

T-2416-97

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

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship *Nel* and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**

**INDEXED AS: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND *v.* NEL (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, December 18 and 30, 1998.

*Evidence — Motion to allow plaintiff to rely, as evidence, on documents, not appended to affidavits, it has produced at request of various claimants to sale proceeds of ship at or following cross-examination of plaintiff's witness — Documents merely produced to and examined by counsel do not form part of evidence of case, but should counsel for claimants who cross-examined plaintiff's deponent wish to rely upon any document in package or set, then necessarily related documents in package or set may be relied upon by plaintiff.*

*Practice — Variation of time — Motion to file supplemental affidavit of claim to update balance owing on claim in matter of priorities to sale proceeds of ship — To extend time for filing more affidavit material contrary to Federal Court r. 492(2) and F.C.A. view stated in National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc. — R. 55 ought not to be used to amend r. 492(2), remove time bar — Furthermore, present proceeding not extraordinary case presenting special circumstances bringing it within r. 55 — Considering all circumstances, including need to move to prompt determination of entitlement to sale proceeds of ship and to bring end to legal expenses of all claimants, factors outweigh any injustice to plaintiff resulting from rejection of supplemental affidavit.*

The main proceeding concerned the determination, by motion, of priorities to the sale proceeds of the *Nel*. The plaintiff filed a motion to allow it to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants, at or following the cross-examination of one of

T-2416-97

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

c.

**Les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire *Nel* et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND *c.* NEL (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 18 et 30 décembre 1998.

*Preuve — Requête en vue d'autoriser la demanderesse à utiliser en preuve des documents, non joints à des affidavits, qu'elle a produits à la demande de différents créanciers devant se partager le produit de la vente du navire au moment du contre-interrogatoire de son témoin ou après — Les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve, mais si l'avocat des créanciers qui a contre-interrogé l'auteur de l'affidavit déposé au nom de la demanderesse souhaite s'appuyer sur un document faisant partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors la demanderesse peut s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires faisant partie de cette liasse ou série.*

*Pratique — Modification des délais — Requête en vue de déposer un affidavit supplémentaire de réclamation afin de mettre à jour le solde dû en vue d'établir l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du navire — Proroger le délai pour déposer d'autres affidavits est contraire à la règle 492(2) de la Cour fédérale et va à l'encontre de l'opinion de la C.A.F. énoncée dans l'arrêt National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc. — La règle 55 ne doit pas être utilisée pour modifier la règle 492(2), ni pour dispenser de l'observation du délai qui y est fixé — En outre, en l'espèce il ne s'agit pas d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour appliquer la règle 55 — Compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du navire et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la demanderesse résultant du rejet des affidavits supplémentaires.*

L'instance principale concernait la détermination, par voie de requête, de l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du *Nel*. La demanderesse a déposé une requête visant à lui permettre d'utiliser en preuve des documents qu'elle a produits à la demande de

the plaintiff's witnesses. The plaintiff also wished to file a supplemental affidavit of claim.

*Held*, the motion should be denied.

Difficulties arose with respect to the production of documents for two reasons. First, not all of the documents produced were put to the witness, yet the plaintiff now wished to rely upon some of them. Second, if the cross-examining claimants wished to rely upon certain specific documents from a package or set of documents requested from and produced by the plaintiff, then the plaintiff had a valid case that it was only just and proper that related documents in the bundle or set ought to be available as evidence in order that the Court might properly assess the document used by the claimant.

There is a line of cases to the effect that where a party calls for a document held by another party and then inspects that document, he or she is required to put it in as evidence if asked to do so: *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. However, there is another line of cases to the effect that under the *Federal Court Rules*, past and present, documents to be relied upon, on a motion, must be introduced by way of an affidavit, subject to other documents coming in by way of cross-examination: *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1991), 128 N.R. 75 (F.C.A.). The first solution ought to apply only if a document is placed before a trier of fact. Thus, documents merely produced to and examined by counsel do not form part of the evidence of the case, but should cross-examining counsel wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related or explanatory documents in that package or set may be relied upon by counsel for the plaintiff.

The supplemental affidavit of claim to update the balance owing on the claim should not be allowed. Subsection 492(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, like former subsection 1008(2), specifically provides that claims not filed within the time set by the Court are barred. The Federal Court of Appeal was quite adamant on this point in *National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc.* A basic principle in summary judgment procedure — that no party may hold back, but rather each must put his best foot forward by producing such evidence as is reasonably available — is applicable to summary procedure for determining priorities by motion. And subsection 492(2) ought to apply to supplements to a claim, for at least one purpose of the rule is to bring to an end the making of or adding to a claim so that the business of dividing up the sale proceeds

différents créanciers au moment du contre-interrogatoire de son témoin, ou après celui-ci. La demanderesse souhaite également déposer un affidavit supplémentaire de réclamation.

*Jugement*: la requête est rejetée.

Des difficultés se posent pour deux raisons. Tout d'abord, ce ne sont pas tous les documents produits qui ont été examinés par le témoin, mais pourtant la demanderesse souhaite maintenant s'appuyer sur certains d'entre eux. Deuxièmement, si les créanciers qui ont contre-interrogé veulent s'appuyer sur certains documents précis tirés d'une liasse ou d'une série de documents que la demanderesse a produits, alors la demanderesse fait valoir à bon droit qu'il n'est que juste et approprié que les documents connexes dans la liasse ou la série de documents puissent également être utilisés comme preuve afin de permettre à la Cour d'évaluer de façon appropriée le document utilisé par un créancier.

Un certain courant jurisprudentiel soutient que, lorsqu'une partie demande un document qui est en possession d'une autre partie et qu'elle l'examine, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande: *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. Cependant, un autre courant jurisprudentiel indique qu'en vertu des *Règles de la Cour fédérale*, les anciennes comme les nouvelles, les documents sur lesquels on peut s'appuyer, dans une requête, doivent être déposés par voie d'affidavit, sous réserve d'autres documents déposés dans le cadre du contre-interrogatoire: *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1991), 128 N.R. 75 (C.A.F.). La première solution doit s'appliquer seulement si un document est déposé devant le juge des faits. Ainsi, les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve de cette partie, mais si l'avocat qui procède au contre-interrogatoire souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors l'avocat de la demanderesse pourrait s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires ou explicatifs faisant partie de cette liasse ou série.

Le dépôt de l'affidavit supplémentaire de réclamation visant à mettre à jour le solde dû sur la réclamation ne devrait pas être autorisé. Le paragraphe 492(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, comme l'ancien paragraphe 1008(2), dispose expressément qu'une fin de non-recevoir est opposée aux réclamations qui ne sont pas déposées dans les délais fixés par la Cour. La Cour d'appel fédérale a été inflexible sur ce point dans l'arrêt *National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc.* L'un des principes de base de la procédure de jugement sommaire — selon lequel aucune partie ne peut demeurer inactive, mais doit plutôt présenter sa cause sous son meilleur jour — s'applique à la procédure sommaire utilisée pour déterminer l'ordre de priorité par voie de requête. Et le paragraphe 492(2) devrait s'appliquer aux documents supplémentaires ayant trait à une réclamation,

may be concluded within a reasonable time.

Rule 55 ought not to be applied to remove the subsection 492(2) time bar. First, because it ought not to be used to amend the Rules. Second, this was not an extraordinary case such that it presented special circumstances bringing it within the ambit of rule 55.

To allow in an affidavit of claim at this time, after two earlier adjournments of the priorities motion, would result in just the opposite of a most expeditious and least expensive solution. In the present instance, taking all the circumstances together, including the need to move to a prompt determination of entitlement to the sale proceeds to the *Nel* and to bring an end to the legal expenses of all of the claimants, those factors outweigh any injustice to the plaintiff. Rejection of the Bank of Scotland's proposed supplemental affidavit does not bar an updating of the Bank's claim for interest on the shortfall it is able to establish.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Evidence Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 28.  
*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663, RR. 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2), 319(2), 1008(2).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 55, 363, 371, 492(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75 (F.C.A.); *Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172; *National Bank of Greece S.A. v. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. No. 234 (C.A.) (QL); *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Fritz (T.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 370; (1993), 93 DTC 5132; 63 F.T.R. 110 (T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Senat v. Senat*, [1965] P. 172 (Eng.); *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633; [1972] 6 W.W.R. 254 (B.C.S.C.).

étant donné qu'au moins l'un des buts de la règle est de mettre un terme à l'ajout de documents à une réclamation de sorte que le partage du produit de la vente puisse se faire dans un délai raisonnable.

La règle 55 ne doit pas être appliquée pour dispenser de l'observation du délai fixé au paragraphe 492(2). Tout d'abord, parce qu'elle ne doit pas être utilisée pour modifier les Règles. Deuxièmement, parce qu'il ne s'agit pas d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour justifier l'application de la règle 55.

Autoriser le dépôt d'un affidavit de réclamation à l'heure actuelle, après deux ajournements de la requête visant à établir l'ordre de priorité, aboutirait à un résultat tout à fait contraire à la solution la plus juste et la plus expéditive et économique possible. En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du *Nel* et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la demanderesse. Le rejet de l'affidavit supplémentaire proposé par la Bank of Scotland n'empêche pas la mise à jour de la réclamation de la Banque au titre des intérêts courus sur les sommes qu'elle ne pourra recouvrer et qu'elle sera en mesure d'établir.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Evidence Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, ch. 28.  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663, Règles 6 (éditée par DORS/90-846, art. 2), 319(2), 1008(2).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 55, 363, 371, 492(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75 (C.A.F.); *Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172; *National Bank of Greece S.A. c. Macoil Inc.*, [1986] F.C.J. n° 234 (C.A.) (QL); *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Fritz (T.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 370; (1993), 93 DTC 5132; 63 F.T.R. 110 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Senat v. Senat*, [1965] P. 172 (Ang.); *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633; [1972] 6 W.W.R. 254 (C.S.C.-B.).

## CONSIDERED:

*Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797.

## AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 7, Boston: Little, Brown & Co., 1978.

MOTION to allow the plaintiff to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants to the sale proceeds of a ship, at or following the cross-examination of one of the plaintiff's witnesses; and to file a supplemental affidavit. Motion denied.

## APPEARANCES:

*Peter G. Bernard* for plaintiff.  
*Louis Buteau* for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*David F. McEwen* for claimant Marine et al.  
  
*Jonathan S. McLean* for claimant Aktina S.A.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for claimant Marine et al.  
*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, for claimant Aktina S.A.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] HARGRAVE P.: In January 1999, there will be a hearing to determine priorities to the sale proceeds of the *Nel*. These reasons arise out of a motion to allow the plaintiff to rely upon, as evidence, documents which it has produced, at the request of various claimants, at or following the cross-examination of the plaintiff's witness, Mr. James Myles. The plaintiff also

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797.

## DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 7, Boston: Little, Brown & Co., 1978.

REQUÊTE en vue d'autoriser la demanderesse à utiliser en preuve des documents qu'elle a produits, à la demande de différents créanciers qui se partageront le produit de la vente d'un navire, au moment du contre-interrogatoire de l'un de ses témoins ou après celui-ci, et en vue de déposer un affidavit supplémentaire. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*Peter G. Bernard*, pour la demanderesse.  
*Louis Buteau*, pour la créancière Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*David F. McEwen*, pour la créancière Marine et al.  
  
*Jonathan S. McLean*, pour la créancière Aktina S.A.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour la créancière Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour la créancière Marine et al.  
*Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, pour la créancière Aktina S.A.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: En janvier 1999, il y aura une audience afin d'établir l'ordre de priorité des créanciers qui se partageront le produit de la vente du *Nel*. Les présents motifs ont trait à une requête visant à permettre à la demanderesse d'utiliser en preuve des documents qu'elle a produits à la demande de différents créanciers au moment du contre-

wishes to file a supplemental affidavit of claim.

[2] The usual procedure for the determination of priorities to sale proceeds, by motion is, in most instances, relatively straight forward. However, in this instance, there are not only many competing claims, but also a number of related ship sales in various jurisdictions, for the security for the plaintiff's loan consists of account current or running mortgages over a fleet of ships which includes the *Nel*. This has hampered the participants, for there are no pleadings, as such, leaving some counsel in quandary as to the cases they must meet.

#### Documents Not Attached to Affidavits

[3] On hearing the motion, I ruled on the first point, essentially being the ability of the plaintiff to rely upon documents, not appended to affidavits, but which had appeared during the cross-examination process by way of request and production. Difficulty arises for two reasons. First, not all of those documents produced were put to the witness, yet the plaintiff now wishes to rely upon some of them. Second, the cross-examining claimants may wish to rely upon certain specific documents from a package or set of documents requested from and produced by the plaintiff: here the plaintiff has a valid case that it is only just and proper that related documents in the bundle or set ought also to be available as evidence in order that the Court might properly assess the document used by a claimant, by also referring to supporting or explanatory material which may throw an entirely different light.

[4] Initially I felt I might be bound to apply the proposition that where a party calls for a document

interrogatoire de son témoin, M. James Myles, ou après ce contre-interrogatoire. La demanderesse souhaite également déposer un affidavit supplémentaire de réclamation.

[2] La procédure habituelle pour établir par voie de requête l'ordre des créanciers ayant droit au produit de la vente est, dans la plupart des cas, relativement simple. Toutefois, en l'espèce, il y a non seulement de nombreuses réclamations concurrentielles, mais aussi un certain nombre de ventes connexes de navires dans plusieurs ressorts, étant donné que le prêt de la demanderesse est en fait une marge de crédit garantie par une hypothèque générale sur une flotte de navires incluant le *Nel*. Cette situation n'a pas facilité la tâche des participants, étant donné qu'il n'y a pas eu d'actes de procédure comme tels, et que certains avocats se demandent quelle est la preuve réunie contre leurs clients.

#### Documents non joints aux affidavits

[3] À l'audition de la requête, j'ai tranché le premier point, portant essentiellement sur la possibilité pour la demanderesse de s'appuyer sur des documents non joints à des affidavits, mais qui ont été produits pendant le contre-interrogatoire par suite d'une demande de communication. La difficulté se pose pour deux raisons. Tout d'abord, ce ne sont pas tous les documents produits qui ont été examinés par le témoin, mais pourtant la demanderesse souhaite maintenant s'appuyer sur certains d'entre eux. Deuxièmement, les créanciers qui ont contre-interrogé voudront peut-être s'appuyer sur certains documents précis tirés d'une liasse ou d'une série de documents que la demanderesse a produits après qu'on les lui eut demandés: en l'espèce, la demanderesse fait à bon droit valoir qu'il n'est que juste et approprié que les documents connexes dans la liasse ou la série de documents devraient également pouvoir être utilisés comme preuve afin de permettre à la Cour d'évaluer de façon appropriée le document utilisé par un créancier, en faisant aussi référence à des documents explicatifs ou fournis à l'appui et qui pourraient donner un éclairage tout à fait différent à la question.

[4] Au début, j'ai pensé que je n'aurais peut-être d'autre choix que d'appliquer la proposition selon

held by another party and then inspects that document, he or she is required to put it in as evidence if asked to do so. This is set out in a passage from *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. The issue there was whether one of the petitioners might rely upon entries in an address book as corroborative evidence of adultery, for a statement admissible under the *Evidence Act, 1938* [1 & 2 Geo. 6, c. 28] could not be used as such. Counsel for the other petitioner, to whom the address book had been shown, did not object to it being entered under the *Evidence Act, 1938*, but did not call for or inspect it. He did, however, cross-examine upon the address book. The question was whether the address book was admissible, outside of the *Evidence Act, 1938*, as evidence. Sir Jocelyn Simon, President of the Probate, Divorce and Admiralty Division, sets out the law at page 177:

But Mr. Law submits that it was admissible, and indeed was admitted, under another head which did not render it inadmissible as corroboration by the statutory provision which I have just read. He says that where a document is inspected by opposing counsel in the conduct of the suit, it becomes evidence which that counsel must put in. He cited to me a decision of Wrangham J. in *Stroud v. Stroud (No. 1)* ([1963] 1 W.L.R. 1080; [1963] 3 All E.R. 539), where he himself was counsel. In my view the mere inspection of a document does not render it evidence which counsel inspecting it is bound to put in. I think that the true rules are as follows: Where a document is used to refresh a witness's memory, cross-examining counsel may inspect that document in order to check it, without making it evidence. Moreover he may cross-examine upon it without making it evidence provided that his cross-examination does not go further than the parts which are used for refreshing the memory of the witness: *Gregory v. Tavernor* ((1833) 6 C. & P. 280). But if a party calls for and inspects a document held by the other party, he is bound to put it in evidence if he is required to do so: *Wharam v. Routledge* ((1805) 5 Esp. 235). The distinction is shown clearly in the ruling of Sir Cresswell, who had, of course, great experience both in the courts of common law and in the divorce court, in *Palmer v. Maclear and M'Grath* ((1858) 1 Sw. & Tr. 149, 151). [Emphasis added.]

laquelle lorsqu'une partie demande un document qui est en possession d'une autre partie et qu'elle l'examine, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande. Cette proposition est énoncée dans un passage de *Senat v. Senat*, [1965] P. 172. Dans cette affaire, il fallait décider si l'un des requérants pouvait s'appuyer sur certaines inscriptions dans un carnet d'adresses comme preuve corroborante d'adultère, étant donné qu'une déclaration admissible en vertu de la *Evidence Act, 1938* [1 & 2 Geo. 6, ch. 28] ne pouvait être utilisée à cette fin. L'avocat de l'autre requérant, à qui on avait montré le carnet d'adresses, ne s'est pas opposé à ce que ce carnet soit déposé en preuve en vertu de la *Evidence Act, 1938*, mais il ne l'avait pas demandé et ne l'avait pas examiné. Toutefois, il avait contre-interrogé un témoin au sujet de ce carnet d'adresses. La question était de savoir si le carnet d'adresses était admissible en preuve, abstraction faite de la *Evidence Act, 1938*. Sir Jocelyn Simon, président de la Division des successions et des homologations, des divorces et de l'amirauté, énonce le droit en vigueur à la page 177:

[TRADUCTION] Mais M. Law soutient que ce document était admissible, et en fait qu'il a été admis, en vertu d'une autre disposition qui ne l'exclut pas comme preuve corroborante aux termes de la disposition législative dont je viens de faire lecture. Il prétend que lorsqu'un document est examiné par l'avocat de la partie adverse pour les fins de l'instance, ce document devient un élément de preuve que l'avocat doit déposer. Il m'a référé à la décision du juge Wrangham dans l'affaire *Stroud v. Stroud (No. 1)* ([1963] 1 W.L.R. 1080; [1963] 3 All E.R. 539), dans laquelle il agissait lui-même à titre d'avocat. À mon avis, le simple examen d'un document n'en fait pas un élément de preuve que l'avocat qui l'a examiné est tenu de déposer. Je pense que les véritables règles à suivre sont les suivantes. Lorsqu'un document est utilisé pour rafraîchir la mémoire d'un témoin, l'avocat qui procède au contre-interrogatoire peut examiner ce document afin d'en vérifier le contenu, sans en faire un élément de preuve. En outre, il peut contre-interroger le témoin au sujet de ce document sans en faire un élément de preuve pourvu qu'il limite son contre-interrogatoire aux parties qui sont utilisées pour rafraîchir la mémoire du témoin: *Gregory v. Tavernor* ((1833) 6 C. & P. 280). Mais, si une partie demande un document qui est en possession de l'autre partie et qu'elle le consulte, elle est tenue de le déposer en preuve si on lui en fait la demande: *Wharam v. Routledge* ((1805) 5 Esp. 235). La distinction est clairement indiquée dans la décision de Sir Cresswell, qui avait bien entendu une très grande expérience à la fois des cours de common law et de la cour des divorces, dans l'affaire *Palmer v. Maclear and M'Grath* ((1858) 1 Sw. & Tr. 149, 151). [Non souligné dans l'original.]

[5] The concept that a party calling for and inspecting a document is bound to put it into evidence, if required to do so, was approved by the B.C. Supreme Court in *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633, at page 635. This concept, which applies in some jurisdictions to documents produced at trial, must be distinguished in the instance of cross-examination on an affidavit related to a motion, for the Federal Court of Appeal pointed out in *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75, at page 76, that “[u]nder the **Federal Court Rules** it is necessary for an applicant to file an affidavit in support of an application if he wishes to establish facts that do not appear in the record of the court”. There is a similar passage in *Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12, a decision of C.J. Jockett, at page 16:

Statements of fact made in a notice of motion or in written argument must be established by an affidavit or affidavits filed in support of the motion as required by Rule 319(2).

Subsection 319(2) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] has its present equivalent in rule 363 [*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106] which requires that:

**363.** A party to a motion shall set out in an affidavit any facts to be relied on by that party in the motion that do not appear on the Court file.

[6] Clearly, under the *Federal Court Rules*, past and present, documents to be relied upon, on a motion, must be introduced by way of an affidavit, of course subject to other documents coming in by way of cross-examination.

[7] There is a concept which may be used to distinguish the two lines of cases, *Senat v. Senat*, on the one hand and the cases providing a gloss on what is now rule 363, on the other hand, which concept I adopt from the submissions of Mr. McEwan. It is that only if a document is placed before a trier of fact

[5] Le concept selon lequel une partie qui demande un document pour en faire l'examen est tenue de le déposer en preuve, si on lui en fait la demande, a été approuvé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Morrison-Knudsen Co. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1972), 31 D.L.R. (3d) 633, à la page 635. Ce concept, qui s'applique dans certains ressorts à des documents produits à l'instruction, doit faire l'objet d'une distinction dans le cas d'un contre-interrogatoire sur un affidavit ayant trait à une requête, compte tenu de ce qu'a déclaré la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air-Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1990), 128 N.R. 75, à la page 76: «Il est nécessaire, d'après les **Règles de la Cour fédérale**, qu'un requérant produise un affidavit à l'appui d'une requête s'il veut établir des faits qui n'apparaissent pas au dossier de la Cour». Il y a un passage au même effet dans *Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12, à la page 16, une décision du juge en chef Jockett:

Les exposés des faits présentés dans un avis de requête ou dans une plaidoirie écrite doivent être établis par un ou plusieurs affidavits versés à l'appui de ladite requête conformément à la Règle 319(2).

L'équivalent du paragraphe 319(2) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] se trouve maintenant à la règle 363 [*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106] qui dispose comme suit:

**363.** Une partie présente sa preuve par affidavit, relatant tous les faits sur lesquels elle fonde sa requête qui ne figurent pas au dossier de la Cour.

[6] Manifestement, en vertu des *Règles de la Cour fédérale*, les anciennes comme les nouvelles, les documents sur lesquels on peut s'appuyer, dans une requête, doivent être déposés par voie d'affidavit, sous réserve bien entendu d'autres documents déposés dans le cadre du contre-interrogatoire.

[7] Il existe une notion qui peut être utilisée pour distinguer les deux courants jurisprudentiels, d'une part *Senat v. Senat* et, d'autre part, les affaires donnant une interprétation de ce qui est maintenant la règle 363, notion que j'adopte d'après les prétentions de M. McEwan. Ce n'est que si un document est

ought the rule in *Senat v. Senat* to apply. This is consistent with a passage from a decision of Lord Denman, C.J. in *Calvert v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172, in which Lord Denman C.J. points out that it is for the judge at trial to rule upon whether the use of material by counsel will make that material evidence [at page 172 E.R.]:

In the course of the examination of one of the plaintiff's witnesses—Kelly, for the defendant, called for the ledger of the intestate under a notice to produce.

Campbell, A. G., for the plaintiff—I will produce it if it is called for as your evidence.

Kelly—I call for it, but subscribe to no condition.

Lord Denman, C. J.,—If the intestate's ledger is called for under a notice to produce, and it is not produced, Mr. Kelly may cross-examine as to its contents; but if it is produced and given to Mr. Kelly, it will be for me to decide whether Mr. Kelly makes such use of it as will compel him to use it as his evidence.

The book was produced, and Kelly turned over several pages of it, so as to look at the contents of them.

Lord Denman, C. J.—I ought now to say, that if Mr. Kelly looks at the book he will be bound to put it in as his evidence.

Kelly,—Certainly, I am fully aware that I must do so.

Lord Denman, C. J.—I have mentioned this because it has been supposed by some, that an opposite counsel may look at papers or books called for under a notice to produce, and then not use them. [Emphasis added.]

[8] Wigmore [*Evidence in Trials at Common Law*] (1978 Edition, Volume 7, § 2125, page 688) refers to this principle, invented by Lord Ellenborough in *Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797, as an illogical rule in light of the present principle of complete production, a rule designed to keep a party entirely in the dark as to his opponent's evidence by obliging him to take the risk of putting in all of a document if he even peruses it on production, for such a rule would prevent counsel from looking at

déposé devant le juge des faits que la règle énoncée dans *Senat v. Senat* doit s'appliquer. Cette position est conforme à un passage d'une décision de lord Denman, juge en chef, dans *Calvert, v. Flower*, [1836] 7 Car. & P. 386; (1836), 173 E.R. 172, dans laquelle lord Denman signale que c'est au juge du procès qu'il incombe de décider si l'utilisation par l'avocat de certains éléments matériels en fera une preuve pertinente [à la page 172 E.R.]:

[TRADUCTION] Dans le cadre de l'interrogatoire d'un des témoins de la partie demanderesse—Kelly, pour la partie défenderesse, a demandé les livres de comptabilité de l'intestat par voie d'avis de communication.

Le procureur général Campbell, pour la partie demanderesse—Je communiquerai ce document si vous avez l'intention de l'utiliser comme preuve.

Kelly—Je demande ce document, mais je n'accepte aucune condition.

Lord Denman, juge en chef—Si le livre de comptabilité de l'intestat est demandé par voie d'avis de communication, et qu'il n'est pas communiqué, M. Kelly peut contre-interroger quant au contenu de ce document; mais s'il est communiqué et remis à M. Kelly, ce sera à moi de décider si M. Kelly en fait un usage qui l'obligera à l'utiliser comme élément de preuve.

Le livre de comptabilité a été produit et Kelly a consulté le contenu de plusieurs pages.

Lord Denman, juge en chef—Je dois maintenant préciser que si M. Kelly examine le livre il sera tenu de le déposer comme preuve.

Kelly—Certainement, j'en suis tout à fait conscient.

Lord Denman, juge en chef—Je mentionne ce fait parce que certains ont supposé que l'avocat de la partie adverse peut examiner des documents ou des livres demandés par voie d'avis de communication, et ensuite ne pas s'en servir. [Non souligné dans l'original.]

[8] Wigmore [*Evidence in Trials at Common Law*] (édition de 1978, volume 7, § 2125, page 688) considère ce principe, inventé par lord Ellenborough dans *Wharam v. Routledge*, [1805] 5 Esp. 235; (1805), 170 E.R. 797, comme étant une règle illogique à la lumière du principe actuel de la communication complète des documents, une règle qui est conçue pour garder une partie dans l'ignorance de la preuve de la partie opposée en l'obligeant à prendre le risque d'avoir à déposer la totalité d'un document même s'il ne fait

a document unless very certain as to its content. Thus, while approved by the B.C. Supreme Court in *Morrison-Knudsen*, the rule ought to be strictly limited to a trial situation. Indeed, it is a rule that has been repudiated in some jurisdictions which have a common law based legal system. The approach taken, in the context of a motion, in *Mountainbell* and in *Kukan*, *supra*, is more sensible. Thus the present order that documents merely produced to and examined by counsel do not form part of the evidence of the case, but that should cross-examining counsel wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related or explanatory documents in that package or set may be relied upon by counsel for the plaintiff.

#### Supplemental Affidavit of Claim

[9] I now turn to the matter of the supplemental affidavit of claim. By way of some relevant background, the *Nel* was sold pursuant to a sale order of December 3, 1997, which provided, in part, that all claims against the proceeds of the sale, including the claim of the plaintiff, be made by affidavit filed in the Registry by December 31, 1997.

[10] Subsequently, January 30, 1998, the plaintiff, in the absence of any defence, took default judgment in the amount of \$17,602,057.32 and, following the sale, received a partial payment of the sale proceeds that were in excess of the amount reasonably required to secure the balance of the claimants.

[11] The question of additional affidavits of fact then arose: by order of March 25, 1998, the Court required that all affidavits of fact be delivered and filed by April 15, 1998. The Court set aside time in August and September to hear the motion to determine priorities. The plaintiff was unable to comply with the

que le feuilleter au moment de sa communication, étant donné que cette règle empêcherait l'avocat de consulter des documents à moins d'être tout à fait certain de leur contenu. Donc, bien qu'elle ait été approuvée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Morrison-Knudsen*, l'application de cette règle doit être limitée à l'instruction. En fait, elle a été rejetée dans certains ressorts dont le système juridique est fondé sur la common law. La démarche suivie, dans le contexte d'une requête, dans *Mountainbell* et dans *Kukan*, précités, est plus raisonnable. D'où la présente ordonnance indiquant que les documents simplement produits et examinés par l'avocat ne font pas partie de la preuve de cette partie, mais que si l'avocat qui procède au contre-interrogatoire souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors l'avocat de la demanderesse pourra s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires ou explicatifs faisant partie de cette liasse ou de cette série.

#### Affidavit supplémentaire de réclamation

[9] J'aborde maintenant la question de l'affidavit supplémentaire de réclamation. Par suite de certaines procédures pertinentes, le *Nel* a été vendu aux termes d'une ordonnance de vente datée du 3 décembre 1997 qui prévoyait, notamment, que toutes les réclamations contre le produit de la vente, y compris la réclamation de la demanderesse, devaient être faites par voie d'affidavit déposé au greffe au plus tard le 31 décembre 1997.

[10] Par la suite, le 30 janvier 1998, aucune défense ne lui ayant été signifiée, la demanderesse a demandé un jugement par défaut au montant de 17 602 057,32 \$ et, après la vente, a reçu un paiement partiel sur le produit de la vente qui excédait le montant raisonnablement nécessaire pour payer le reste des créanciers.

[11] La question des affidavits supplémentaires portant sur les faits s'est alors posée: dans une ordonnance en date du 25 mars 1998, la Cour a exigé que tous les affidavits portant sur les faits soient signifiés et déposés au plus tard le 15 avril 1998. La Cour a réservé du temps en août et septembre pour entendre

order and, on April 20, 1998, obtained an extension of time until April 28, 1998. The Bank of Scotland's affidavit was filed April 22, 1998, showing a balance, an "approximate minimum outstanding to the Bank following payment out of sale proceeds of all four vessels" of US\$965,348. This was apparently a gross approximate figure, for the affidavit went on to note that there would thus be a shortfall in repayment of the loan even if no claims in Canada, South Africa or Singapore were given priority over the Bank of Scotland's claim as mortgagee.

[12] Here I would note that the April 22, 1998 affidavit relied upon approximations and that is fair enough, for the Bank of Scotland could not forecast what priority the various courts might give to other claimants. The deponent of the affidavit sworn on behalf of the Bank of Scotland was cross-examined in August of 1998. The August and September hearing dates were adjourned. The Court set aside five days, two in Montréal and three in Vancouver, in November and December, to hear the priorities motion, however the parties were again not prepared to proceed: the motion has been reset for early January 1999. This brings us to the supplemental affidavit of claim in question.

[13] On December 14, 1998, the Bank of Scotland produced a supplemental affidavit, that of Douglas Newton, showing an estimated balance owing on its loan, after anticipated recoveries, of \$3,525,669.85. It is this affidavit to which the claimants object.

[14] As to the affidavit itself, it shows payments made and balances received relating to the *Nel*, the *Angelina L*, the *Blue L* and the *Anna L*, although in the case of the latter the gross proceeds were recovered by the Bank of Scotland. The claimants are disappointed that the Newton affidavit makes no mention of what they submit was a bonus to the Bank of Scotland of US\$1,700,000 on the purchase by the

la requête afin de déterminer l'ordre de priorité. La demanderesse n'a pu se conformer à l'ordonnance et, le 20 avril 1998, elle a obtenu une prorogation de délai jusqu'au 28 avril 1998. L'affidavit de la Bank of Scotland a été déposé le 22 avril 1998, indiquant un solde, soit [TRADUCTION] «une somme minimum approximative due à la Banque après le paiement sur le produit de la vente des quatre navires» de 965 348 \$US. Il s'agissait apparemment d'un chiffre approximatif, étant donné que l'affidavit précisait ensuite que le prêt ne serait pas remboursé au complet même si aucune réclamation au Canada, en Afrique du Sud ou à Singapour n'avait priorité sur celle de la Bank of Scotland en tant que créancière hypothécaire.

[12] Je voudrais noter ici que l'affidavit du 22 avril 1998 s'appuyait sur des chiffres approximatifs, ce qui est raisonnable, étant donné que la Bank of Scotland ne pouvait prévoir dans quel ordre seraient classés les créanciers par les différents tribunaux compétents. L'auteur de l'affidavit établi sous serment au nom de la Bank of Scotland a été contre-interrogé en août 1998. Les dates d'audience fixées pour les mois d'août et de septembre ont été reportées. La Cour a prévu cinq jours, soit deux à Montréal et trois à Vancouver, en novembre et en décembre, pour entendre la requête sur l'ordre de priorité; toutefois, les parties n'étaient toujours pas prêtes à procéder: la requête a été remise au rôle pour le début de janvier 1999. Ce qui nous amène à l'affidavit supplémentaire de réclamation en question.

[13] Le 14 décembre 1998, la Bank of Scotland a produit un affidavit supplémentaire, celui de Douglas Newton, dans lequel on prévoyait qu'il resterait sur le prêt, après les remboursements prévus, un solde de 3 525 669,85 \$. C'est à cet affidavit que s'opposent les créanciers.

[14] Quant à l'affidavit lui-même, il indique les paiements qui ont été faits et les soldes reçus ayant trait au *Nel*, au *Angelina L*, au *Blue L* et au *Anna L*, bien que dans le cas de ce dernier navire le produit brut ait été remis à la Bank of Scotland. Les créanciers sont déçus que l'affidavit de Newton ne fasse aucune mention d'un montant de 1 700 000 \$US qui, à leur avis, constitue une prime pour la Bank of

Bank of the *Blue L* and her resale.

[15] Now in the case of the *Nel* and the *Angelina L* the various payments to creditors are set out by date: relevant is the fact that of the 44 payments set out, 33 of them predate the April 22, 1998 claim affidavit of Mr. Myles, sworn on behalf of the Bank of Scotland. In the case of the *Blue L* there is no indication as to when the payments to claimants were made, although the claims against the *Blue L* were, by the order of a South African Court, to be filed by March 27, 1998. The referee, taxed by that Court to receive the claims against the *Blue L*, reported on March 31, 1998, again well before the April 22, 1998 claim affidavit of the Bank of Scotland. There is no indication as to when the Court ultimately allowed payment of the claims recommended by the referee, claims which totalled some \$2,000,000. Here I would note that the supplemental affidavit which the Bank of Scotland now seeks to file does not show a final figure for recovery on the *Blue L*, but rather an anticipated maximum recovery figure of just over \$2,000,000 on a sale price of \$3,334,750. I now turn to the rule governing timely filing of claims.

[16] Subsection 492(2) of the Rules, like former subsection 1008(2), is quite specific as to timely filing of claims: claims not filed within the time set by the Court are barred. The Federal Court of Appeal was quite adamant on this point in *National Bank of Greece S.A. v. Maccoil Inc.*, [1986] F.C.J. No. 234 (QL) [hereinafter the *Polar Paraguay*].

[17] The summary procedure for determining priorities by a motion may, by analogy, be likened to summary judgment procedure. A basic principle, in summary judgment procedure, is that no party may hold back, but rather each must put a best foot forward by producing such evidence as is reasonably

Scotland que celle-ci a réalisée lors de l'achat et de la revente du *Blue L*.

[15] Dans le cas du *Nel* et du *Angelina L*, les différents versements faits aux créanciers sont énumérés par ordre chronologique: il est pertinent de noter que sur les 44 paiements indiqués, 33 sont antérieurs à l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998 de M. Myles qui a été établi sous serment au nom de la Bank of Scotland. Dans le cas du *Blue L*, il n'y a pas d'indication de la date à laquelle les versements ont été faits aux créanciers, bien qu'une ordonnance d'un tribunal sud-africain ait exigé que les réclamations contre le *Blue L* soient déposées au plus tard le 27 mars 1998. L'arbitre, à qui la présente Cour avait ordonné de recevoir les réclamations contre le *Blue L*, a déposé son rapport le 31 mars 1998, soit bien avant l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998 de la Bank of Scotland. Il n'y a pas d'indication de la date à laquelle la Cour a ultimement permis le paiement des réclamations recommandées par l'arbitre, qui totalisaient une somme d'environ 2 000 000 \$. Je tiens à signaler ici que l'affidavit supplémentaire que la Bank of Scotland cherche maintenant à déposer ne donne pas de montant définitif pour les sommes recouvrées sur le *Blue L*, mais plutôt un remboursement maximum anticipé d'un peu plus de 2 000 000 \$ sur un prix de vente de 3 334 750 \$. J'aborde maintenant la règle régissant le dépôt des réclamations en temps opportun.

[16] Le paragraphe 492(2) des Règles, comme l'ancien paragraphe 1008(2), est très stricte sur les délais prévus pour le dépôt des réclamations: une fin de non-recevoir est opposée aux réclamations non déposées dans les délais fixés par la Cour. La Cour d'appel fédérale a été inflexible sur ce point dans l'arrêt *National Bank of Greece S.A. c. Maccoil Inc.*, [1986] F.C.J. n° 234 (QL) [ci-après appelé *Polar Paraguay*].

[17] La procédure sommaire pour déterminer l'ordre de priorité par voie de requête s'apparente, par analogie, à la procédure de jugement sommaire. Dans la procédure de jugement sommaire, il existe un principe de base selon lequel aucune partie ne peut demeurer inactive, mais doit plutôt présenter sa cause sous son

available to them: see for example *Feoso Oil Ltd. v. The Sarla*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A.), at page 82.

[18] In the present the initial sale order of December 3, 1997, is quite specific, requiring all claims, including that of the plaintiff, to be made by affidavit by the December 31, 1997 date. Similarly, the March 25, 1998 order is specific in requiring affidavits of fact by April 15, 1998. Here I would note that it was the plaintiff who brought a motion, in March of 1998, supported by material indicating that the plaintiff wished a March 30, 1998 cut-off date for affidavits, a date which the Court rejected in favour of April 15, 1998. As I noted earlier the plaintiff then had to obtain an extension on that date in order to file its affidavit of fact on April 22, 1998.

[19] The plaintiff's affidavit of April 22, 1998, does contain suggestions that it is not a final claim, for it indicates that some figures are provisional, being based upon then current information. However, it is unfortunate that the plaintiff did not make it clear in that affidavit both that the affidavit was not current as of April 22, 1998, and that it had overlooked many thousands of dollars of adjustments which had occurred before the affidavit was sworn, indeed, some expenditures were made a number of months before the affidavit was sworn.

[20] Counsel for the Bank of Scotland submits that this is an extraordinary case and given that there is no prescribed procedure for updating the balance owing, on a claim that was clearly defined in two previous claim affidavits by the Bank of Scotland, it is only just to allow the Bank to file additional affidavit material.

[21] To extend time so that the Bank of Scotland might file more affidavit material is contrary to subsection 492(2) of the Rules and flies in the face of the Court of Appeal's view in the *Polar Paraguay*,

meilleur jour: voir par exemple *Feoso Oil Ltd. c. Le Sarla*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.), à la page 82.

[18] En l'espèce, la première ordonnance de vente du 3 décembre 1997 est très précise, exigeant que toutes les réclamations, y compris celle de la demanderesse, aient été déposées par affidavit au plus tard le 31 décembre 1997. De même, l'ordonnance du 25 mars 1998 demande précisément que les affidavits portant sur les faits soient déposés au plus tard le 15 avril 1998. Je note que c'est la demanderesse qui a présenté la requête, en mars 1998, appuyée par des documents indiquant qu'elle souhaitait que la date limite pour la production des affidavits soit fixée au 30 mars 1998, une date que la Cour a reportée au 15 avril 1998. Comme je l'ai déjà noté, la demanderesse a ensuite obtenu une prorogation de ce délai pour déposer son affidavit portant sur les faits le 22 avril 1998.

[19] L'affidavit de la demanderesse en date du 22 avril 1998 laisse supposer qu'il ne s'agit pas d'une réclamation finale, étant donné qu'il indique que certains chiffres sont provisoires, se fondant sur les renseignements dont la demanderesse disposait à ce moment. Toutefois, il est malheureux que la demanderesse n'ait pas indiqué clairement dans cet affidavit d'une part que l'affidavit n'était pas à jour au 22 avril 1998 et d'autre part qu'elle avait oublié plusieurs milliers de dollars de redressements qui ont été apportés avant que l'affidavit soit établi sous serment; en fait, certaines dépenses ont été faites plusieurs mois avant que l'affidavit soit établi sous serment.

[20] L'avocat de la Bank of Scotland prétend qu'il s'agit d'une affaire extraordinaire et que, comme il n'y a pas de procédure prescrite pour la mise à jour du solde dû sur une réclamation qui a été clairement énoncée dans deux affidavits de réclamations antérieurs déposés par la Bank of Scotland, il n'est que juste d'autoriser la Banque à déposer un affidavit supplémentaire.

[21] Proroger le délai pour permettre à la Bank of Scotland de déposer d'autres affidavits est contraire au paragraphe 492(2) des Règles et va carrément à l'encontre de l'opinion exprimée par la Cour d'appel

*supra*. But I have considered whether I might properly rely on rule 55 by finding special circumstances by which to dispense with compliance with subsection 492(2), a rule which clearly bars a claim made out of time. As I read subsection 492(2) it ought to apply to supplements to a claim, for at least one purpose of the rule is to bring to an end the making of or the adding to a claim so that the business of dividing up the sale proceeds may be concluded within a reasonable time. There are three reasons why I ought not to apply rule 55 to remove the subsection 492(2) time bar. First, rule 55 ought not to be used to amend the Rules: *Fritz (T.) v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 370 (F.C.T.D.), at page 373 [Then Rule 6 (as enacted by SOR/90-846, s. 2)]. To ignore a specific and necessary time provision would be tantamount to amending subsection 492(2). Second, if I am wrong on this first point, I am not convinced that this is an extraordinary case such that it presents special circumstances in order to bring it within the ambit of rule 55. Third, rule 55 ought to be read in conjunction with rule 3:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

To allow in an affidavit of claim at this time, after two earlier adjournments of the priorities motion, adjournments which, as I understand it, came about, at least in part, by reason of cross-examination on the Bank of Scotland's affidavit and delays both in making the deponent available and in producing material, would result in just the opposite of a most expeditious and least expensive solution. Yet, would the refusal of leave to file the affidavit result in an unreasonable injustice to the Bank of Scotland?

[22] Granted, the Bank of Scotland's mortgage is said to be an account current or running mortgage.

dans l'arrêt *Polar Paraguay*, précité. Mais j'ai examiné si je pouvais à bon droit m'appuyer sur la règle 55 en estimant qu'il y a des circonstances particulières qui m'autorisent à dispenser la Banque d'observer le paragraphe 492(2), règle qui empêche manifestement le dépôt d'une réclamation en dehors des délais fixés. De la façon dont j'interprète le paragraphe 492(2), cette règle doit s'appliquer aux documents supplémentaires ayant trait à une réclamation, étant donné qu'au moins l'un des buts de la règle est de mettre un terme à l'ajout de documents à une réclamation de sorte que le partage du produit de la vente puisse se faire dans un délai raisonnable. Il y a trois raisons pour lesquelles je ne devrais pas appliquer la règle 55 pour dispenser de l'observation du délai fixé au paragraphe 492(2). Premièrement, la règle 55 ne doit pas être utilisée pour modifier les Règles: *Fritz (T.) c. M.R.N.*, [1993] 1 C.T.C. 370 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la page 373, [auparavant la règle 6 (édicte par DORS/90-846, art. 2)]. Ignorer une disposition qui fixe un délai précis et de rigueur équivaldrait à modifier le paragraphe 492(2). Deuxièmement, si je fais erreur sur ce premier point, je ne suis pas convaincu qu'il s'agit d'une affaire extraordinaire qui présente des circonstances particulières suffisantes pour justifier l'application de la règle 55. Troisièmement, la règle 55 doit être lue de concert avec la règle 3:

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

Autoriser le dépôt d'un affidavit de réclamation à l'heure actuelle, après deux ajournements de la requête visant à établir l'ordre de priorité, des ajournements qui, d'après ce que je comprends, ont été accordés, du moins en partie, du fait que les créanciers ont procédé à un contre-interrogatoire portant sur l'affidavit de la Bank of Scotland et à cause des retards attribuables au manque de disponibilité de l'auteur de l'affidavit et à la communication tardive des documents, aboutirait à un résultat tout à fait contraire à la solution la plus juste et la plus expéditive et économique possible. Cependant, le refus d'autoriser le dépôt de l'affidavit entraînerait-il une injustice déraisonnable pour la Bank of Scotland?

[22] Il n'est pas contesté que l'hypothèque de la Bank of Scotland garantit une marge de crédit. Toute-

However it cannot go on running indefinitely, with fresh supporting affidavit material, renewed cross-examination and further adjourned hearing dates. At least to some degree the Bank of Scotland's present difficulties would seem to arise out of the Bank of Scotland, itself, not taking this proceeding as seriously as it ought. Here I specifically separate counsel and the Bank. The Bank has pressed for a quick resolution, yet not been able to meet its self-inflicted timetable. The Bank's previous affidavit material seems to have been prepared without regard for items which, had there been timely book-keeping, ought to have appeared in the April 22, 1998 claim affidavit: here I refer back to 33 of the 44 payments relating to the *Nel* and to the *Angelina L* which were made at a date which should have enabled them to be included in the April 22, 1998 claim affidavit.

[23] Perhaps the parties ought, in hindsight, to have opted for a full blown trial, with a complete discovery procedure (a costly exercise) to determine priorities. But they did not. They elected to proceed by motion. Therefore it became incumbent upon all of those claiming against the sale proceeds not only to put forward their best cases, as of a given date, the date set by the Court in consultation with the parties for filing affidavits of fact to support their claims, but also to complete cross-examination promptly and, failing agreement, to have the priorities motion heard expeditiously. In the present instance, taking all of the circumstances together, including the need to move to a prompt determination of entitlement to the sale proceeds of the *Nel* and to bring an end to the legal expenses of all of the claimants, those factors outweigh any injustice to the Bank of Scotland.

[24] Counsel for the Bank of Scotland submits I ought to apply rule 371, a rule which allows the

fois, cette situation ne peut être maintenue indéfiniment en déposant de nouveaux affidavits à l'appui de la réclamation, en procédant à un nouveau contre-interrogatoire et en demandant de nouveaux ajournements. Dans une certaine mesure à tout le moins, la Bank of Scotland semble elle-même responsable des difficultés qu'elle éprouve actuellement, car elle ne prend pas cette procédure aussi au sérieux qu'elle le devrait. Sur ce point, je fais une distinction entre l'avocat de la banque et la banque elle-même. La banque a insisté pour avoir un règlement rapide, et pourtant elle n'est pas capable de respecter le calendrier qu'elle a elle-même demandé. Les affidavits antérieurs de la banque semblent avoir été préparés sans tenir compte de postes qui, si la tenue de livres avait été faite convenablement, auraient dû figurer dans l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998: je fais référence ici aux 33 des 44 paiements ayant trait au *Nel* et au *Angelina L* qui ont été faits à une date qui aurait dû leur permettre de figurer dans l'affidavit de réclamation du 22 avril 1998.

[23] En rétrospective, les parties auraient peut-être dû opter pour une instruction complète, qui aurait été accompagné d'une procédure complète de communication (ce qui est très coûteux) afin d'établir l'ordre de priorité. Mais elles n'ont pas fait ce choix. Elles ont choisi de procéder par voie de requête. Il incombe donc à toutes les personnes qui ont un droit sur le produit de la vente, non seulement de présenter leur cause sous leur meilleur jour, à la date fixée par la Cour en consultation avec les parties pour le dépôt des affidavits portant sur les faits afin d'appuyer leurs réclamations, mais également de mettre rapidement fin au contre-interrogatoire et, à défaut d'une entente, de faire en sorte que leurs requêtes sur l'ordre de priorité soient entendues le plus rapidement possible. En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de la nécessité de déterminer rapidement ceux des créanciers qui ont droit au produit de la vente du *Nel* et de mettre un terme aux frais juridiques de tous les créanciers, ces facteurs ont préséance sur toute injustice qui pourrait être causée à la Bank of Scotland.

[24] L'avocat de la Bank of Scotland fait valoir que je devrais appliquer la règle 371, une règle qui auto-

Court, on motion and in special circumstances, to hear *viva voce* factual evidence from a witness. Special circumstances depend upon the facts in the particular instance. I do not look upon a refusal to order a waiver of a time bar as a special circumstance which might allow *viva voce* evidence in this matter, for in essence it is an attempt to bring in evidence that was rejected as out of time, evidence in part to patch up an earlier affidavit.

### Conclusion

[25] The plaintiff's motion is denied, subject to the proviso that should counsel for the claimants who cross-examined the Bank of Scotland's deponent wish to rely upon a document that is part of a package or set, then necessarily related documents in that package or set may be relied upon by the plaintiff. Of course, rejection of the Bank of Scotland's proposed supplemental affidavit does not bar an updating of the Bank's claim for interest on the shortfall it is able to establish.

[26] The costs of this motion may be dealt with at a future date convenient to the parties.

rise la Cour, dans le cadre d'une requête et dans des circonstances particulières, à entendre une personne témoigner sur une question de fait. Les circonstances particulières dépendent des faits de chaque espèce. Je ne considère pas que le refus d'ordonner la renonciation à une date limite constitue une circonstance particulière qui justifierait d'entendre un témoin sur cette question, étant donné qu'il s'agit essentiellement d'une tentative de déposer une preuve qui a été rejetée parce que les délais étaient expirés, preuve qui avait pour but de corriger les lacunes d'un affidavit antérieur.

### Conclusion

[25] La requête de la demanderesse est rejetée, sous réserve que, si l'avocat des créanciers qui a contre-interrogé l'auteur de l'affidavit déposé au nom de la Bank of Scotland souhaite s'appuyer sur un document qui fait partie d'une liasse ou d'une série de documents, alors la demanderesse pourra s'appuyer sur les documents nécessairement accessoires faisant partie de cette liasse ou de cette série de documents. Bien entendu, le rejet de l'affidavit supplémentaire proposé par la Bank of Scotland n'empêche pas la mise à jour de la réclamation de la banque au titre des intérêts courus sur les sommes qu'elle ne pourra recouvrer et qu'elle sera en mesure d'établir.

[26] Les frais de la présente requête seront décidés ultérieurement à une date convenant aux parties.