur navire conditionnellement à la cession par le PRODUCTEUR à RSM de toute la production des chalutiers de catégorie Sterkoder «MYS SLEPIKOVSKOGO» et «CHIKHACHEVA», à titre de garantie. Cette cession peut prendre la forme d'un contrat de commercialisation ou d'une gestion complète de navire.

[Les parties manuscrites se lisent comme suit:]

Les modalités de paiement du prêt octroyé pour la conversion du M/V Yuzhnie Kurily sont les suivantes:

Octobre 1996—10 % des sommes dues

Mai 1997—30%

Octobre 1997—20%

Mai 1998—40%

Tant que le prêt ne sera pas remboursé, RIL sera propriétaire de toute la production du MYS SLEPIKOVSKOGO, du MYS CHIKHACHEVA et du M/V Yuzhnie Kurily. Aussi, RIL détiendra une hypothèque sur le M/V Yuzhnie Kurily à titre de garantie.

Selon mon analyse, l'addenda au contrat de commercialisation accorde une garantie à Richardson sur toute la production des trois navires jusqu'au remboursement complet du prêt de remise en état. Cela indique clairement que les parties ont envisagé et voulu que leur relation soit régie par un ensemble complexe de composantes étroitement liées, et non par des contrats séparés et indépendants; cette conclusion est étayée par le préambule de l'hypothèque, qui incorpore par renvoi le billet et le prêt de remise en état. Par conséquent, je conclus que le juge de première instance a eu raison de se fonder sur l'ensemble du contexte factuel dans lequel s'est inscrite la relation entre Richardson et Starodubskoe.

[32] Même en ne tenant compte que du contrat de commercialisation au motif qu'il est le seul à régir les approvisionnements nécessaires, je concluais que le droit applicable est le droit américain. Le contrat de commercialisation ne contenant aucun choix exprès quant au droit applicable, il faudrait donc déterminer le système de droit avec lequel il a son lien le plus étroit et le plus important: *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, précité*.

[33] In my analysis, the most compelling of all the factors in this case is the presence of the arbitration clause in the marketing contract. As Castel, *supra*, writes at page 556:

If the parties agree that arbitration shall take place in a particular legal unit, the court will usually, although not always, conclude that the parties have impliedly chosen the law of the legal unit of arbitration as the proper law. Similarly, if the parties agree that the courts of a particular legal unit shall have jurisdiction over the contract, there is a strong inference that the law of that legal unit is the proper law. [Emphasis added.]

In this case, the arbitration clause reads as follows:

Any dispute which might arise from or in relation to this contract, if not settled by negotiations, shall be settled by arbitration in accordance with UNCITRAL arbitration rules presently in force.

Place of arbitration shall be Seattle, Washington USA, the appointing authority shall be the President of Chamber of Commerce in Seattle. The number of arbitrators shall be three (3) and the language used for all documents and proceedings shall be English. Parties desire to execute the award of arbitration voluntarily. Court of arbitration shall base its award on the respective contract. [Emphasis added.]

[34] In my view, this clause is indicative of the parties' implied intention to have American law apply. Though not determinative, the arbitration clause is highly persuasive. In *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L), both Lords Diplock and Wilberforce commented on the persuasive value of the arbitration clause in the absence of a contrary intention in the contract. Lord Diplock [at page 609] was of the view that:

. . . an arbitration clause is generally intended by the parties to operate as a choice of the proper law of the contract as well as the curial law and should be so construed unless there are compelling indications to the contrary in the other terms of the contract. . . . [Emphasis added.]

[35] No contrary intention appears on the face of the marketing contract. Further, Castel, *supra*, at pages 556-558 provides a list of possible factors

[33] Selon moi, le facteur le plus convaincant dans la présente affaire tient à la présence de la clause d'arbitrage dans le contrat de commercialisation. Comme Castel, *op. cit.*, l'écrit à la page 556:

[TRADUCTION] Lorsque les parties s'entendent pour que l'arbitrage ait lieu sur le territoire d'une entité juridique particulière, le tribunal conclut souvent, mais pas toujours, que les parties ont implicitement désigné le droit de cette entité juridique à titre de droit applicable. De même, si les parties conviennent que les tribunaux d'une entité juridique spécifique auront compétence à l'égard du contrat, on peut déduire sans trop se tromper que le droit de cette entité juridique s'applique. [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, la clause d'arbitrage prévoit ceci:

[TRADUCTION] Tout litige fondé sur le présent contrat ou se rapportant au présent contrat, s'il n'est pas réglé au moyen de négociations, doit l'être par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

L'arbitrage aura lieu à Seattle, dans l'État de Washington (É-U); le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres. Trois (3) arbitres seront désignés et l'anglais sera utilisé dans tous les documents et dans toutes les procédures. Les parties souhaitent exécuter la décision arbitrale à l'amiable. Le tribunal d'arbitrage fondera sa décision sur le contrat en cause. [Non souligné dans l'original.]

[34] À mon avis, cette clause révèle la volonté implicite des parties de voir le droit américain s'appliquer. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la clause d'arbitrage est très convaincante. Dans *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L), les lords Diplock et Wilberforce ont commenté la valeur probante de la clause d'arbitrage en l'absence d'une intention contraire exprimée dans le contrat. Lord Diplock [à la page 609] s'est dit d'avis que:

[TRADUCTION] [. . .] les parties considèrent généralement la clause d'arbitrage comme opérant un choix du droit applicable au contrat et des règles judiciaires applicables et cette clause devrait être ainsi interprétée, sauf si les autres termes du contrat indiquent clairement une intention contraire [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[35] Aucune intention contraire n'apparaît à la face même du contrat de commercialisation. De plus, Castel, *op. cit.*, aux pages 556 à 558, dresse une liste

which would indicate the applicability of American law in this case:

Other factors from which the courts have been prepared to infer the intentions of the parties as to the proper law are the legal terminology in which the contract is drafted, the form of the documents involved in the transaction, the currency in which payment is to be made, the use of a particular language, a connection with a preceding transaction, the nature and location of the subject matter of the contract, the residence (but rarely the nationality) of the parties, the head office of a corporation party to the contract, or the fact that one of the parties is a government. The proper law cannot be determined retrospectively by an event which at the time the contract was made was merely an uncertain event in the future. Nor can the contract float in an absence of law until the proper is determined, nor can it change from one legal unit to another on the happening of subsequent events. [Emphasis added.]

[36] Certain of these factors are neutral. For example, the language of the marketing contract, the residence and head office of the parties, and the location of the subject matter do not point to either of the possible choices of law. However, the legal terminology and form of the document appears to favour American law, as the agreements in their original form were drafted by American lawyers; the currency is expressed to be in U.S. dollars; and, in terms of the marketing contract's connection to preceding transactions, the marketing contract incorporates by reference in the addendum the promissory note and mortgage, which grants security to ensure repayment of that loan. Undoubtedly, the mortgage and promissory note were executed to enable the parties to enter into the marketing contract. Even when one considers that the contract was executed in Russia, and performance was to occur, at least partly, in Russia, it is clear that the proper law is, by implication, American.

[37] I take comfort from the reasons of Lord Morris of Borth-y-Gest in *Tomkinson*, *supra*, at pages 1083-1084. In that case, the parties had decided that the law of Cuba would apply to matters arising from the title

de facteurs permettant de trancher en faveur du droit américain dans la présente affaire:

[TRADUCTION] Les autres facteurs que les tribunaux se sont montrés disposés à considérer afin d'inférer l'intention des parties quant au droit applicable sont la terminologie juridique utilisée dans la rédaction du contrat, la forme des contrats composant la transaction, la monnaie qui devra servir au paiement, le choix d'une langue particulière, un lien avec une transaction antérieure, la nature et le lieu de l'objet du contrat, la résidence (mais rarement la nationalité) des parties, le siège social de la société partie au contrat, ou le fait que l'une des parties est un gouvernement. Le droit applicable ne peut être déterminé rétroactivement sur la base d'un événement qui, à la date de conclusion du contrat, ne constituait qu'un événement incertain du futur. Pas plus qu'il ne peut flotter dans une absence de droit jusqu'à ce que le droit applicable soit déterminé, le contrat ne peut pas non plus passer d'une entité juridique à l'autre en raison d'événements subséquents. [Non souligné dans l'original.]

[36] Certains de ces facteurs sont neutres. Par exemple, la langue du contrat de commercialisation, la résidence et le siège social des parties, de même que le lieu de l'objet du contrat ne permettent pas de trancher en faveur de l'un ou l'autre des choix possibles à l'égard du droit applicable. Par contre, la terminologie juridique utilisée et la forme du contrat semblent favoriser le droit américain, étant donné que les ententes dans leur forme originale ont été rédigées par des avocats américains; il a été expressément énoncé que la monnaie servant au paiement serait celle des États-Unis; et, pour ce qui est du lien entre le contrat de commercialisation et des transactions antérieures, l'addenda au contrat de commercialisation incorpore par renvoi le billet et l'hypothèque, stipulée en garantie du remboursement du prêt. Il ne fait aucun doute que l'hypothèque et le billet ont été exécutés afin de permettre aux parties de conclure le contrat de commercialisation. Même lorsqu'on considère que le contrat a été conclu en Russie, et que son exécution devait avoir lieu, au moins en partie, en Russie, il est évident que le droit applicable est, implicitement, le droit américain.

[37] Je m'appuie sur les motifs de lord Morris of Borth-y-Gest dans *Tomkinson*, précité, aux pages 1083 et 1084. Dans cette affaire, les parties avaient décidé que le droit cubain s'appliquerait aux questions

to property, located in Cuba and held by an American creditor as security. Lord Morris held that references in the contract to Cuban law under such circumstances was not necessarily to be taken as an implied choice of Cuban law as the proper law of the contract. This was especially true where the circumstances, on balance, indicated the implied choice of American law.

[38] I am also of the opinion that the Trial Judge erred in law by considering irrelevant parole evidence from Lynn Richardson regarding her intentions when executing the contract. While the Trial Judge [at paragraph 43] couched the admission of this evidence in terms of gaining a fuller appreciation of “the factual matrix, the context, the environment within which the document was created”, it is also true that he found Mrs. Richardson’s comments as to her intentions to be material. The general rule is that, except under limited circumstances, a party may not make representations or give evidence as to his or her subjective intention at the time the contract was made (see *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129). In this case, there are no special circumstances allowing for its admission. However, in my analysis, his ultimate conclusion remains supportable even in the absence of the parole evidence, as such evidence is but one minor component among many that support his conclusion.

Issue 2: Errors related to determination of whether Richardson had waived its right to a maritime lien over the *Mys Chikhacheva*

[39] Dubé J. also concluded that there had been no waiver of the maritime lien for necessities on the part of Richardson. Bering had conceded at trial that waiver would be difficult to argue because of the strong position taken by U.S. courts against the concept, but, nevertheless, Bering argued that in this case there were two definite indicia of waiver on the record. First, Bering pointed to the fact that

se rapportant au titre de propriété d’un bien, situé à Cuba et détenu en garantie par un créancier américain. Lord Morris a statué que les références au droit cubain dans le contrat ne devaient pas nécessairement, dans de telles circonstances, être considérées comme un choix implicite du droit cubain comme droit applicable au contrat. Cela était d’autant plus vrai que les circonstances, tout bien considéré, révélaient un choix implicite du droit américain.

[38] Je suis également d’avis que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du témoignage non pertinent de Lynn Richardson concernant les intentions qu’elle avait lors de la conclusion du contrat. Même si le juge de première instance a expliqué [au paragraphe 43] qu’il n’admettait cette preuve testimoniale que parce qu’elle permettait de mieux apprécier «le cadre factuel, le contexte, l’environnement dans lequel le document a été créé», il a tout de même considéré les commentaires de M^{me} Richardson comme déterminants. La règle générale veut que, sauf dans certaines circonstances, une partie ne puisse présenter des observations ou des éléments de preuve concernant son intention subjective au moment de la conclusion du contrat (voir *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129). Dans la présente affaire, les circonstances particulières permettant d’admettre une telle preuve n’existent pas. Par contre, selon mon analyse, la conclusion ultime du juge de première instance demeure fondée même en l’absence de la preuve testimoniale, cette dernière n’étant qu’un élément mineur parmi les nombreux éléments de preuve qui sous-tendent sa conclusion.

Question 2: Erreurs dans la détermination de la question de savoir si Richardson avait renoncé à son droit à un privilège maritime à l’égard du *Mys Chikhacheva*

[39] Le juge Dubé a également conclu que Richardson n’avait pas renoncé au privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. Bering avait admis à l’instruction qu’il allait être difficile d’invoquer la renonciation en raison de la position énergique prise par les tribunaux américains contre ce concept, mais elle a néanmoins allégué qu’en l’espèce, le dossier contenait deux indices

Richardson did not require a mortgage against the *Mys Chikhacheva* or the *Mys Slepikovskogo*. However, as Russel R. Williams, the American expert, noted, the failure to take a mortgage over the *Mys Chikhacheva* does not defeat a maritime lien, unless the lien was expressly waived in the relevant contract. Clause 14 of the mortgage against the *Yuzhnie Kurily* (see paragraph 11, *supra*) specifically states that the maritime lien rights of Richardson are preserved, even against that mortgaged vessel; *a fortiori*, Richardson must not have waived the right to place liens over unmortgaged ships like the *Mys Chikhacheva*.

[40] Bering also argues that the August 22, 1996 account submitted by Richardson shows that, with the total revenue from the *Mys Chikhacheva* as against all the charges upon the vessel, there was nothing owing with respect to the two trawlers. It follows that Richardson's claim was actually in respect of the unpaid balance of the debt incurred as a result of the refit of the factory processing vessel, *Yuzhnie Kurily*, rather than in respect of the *Mys Chikhacheva*. Dubé J. rejected the argument, reasoning that it did not show on the part of Richardson a clear and purposeful intention to forego the lien; a requirement specified by American law.

[41] Bering now asserts that Richardson did, in fact, waive its rights to a maritime lien for necessities and relies on the security package to submit that Richardson was "clearly satisfied" that its security would be sufficient to cover any debt incurred by Starodubskoe. Bering could not, however, point to any clear documentary or parole evidence which indicates an unequivocal waiver of lien rights.

[42] In response, Richardson relies on the fact that no express waiver has ever been executed, and that clause 14 of the mortgage indicates an express

tangibles d'une telle renonciation. Premièrement, Bering a insisté sur le fait que Richardson n'avait pas exigé d'hypothèque à l'égard du *Mys Chikhacheva* ni du *Mys Slepikovskogo*. Cependant, comme l'expert américain Russel R. Williams l'a fait observer, le fait de ne pas avoir grevé le *Mys Chikhacheva* d'une hypothèque ne fait pas échec au privilège maritime, sauf si celui-ci a fait l'objet d'une renonciation expresse dans le contrat en question. Or la clause 14 de l'hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily* (voir paragraphe 11, précité) prévoit expressément que les droits à un privilège maritime de Richardson sont préservés, même en ce qui concerne le navire hypothéqué; à plus forte raison, Richardson ne doit pas avoir renoncé au droit de grever d'un privilège les navires non hypothéqués comme le *Mys Chikhacheva*.

[40] Bering prétend également que le compte du 22 août 1996 soumis par Richardson montre que, compte tenu du revenu total tiré du *Mys Chikhacheva* par rapport à toutes les charges sur le navire, aucun montant n'était dû à l'égard des deux chalutiers. Il s'ensuit que la réclamation de Richardson se rapportait plus au solde impayé de la dette qu'elle avait contractée par suite de la remise en état du navire-usine de traitement *Yuzhnie Kurily*, qu'au *Mys Chikhacheva*. Le juge Dubé a rejeté cet argument au motif que celui-ci n'établissait pas que Richardson voulait clairement et délibérément renoncer au privilège, condition expressément prévue par le droit américain.

[41] Bering soutient maintenant que Richardson a effectivement renoncé à ses droits à un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires, et elle se fonde sur l'entente de garantie globale pour affirmer que Richardson était «absolument convaincue» que sa garantie était suffisante pour garantir toute dette contractée par Starodubskoe. Cependant, Bering n'a pas pu fournir de preuve documentaire ou testimoniale révélant clairement une renonciation non équivoque au privilège.

[42] En réponse, Richardson se fonde sur le fait qu'aucune renonciation expresse n'a été signée, et que la clause 14 de l'hypothèque révèle son intention

intention on its part to preserve any lien rights which may be available. In light of these facts, in my view, the only possible conclusion is that the Trial Judge was correct in holding that no waiver had occurred. This is especially so given the strong presumption against such waiver under American law, a presumption found as a fact by the Trial Judge. In my view, Dubé J. correctly decided the issue of waiver in this case.

Issue 3: Errors related to requirements in the marketing contract that the costs of supplies and services were to be set-off against the value of fish transshipments

[43] Bering relies on Part IV and clause VI.3 of the marketing contract, asserting that Richardson was under a contractual duty to deduct the cost of any supplies and services provided to Starodubskoe from the value of fish shipped from Starodubskoe to Richardson. Clause VI.3 provides for the deduction of the cost of “packaging, supplies and services” from the amount due to Starodubskoe. A similar set-off is in place for the provision of Baader technicians in Part IV. Bering asserts that the Trial Judge erred, since, had the set-off been recognized, Starodubskoe would have had a \$550,000 credit balance as opposed to a \$323,000 debt for provision of necessities. Further, it is said that the security package does not authorize Richardson to apply the proceeds from Starodubskoe’s shipments in any other manner. Bering also argues that the *contra proferentum* rule should apply, and the contract, in the face of ambiguity, be construed against Richardson, the drafter of the contract.

[44] Bering also asserts that the Trial Judge erred in holding that the mortgage was inferior in priority to the lien rights. The lien rights would take priority under American law only, which presumes that, in the absence of a contrary intention, a creditor will allocate

expresse de préserver tous les droits à un privilège pouvant exister en sa faveur. À la lumière de ces faits, je suis d’avis que la seule conclusion possible est que le juge de première instance a eu raison de conclure qu’aucune renonciation n’était intervenue. Cela est particulièrement vrai lorsqu’on considère la forte présomption qui existe à l’encontre d’une telle renonciation en droit américain, présomption que le juge de première instance a considérée comme un fait. Selon moi, le juge Dubé a correctement tranché la question de la renonciation en l’espèce.

Issue 3: Erreurs concernant l’obligation, en vertu du contrat de commercialisation, de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis de la valeur des transbordements de poisson

[43] Bering se fonde sur la partie IV et sur la clause VI.3 du contrat de commercialisation pour affirmer que Richardson avait une obligation contractuelle de déduire les frais se rapportant aux provisions et services fournis à Starodubskoe de la valeur des transbordements de poisson effectués par Starodubskoe en faveur de Richardson. La clause VI.3 prévoit une déduction des frais relatifs aux «emballage, provisions et services» du montant dû à Starodubskoe. Une compensation semblable existe à la partie IV à l’égard des services fournis par les techniciens de Baader. Bering soutient que le juge de première instance s’est trompé puisque s’il avait reconnu la compensation, le compte de Starodubskoe aurait fait apparaître un solde créditeur de 550 000 \$ plutôt qu’une dette de 323 000 \$ pour approvisionnement nécessaires. En outre, on affirme que l’entente de garantie globale ne permet pas à Richardson de traiter les produits tirés des chargements de Starodubskoe autrement. Bering prétend aussi que la règle *contra proferentum* devrait s’appliquer, et que le contrat, en cas d’ambiguïté, devrait être interprété en défaveur de Richardson, le rédacteur du contrat.

[44] Bering soutient également que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l’hypothèque avait un rang inférieur à celui du privilège. Le privilège ne viendrait en priorité qu’en vertu du droit américain, qui présume que, à moins

funds first to unsecured debt, and then to secured debt. Likewise, where there is more than one security, a creditor is presumed to apply funds first to the inferior security. Bering submits that the Trial Judge erred in applying this presumption in light of the marketing contract which, in the clearest of terms, indicates that a set-off shall occur whereby the cost of necessities is deducted from the value of product provided by the three vessels. Hence, the value of the proceeds of the fish transshipments must be presumed to apply first to the cost of supplies and services, not to Starodubskoe's unsecured "global debt" to Richardson.

[45] Richardson counters that the set-off is inapplicable to the necessities supplied in this case, and, in any event, the set-off was not intended to become operative until the debt underlying the refit loan was extinguished by virtue of the addendum to the marketing contract. This addendum, reproduced *supra*, provides that "[Richardson] shall provide financing, technology, and future vessel management based upon and contingent upon [Starodubskoe] assigning all production of [the ships] to [Richardson] as collateral." The handwritten addition to the addendum indicates that Richardson would hold title to all production from the vessels until such time as the refit loan was repaid.

[46] It would be unusual to have, on the one hand, a clear intention in the addendum that funds realized from fish transshipments would be applied to the refit loan, and on the other, an intention to set-off the cost of necessities against those funds. The situation becomes increasingly more difficult when one considers that Richardson held the product as security for the refit loan. It would be curious indeed for Richardson, in the face of a clear agreement to apply funds to the refit loan, to then apply set-off provisions which would hinder the fulfilment of that agreement.

d'intention contraire, le créancier imputera d'abord les montants sur la dette non garantie, pour ensuite les imputer sur la dette garantie. Ainsi, lorsqu'il y a plus d'une garantie, le créancier est présumé imputer les montants sur la garantie de rang inférieur d'abord. Bering prétend que le juge de première instance a commis une erreur en appliquant cette présomption, compte tenu du contrat de commercialisation qui, en des termes on ne peut plus clairs, indique qu'une compensation s'opérera entre les frais relatifs aux approvisionnements nécessaires et la valeur de la production des trois navires. En conséquence, on doit présumer que la valeur des produits tirés des transbordements de poisson est d'abord imputée sur les frais liés aux provisions et services, et non sur la «dette globale» non garantie de Starodubskoe envers Richardson.

[45] Richardson réplique que la compensation est inapplicable aux approvisionnements nécessaires fournis en l'espèce, et que, de toute manière, la compensation, selon l'addenda au contrat de commercialisation, ne devait s'opérer qu'à l'extinction de la dette résultant du prêt de remise en état. Cet addenda, reproduit ci-dessus, stipule que [TRADUCTION] «[Richardson] assurera le financement, fournira des conseils techniques et gèrera le futur navire conditionnellement à la cession par [Starodubskoe] à [Richardson] de toute la production [des navires], à titre de garantie». La portion manuscrite ajoutée à l'addenda indique que Richardson détiendra la propriété de toute la production des trois navires jusqu'au remboursement du prêt.

[46] Il serait inusité d'avoir, d'un côté, une intention claire dans l'addenda d'imputer les produits tirés des transbordements de poisson sur le prêt de remise en état, et de l'autre côté, une intention d'imputer les frais relatifs aux approvisionnements nécessaires sur ces produits. La situation devient encore plus inusitée si l'on considère que Richardson détenait lesdits produits en garantie du prêt de remise en état. Il serait effectivement curieux que Richardson, en présence d'une entente claire prévoyant l'imputation de ces produits sur le prêt de

It follows that, in my opinion, the set-off provisions cannot become operative until an amount was actually “due” to Starodubskoe—a situation which could not arise until it had met its obligations under the addendum, and repaid the entire loan amount. Hence, in my analysis, the set-off in the marketing contract does not operate in the manner urged by Bering. I am satisfied that the operation of the set-off clauses is subordinate to the language in the addendum to the marketing contract.

[47] Further, if the Court can be satisfied that Richardson’s lien for necessities ranks ahead of the mortgage or loan debt in priority under American maritime law, then it would be presumed that Richardson would first allocate those funds to the mortgage or loan, since they would be inferior. The Trial Judge made a specific finding of fact in this regard, noting at paragraph 54 that “[t]he existence of other contractual security or guarantee (such as a mortgage or promissory note) for repayment does not defeat a maritime lien unless such liens are expressly waived in the relevant contract” (see *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), at pages 266-267). It follows that the lien for necessities ranks first in priority, and the set-off provisions of the marketing contract do not operate to take priority over Richardson’s lien in terms of allocation of funds as between debts. Since proof of foreign law is a question of fact, the Trial Judge’s decision is entitled to considerable deference in this regard. In my view, given the addendum to the marketing contract and the Trial Judge’s finding that American maritime law precludes the application of the set-off provisions, Bering’s argument on the set-off issue must fail.

remise en état, opère une compensation ayant pour effet d’entraver l’exécution de cette entente. Il s’ensuit que, selon moi, la compensation ne peut s’opérer tant qu’un montant n’est pas vraiment «dû» à Starodubskoe—situation qui ne peut se présenter que lorsque celle-ci a rempli ses obligations en vertu de l’addenda et remboursé le prêt en totalité. Selon mon analyse, la compensation prévue dans le contrat de commercialisation ne s’opère donc pas de la façon préconisée par Bering. Je suis convaincu que l’application des clauses de compensation est assujettie à la formulation utilisée dans l’addenda au contrat de commercialisation.

[47] En outre, si la Cour peut être convaincue que, selon le droit maritime américain, le privilège de Richardson se rapportant à des approvisionnements nécessaires prend rang devant l’hypothèque ou la dette résultant du prêt, alors il faudrait présumer que Richardson imputerait d’abord ces montants sur l’hypothèque ou sur le prêt, puisqu’ils seraient de rang inférieur. Le juge de première instance a tiré une conclusion de fait précise à cet égard, notant au paragraphe 54 que «[l’] existence d’une autre garantie contractuelle (comme une hypothèque ou un billet) en vue du remboursement n’empêche pas un privilège maritime d’exister à moins qu’il n’y soit expressément renoncé dans le contrat pertinent» (voir *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), aux pages 266 et 267). Il s’ensuit que le privilège se rapportant aux approvisionnements nécessaires se classe au premier rang, et que les clauses de compensation contenues dans le contrat de commercialisation ne font pas en sorte d’accorder un premier rang devant le privilège de Richardson en termes d’allocation des montants, comme c’est le cas entre plusieurs dettes. La preuve du droit étranger étant une question de fait, il faut faire montre d’une grande retenue à l’égard de la décision du juge de première instance sur cette question. Je suis d’avis que, compte tenu de l’addenda au contrat de commercialisation et de la conclusion du juge de première instance que le droit maritime américain empêche l’application des clauses de compensation, l’argument de Bering sur la question de la compensation doit être rejeté.

Issue 4: Errors related to the amount awarded by the Trial Judge

[48] Rule 75 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides for applications to amend pleadings, if such amendments are on terms which “will protect the rights of all parties.” The test under rule 75 is that set out by this Court in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.), where it was stated that an amendment should be allowed “at any stage of an action,” subject to three provisos: the amendment must be made for the purpose of determining the real questions alive between the parties; amendment would not prejudice to the opposing party in a manner not compensable with costs; and the amendment must serve the interests of justice. Further, the nearer the end of the proceeding, the more difficult it becomes to prove an amendment does not work an injustice.

[49] In this case, Richardson sought to amend its maritime lien claim at the last possible stage of the action, that is, just prior to its closing argument. It argued that it was unaware that port expenses (the Korwell invoices) could be claimed as necessaries until its own American legal expert explained that such expenses were, in fact, properly the basis of a maritime lien. The Korwell invoices had been introduced in Court and proven at trial as an exhibit, and Bering’s counsel cross-examined on the documents without protest. Dubé J. allowed the amendment under subsection 75(1) as Bering was unable to demonstrate prejudice.

[50] Bering now argues that the Trial Judge erred in allowing Richardson to amend its claim to include the Korwell invoices at such a late stage in the trial. Bering alleges that it was unaware that the invoices were included in Richardson’s claim until closing argument and further asserts that the amounts referred to in the invoices are not reflective of the heads of damage originally claimed in the statement of claim. As such, the amendment cannot be regarded as merely numerical, and, at the argument stage amounts to trial

Issue 4: Erreurs dans le montant accordé par le juge de première instance

[48] La règle 75 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] autorise les requêtes en modification d’un document, si ces modifications sont faites à des conditions qui «permettent de protéger les droits de toutes les parties». Le critère d’application de la règle 75 a été énoncé par cette Cour dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), où il a été affirmé qu’une modification devrait être autorisée «à tout stade de l’action», sous réserve de trois conditions: la modification doit être faite aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties; la modification ne doit pas causer d’injustice à l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer; et la modification doit servir les intérêts de la justice. En outre, plus l’instance tire à sa fin, plus il devient difficile de démontrer qu’une modification ne cause pas d’injustice.

[49] En l’espèce, Richardson a cherché à modifier sa réclamation fondée sur un privilège maritime au stade ultime de l’action, soit juste avant de présenter ses conclusions finales. Elle a fait valoir qu’elle ne savait pas que les frais de mouillage (les factures Korwell) pouvaient être réclamés au titre des approvisionnements nécessaires jusqu’à ce que son propre expert en droit américain lui explique que ces frais étaient, en fait, légitimement inclus dans le privilège maritime. Les factures Korwell avaient été produites devant la Cour et établies à l’instruction à titre de pièce, et l’avocat de Bering a été contre-interrogé au sujet de ces documents, sans protêt. Le juge Dubé a accueilli la requête en modification en vertu du paragraphe 75(1), Bering n’ayant pas réussi à établir qu’elle subirait un préjudice.

[50] Bering prétend aujourd’hui que le juge de première instance a commis une erreur en permettant à Richardson, à un stade aussi avancé de l’instruction, de modifier sa réclamation afin d’y inclure les factures Korwell. Bering allègue qu’elle n’a été mise au courant du fait que les factures étaient incluses dans la réclamation de Richardson qu’au stade des conclusions finales, et soutient de plus que les montants figurant sur ces factures ne reflètent pas les chefs de dommages réclamés à l’origine dans la

by ambush.

[51] It is true that the application for leave to amend came at an extremely late stage in the trial, and it is unusual that Richardson would have learned of the Korwell invoices' relevance from its own expert witness. However, the key element in the *Canderel* test is, in my view, "the interests of justice." I note that counsel for Bering did not apply for an adjournment or to reopen Bering's case when the amendment was sought. Ms. Richardson was present and could have been recalled for further cross-examination, but that was not done. Accordingly, in light of Bering's failure to demonstrate any prejudice, I fail to see how Dubé J. erred in granting the amendment.

[52] Further, in light of Bering's failure to attack the Korwell invoices on the basis that they were irrelevant, or were not necessities, it is difficult to view the addition of the invoice as anything more than a numerical alteration to the sum total of the lien amount, a type of amendment which was expressly authorized by this Court in *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.), on the basis that such amendments are in the interests of justice, and cannot act to prejudice the opposing party in a meaningful way. I might add that this is especially true where the invoices were disclosed in the discovery process and were entered as an exhibit at trial. Under these circumstances, I fail to see how the inclusion of these invoices amounts to trial by ambush. In any event, the Trial Judge's decision was discretionary in nature, and, in the absence of a clear error of law, is therefore entitled to significant deference. I am satisfied that Dubé J.'s decision gave sufficient weight to all the relevant circumstances, and should thus be shielded from appellate review (see *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394).

déclaration. En tant que telle, la modification ne peut être considérée comme étant purement numérique, et, lorsqu'elle est accordée au stade des conclusions finales, elle équivaut à un piège.

[51] Il est vrai que la requête pour permission de modifier un document a été présentée à un stade extrêmement avancé de l'instruction, et il est surprenant que Richardson ait été informé de la pertinence des factures Korwell par son propre témoin-expert. Cependant, je suis d'avis que l'élément-clé du critère énoncé dans *Canderel* est le volet «intérêts de la justice». Je note que l'avocat de Bering n'a pas demandé d'ajournement ni de réouverture de la preuve de Bering lorsque la permission a été demandée. M^{me} Richardson était présente et aurait pu être réassignée pour subir un nouveau contre-interrogatoire, mais cela n'a pas été fait. Par conséquent, compte tenu du fait que Bering n'a pas réussi à établir qu'elle subirait un préjudice, je ne vois pas en quoi le juge Dubé a commis une erreur en permettant la modification.

[52] De plus, étant donné que Bering n'a pas tenté de faire écarter les factures Korwell au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes, ou qu'elles ne constituaient pas des approvisionnements nécessaires, il est difficile de considérer l'ajout de ces factures autrement que comme une simple modification numérique au montant du privilège, modification qui a été expressément autorisée par la présente Cour dans *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.), au motif que de telles modifications servent les intérêts de la justice, et ne peuvent avoir pour effet de causer un préjudice significatif à l'autre partie. J'ajouterais que cela est particulièrement vrai lorsque les factures ont été produites au stade des interrogatoires préalables, et produites à titre de pièce à l'instruction. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment le fait d'inclure le montant de ces factures équivaut à tendre un piège. Quoi qu'il en soit, la décision du juge de première instance était de nature discrétionnaire, et, en l'absence d'une erreur de droit manifeste, on doit faire preuve d'une grande retenue à son égard. Je suis convaincu que le juge Dubé a accordé suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes, et que sa décision devrait donc être soustraite à un appel (voir *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394).

[53] Bering also asserts that the Trial Judge erred in including the full value of an invoice from Skico Fuel Company of Hong Kong (the Skico invoice), given that Richardson had been held responsible only for 13% as part of its bankruptcy in the United States. Bering urges that granting judgment for the full amount confers a windfall on Richardson, and contends that Richardson should not benefit from such windfall, especially since Skico can pursue its shortfall against Starodubskoe and the *Mys Chikhacheva*.

[54] With regard to the Skico invoice, Dubé J. concluded that, in equity, Bering should not be allowed to gain the benefit of a windfall resulting from a bankruptcy caused largely by Starodubskoe's breach of contract. He held that American maritime law provides that unpaid fuel costs, as necessities, follow the *Mys Chikhacheva* under a maritime lien. The Trial Judge's decision is based on the application of American law, in so far as necessities follow the vessel under a maritime lien. His finding as to the applicability of American law is one of fact, and therefore is entitled to substantial deference in the absence of a palpable and overriding error.

[55] As Tetley, *supra*, notes at pages 59-60, a maritime lien can be referred to as a "secret lien," in that it passes with the vessel even when it is sold to an unsuspecting new owner. As a result, any claim for unpaid fuel costs would follow the *Mys Chikhacheva*, which received the benefit of the fuel without payment. For this reason, I am persuaded that the Trial Judge correctly weighed the equities before him. The ship gained a windfall in receiving fuel without payment, and to require the owner to bear the cost of that benefit is neither inequitable nor in contradiction of established principles under American maritime law. In my view, Richardson's bankruptcy does not disrupt this position, especially when one considers that Bering received the benefit of chartering the *Mys*

[53] Bering soutient de plus que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du montant total d'une facture établie par Skico Fuel Company de Hong Kong (la facture Skico), puisque Richardson n'en avait été tenue responsable que pour 13 % à la suite de sa faillite enregistrée aux États-Unis. Bering affirme que le fait d'accorder un jugement pour le montant total procure un avantage inattendu à Richardson, et elle fait valoir que Richardson ne devrait pas bénéficier d'un tel avantage, d'autant plus que Skico peut récupérer son manque à gagner de Starodubskoe et à l'encontre du *Mys Chikhacheva*.

[54] Pour ce qui est de la facture Skico, le juge Dubé a conclu que, en bonne justice, Bering ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un avantage inattendu résultant d'une faillite largement attribuable au fait que Starodubskoe avait violé le contrat. Il a statué que le droit maritime américain prévoyait que les frais impayés se rapportant au mazout, à titre d'approvisionnement nécessaire, se rattachaient au *Mys Chikhacheva* en vertu d'un privilège maritime. La décision du juge de première instance se fonde sur l'application du droit américain, dès lors que les approvisionnements nécessaires se rattachent au navire en vertu d'un privilège maritime. Sa conclusion que le droit américain est applicable est une conclusion de fait, et doit donc faire l'objet d'une grande retenue en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

[55] Comme Tetley, *op. cit.*, le fait remarquer aux pages 59 et 60, un privilège maritime peut être qualifié de «privilège secret», en ce qu'il est transféré avec le navire, même lorsque celui-ci est vendu à un nouveau propriétaire qui ne se doute de rien. Par conséquent, toute réclamation pour des frais impayés se rapportant au mazout se rattacherait au *Mys Chikhacheva*, qui a bénéficié du mazout sans l'avoir payé. C'est pour cette raison que je suis persuadé que le juge de première instance a correctement apprécié l'équité de l'affaire dont il était saisi. Le navire a bénéficié d'un avantage inattendu en recevant du mazout sans l'avoir payé, et le fait de demander à son propriétaire d'assumer les frais de cet avantage n'est ni inequitable, ni incompatible avec les principes

Chikhacheva to Starodubskoe, whose conduct resulted in the present litigation.

reconnus du droit maritime américain. À mon avis, la faillite de Richardson n'y change rien, surtout lorsqu'on tient compte du fait que Bering a bénéficié de l'affrètement coque nue du *Mys Chikhacheva* en faveur de Starodubskoe, dont le comportement a mené au présent litige.

[56] I would dismiss the appeal with costs.

[56] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

STRAYER J.A.: I agree.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis.

SHARLOW J.A.: I agree.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je suis du même avis.