

T-1645-81

T-1645-81

Lorac Transport Ltd. (Plaintiff)

v.

Owners and all those interested in the cargo ex the ship *Atra*, Satkab Co., Ministry of Energy, Islamic Republic of Iran (Defendants)

Trial Division, McNair J.—Saint John, New Brunswick, September 12, 1983; Ottawa, April 12, 1984.

International law — Sovereign immunity — Sale of goods to Iranian corporation — Goods unable to be shipped due to war — Transport company claiming lien on cargo and suing under contract of affreightment — Defendant moving for dismissal of action for sovereign immunity as defendant department of Iranian government — Defendant's articles of association stating objects including carrying on any commercial activity — Statutory declarations defendant government department not conclusive — Trend against applying sovereign immunity doctrine to commercial transactions of foreign governmental agencies — Cases demonstrating trend reviewed — Alter ego test — Motion dismissed.

Jurisdiction — Federal Court — Trial Division — Interpretation of s. 43(3) of Act — Section providing Court not exercise jurisdiction in rem re claims in s. 22(2) unless subject-matter owned by same person as when cause of action arose — Jurisdictional requisite aimed at action rather than warrant — Jurisdictional criterion satisfied by allegation re ownership in statement of claim — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 22(2), 43(3).

Practice — Service of warrant — Rules not requiring exhibit copy be certified — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 302, 332(1), 1002(5)(b), 1003(2),(6),(8).

Domtar contracted with the defendant, Satkab, for the sale of a quantity of impregnated wooden poles. According to the contract, it was to be governed and interpreted according to Iranian law. Satkab was defined as meaning the Iranian Ministry of Energy. The plaintiff, which was not a party to that contract, chartered the *Atra* and contracted with Domtar to transport the goods. The cargo was loaded at Saint John but it had to be taken off and stored in a warehouse when a war broke out between Iran and Iraq. The plaintiff claims a lien against the cargo for amounts due under the contract of affreightment. It commenced an action and had the cargo arrested. Judgment in default of defence was obtained. The defendant subsequently secured an order setting aside the default judgment and giving leave to file a conditional appearance.

Lorac Transport Ltd. (demanderesse)

c.

a

Propriétaires et autres intéressés dans la cargaison provenant du navire *Atra*, Satkab Co., ministère de l'Énergie, République islamique d'Iran (défendeurs)

b

Division de première instance, juge McNair—Saint John (Nouveau-Brunswick), 12 septembre 1983; Ottawa, 12 avril 1984.

c

Droit international — Immunité de juridiction — Vente de marchandises à une société iranienne — Impossibilité d'expédier les marchandises par suite de l'état de guerre — Privilège réclamé par la compagnie de transport sur la cargaison et poursuite en vertu du contrat d'affrètement — Requête de la défenderesse en rejet de l'action au motif d'immunité de juridiction en tant qu'organe du gouvernement iranien —

d

Déclaration dans les statuts constitutifs de la défenderesse qu'elle a notamment pour objet une activité commerciale — Les déclarations solennelles que la défenderesse est un organe gouvernemental ne sont pas concluantes — Tendence à ne pas appliquer la doctrine de l'immunité de juridiction aux opérations commerciales des agences gouvernementales étrangères —

e

Examen de la jurisprudence démontrant la tendance — Critère de l'alter ego — Rejet de la requête.

f

Compétence — Cour fédérale — Division de première instance — Interprétation de l'art. 43(3) de la Loi — L'article prévoit que la Cour ne peut exercer sa compétence en matière réelle dans le cas des demandes prévues à l'art. 22(2) à moins que l'objet de l'action n'appartienne au même propriétaire qu'au moment où la cause d'action a pris naissance — Le lien de compétence requis vise l'action et non le mandat — L'allégation de la déclaration en matière de propriété suffit à satisfaire au critère de compétence — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 22(2), 43(3).

g

Pratique — Signification d'un mandat de saisie-arrêt — Les Règles n'exigent pas que la copie de la pièce soit certifiée — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 2, 302, 332(1), 1002(5)(b), 1003(2),(6),(8).

h

Domtar, par contrat intervenu avec la défenderesse, Satkab, a acheté des poteaux en bois traité. Il était stipulé que la loi qui régirait le contrat et son interprétation serait la loi iranienne. Satkab y est définie comme le ministère de l'Énergie iranien. La demanderesse, qui n'était pas partie au contrat, a affrété l'*Atra* et a conclu un contrat avec Domtar pour le transport des marchandises. La cargaison a été embarquée à Saint-Jean,

i

mais il a fallu la décharger et l'entreposer lorsque la guerre a éclaté entre l'Iran et l'Irak. La demanderesse prétend avoir un privilège sur la cargaison en garantie des sommes qui lui seraient dues en vertu du contrat d'affrètement. Elle a intenté une action et fait saisir-arrêter la cargaison. Elle a obtenu un jugement par défaut de produire une défense. Subséquemment,

j

la défenderesse a obtenu une ordonnance annulant le jugement par défaut et l'autorisant à produire une comparution conditionnelle.

The present motion, by Satkab, is for an order dismissing the action and for release of security on the following grounds: (1) lack of jurisdiction in the Court; (2) defective service of the warrant to arrest the cargo and (3) sovereign immunity of the defendant as a department of the government of Iran.

Held, the motion should be dismissed with costs.

(1) In arguing lack of jurisdiction, the defendant points to subsection 43(3) of the *Federal Court Act*. That subsection provides that the Court shall not exercise its jurisdiction *in rem* with respect to certain claims mentioned in subsection 22(2) of the Act unless, when the action was commenced, the subject-matter was beneficially owned by the person who was the beneficial owner when the cause of action arose. While Rule 1003(1) envisages a warrant for arrest as an ancillary step in an action already commenced, the defendant makes no such distinction and argues that the matter of jurisdiction goes to the warrant itself. But the wording of subsection 43(3) suggests that the jurisdictional requisite is aimed at the action rather than the warrant. In any event, the jurisdictional criterion was satisfied by the allegation in the statement of claim that Satkab was at all material times the owner or beneficial owner of the cargo.

(2) In support of the contention that service of the warrant was defective, the defendant notes that Exhibit "A" to the affidavit of service is not a certified copy of the warrant. There is, however, nothing in the Rules which requires that the exhibit copy must be a certified copy of the original document—in this case, the warrant for arrest.

(3) The defendant, Satkab, invokes the doctrine of sovereign immunity and says that the poles belong to the state of Iran. It contends that it is a department of the Energy Ministry. Statutory declarations filed by the defendant reveal that Satkab was incorporated as an electrical material supply and manufacturing company, the shares of which are held by regional electrical power companies. The shares of these companies are owned by the government of Iran. The officers, directors and employees of Satkab are Iranian civil servants paid out of public funds. The company's articles of association state that its objects include carrying on "any Commercial activities and transaction". The model portrayed is thus that of a commercial corporation. The statutory declarations to the effect that Satkab is a government department must be accorded due weight but they are not conclusive and have to be weighed against the remainder of the documentary evidence. A review of all the evidence would indicate whether Satkab was under governmental control and exercised government functions to such extent as to constitute it a department of state in the real and not fictional sense.

There has been a developing trend against applying the doctrine of absolute sovereign immunity to ordinary commercial transactions engaged in by foreign governments or their agencies. Reference might be made to the case *Flota Maritima de Cuba* in which Ritchie J. quoted from a text writer to the effect that the expansion of economic activities by the modern state was such as to render unworkable a rule granting to the

Satkab, par la présente requête, conclut à une ordonnance de rejet de l'action et à la levée de la garantie fournie pour les raisons suivantes: (1) incompétence de la Cour; (2) défaut dans la signification du mandat de saisie de la cargaison; (3) immunité de juridiction de la défenderesse en tant qu'organisme du gouvernement iranien.

Jugement: la requête est rejetée avec dépens.

(1) Dans son exception d'incompétence, la défenderesse invoque le paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce paragraphe porte que la compétence *in rem* de la Cour ne peut être exercée relativement à certaines demandes spécifiées au paragraphe 22(2) de la Loi à moins que, au moment où l'action est intentée, l'objet de l'action n'ait eu pour propriétaire en *equity* celui qui en était propriétaire en *equity* au moment où la cause d'action a pris naissance. Alors que la Règle 1003(1) conçoit le mandat de saisie comme une étape accessoire à l'action déjà engagée, la défenderesse ne fait pas cette distinction et prétend que la question de la compétence s'attache au mandat lui-même. Mais le texte du paragraphe 43(3) laisse entendre que le lien de compétence requis vise l'action et non le mandat. Quoi qu'il en soit, l'allégation dans la déclaration que Satkab était à toutes les époques pertinentes propriétaire, ou propriétaire en *equity*, de la cargaison satisfait au critère de compétence.

(2) Pour étayer sa prétention que la signification du mandat était irrégulière, la défenderesse note que la pièce «A» annexée à l'affidavit de signification n'est pas une copie certifiée du mandat. Cependant, il n'y a rien dans les Règles exigeant que la copie de l'acte versée comme pièce au dossier soit une copie certifiée conforme de l'acte original, en l'espèce, le mandat de saisie.

(3) La défenderesse, Satkab, invoque la doctrine de l'immunité de juridiction pour dire que les poteaux sont la propriété de l'État iranien. Elle soutient qu'elle est un département du ministère de l'Énergie. Les déclarations solennelles produites par la défenderesse indiquent que Satkab a été constituée en une compagnie fournissant et fabriquant du matériel électrique dont les actions sont détenues par d'autres compagnies d'électricité régionales. Les actions des autres compagnies appartiennent au gouvernement iranien. Les dirigeants, administrateurs et employés de Satkab sont des fonctionnaires iraniens dont les salaires sont versés à même les fonds publics. Les statuts de la compagnie disent que son objet comprend l'exercice de «toutes activités et opérations commerciales». Le modèle suivi est donc celui d'une société commerciale. Les déclarations solennelles disant que Satkab est un organe gouvernemental doivent recevoir tout le poids qui leur est dû, mais elles ne sont nullement concluantes et elles doivent être appréciées à la lumière des autres preuves littérales. Un examen de toutes les preuves administrées montrera si Satkab est contrôlée par le gouvernement et exerce suffisamment de fonctions gouvernementales pour constituer un organe d'État au sens véritable et non pas une simple fiction.

Une tendance doctrinale se développe qui réprovoque l'application de l'immunité absolue de juridiction aux opérations commerciales ordinaires effectuées par des gouvernements étrangers ou leurs agences. On se référera à l'arrêt *Flota Maritima de Cuba* où le juge Ritchie cite un auteur selon lequel l'expansion des activités économiques de l'État moderne tend à rendre impraticable la règle qui accorde à l'État agissant comme

state operating as a trader a privileged position as compared with private traders. In *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*, Laskin J. in a strong dissenting opinion, wrote that the doctrine of absolute sovereign immunity was a spent force. The *République du Congo* case was to be distinguished from the case at bar since the subject-matter of the former was fully arrayed in the vestments of sovereign authority.

Also of interest was the *Ferranti-Packard* case in Ontario in which it was held that the New York State Thruway Authority could be impleaded in that Province since it was not the alter ego or organ of the State. The Court took into consideration the Authority's separate function, the nature of its commercial activity and its independent initiative in establishing policy and carrying out its responsibility.

In the *I Congreso*, Lord Denning of the Court of Appeal approved a statement of law, made a century ago, to the effect that a prince might not "assume the character of a trader, when it is for his benefit; and when he incurs an obligation to a private subject to throw off . . . his disguise, and appear as a sovereign, claiming . . . all the attributes of his character".

The case law has come to the point where the doctrine of absolute sovereign immunity no longer applies to the commercial transactions of foreign governments or their agencies unless such transactions are clearly of a governmental or sovereign character. And for sovereign immunity to succeed in cases where a state has set up a separate legal entity to transact business in the market place, it must be shown that the legal entity, on the tests of function and control and not mere status, is the alter ego or emanation of the state itself.

On broad principle, the defendant could not sustain a claim to sovereign immunity for the whole subject-matter possessed all the attributes of a private commercial transaction and fell outside the sphere of governmental activity.

The same result must be reached upon an application of the alter ego test. A study of the objectives, powers and share structure of the defendant led to the conclusion that whatever governmental role it played, that was insufficient to render it a mere functionary of the State of Iran.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Philippine Admiral, [1977] A.C. 373 (P.C.); *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 581; [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.); *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.* (1980), 115 D.L.R. (3d) 691 (Ont. H.C.); *I Congreso del Partido*, [1981] 3 W.L.R. 328 (H.L.); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 A.&E. 59.

NOT FOLLOWED:

Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo, [1957] 1 Q.B. 438; [1956] 3 All E.R. 715 (C.A.).

commerçant une position privilégiée par rapport aux commerçants privés. Dans l'arrêt *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, le juge Laskin, dans une forte dissidence, écrit que la doctrine de l'immunité de juridiction absolue est morte. L'arrêt *République du Congo* doit être distingué de l'espèce puisqu'il se drapait de tout l'apparat de l'autorité souveraine.

La décision ontarienne *Ferranti-Packard*, où il a été jugé que la *Thruway Authority* de l'État de New York pouvait être poursuivie dans cette province, puisqu'elle n'était ni l'*alter ego* ni un organe de l'État est aussi digne de mention. La Cour a tenu compte de la fonction distincte de l'Administration, de la nature de son activité commerciale et de son indépendance dans l'établissement et l'exercice, à sa propre initiative, de sa politique et de ses responsabilités.

Dans l'arrêt *I Congreso*, lord Denning, de la Cour d'appel, a approuvé un énoncé du droit, fait il y a environ 100 ans, selon lequel le prince ne peut [TRADUCTION] «se faire commerçant pour son profit; puis, ayant encouru une obligation envers un sujet de droit privé . . . rejeter . . . son déguisement et, apparaissant comme un souverain . . . réclamer . . . tous les attributs de sa nature».

La jurisprudence en est arrivée à un point où la doctrine de l'immunité de juridiction absolue ne s'applique plus aux opérations commerciales des gouvernements étrangers ou de leurs agences, à moins que ces opérations ne revêtent clairement un caractère gouvernemental ou souverain. Et pour que l'immunité de juridiction soit reconnue dans les cas où un État érige une entité juridique distincte pour faire des affaires d'ordre commercial, il doit être démontré que l'entité juridique, selon le critère décisif de la fonction et du contrôle, et non simplement du statut, est l'*alter ego* ou l'émanation de l'État lui-même.

Selon le principe général, la défenderesse ne peut profiter de l'immunité de juridiction, car l'espèce dans son ensemble possède toutes les caractéristiques d'une opération commerciale privée et se situe clairement en dehors de la sphère de l'activité gouvernementale.

L'application du critère de l'*alter ego* conduit au même résultat. Une étude des objets, des pouvoirs et de la structure des actions de la défenderesse mène à la conclusion que quel que soit le rôle gouvernemental qu'elle joue, il est insuffisant pour en faire un simple fonctionnaire de l'État iranien.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

The Philippine Admiral, [1977] A.C. 373 (P.C.); *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 581; [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.); *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.* (1980), 115 D.L.R. (3d) 691 (H.C. Ont.); *I Congreso del Partido*, [1981] 3 W.L.R. 328 (H.L.); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 A.&E. 59.

DÉCISION ÉCARTÉE:

Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo, [1957] 1 Q.B. 438; [1956] 3 All E.R. 715 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Mellenger v. New Brunswick Development Corpn., [1971] 1 W.L.R. 604; [1971] 2 All ER 593 (C.A.); *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. v. Republic of Cuba*, [1962] S.C.R. 598; 34 DLR (2d) 628; *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; 22 DLR (3d) 669.

REFERRED TO:

Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd., [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *Fowler & Wolfe Manufacturing Co. and the Dominion Radiator Co., Ltd., v. The Gurney Foundry Co., Ltd.* (1913), 14 Ex.C.R. 336; *Fredericton Housing Ltd. v. The Queen*, [1973] F.C. 681; 40 DLR (3d) 392 (C.A.).

COUNSEL:

Gerald M. Lawson and Christopher M. Correia for plaintiff.
Robert Jette and Frederick Welsford for defendants.

SOLICITORS:

Lawson & Lawson, Saint John, New Brunswick, for plaintiff.
Clark, Drummie & Co., Saint John, New Brunswick, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCNAIR J.: This is a motion by the defendant, Satkab Co., for an order for dismissal of the plaintiff's action and the release of security on the grounds of lack of jurisdiction in the Court, defective service of the warrant to arrest the cargo of the ship *Atra* and the sovereign immunity of the defendant, Satkab Co., as a department of the government of the Islamic Republic of Iran. The motion was heard at Saint John, New Brunswick, on September 12, 1983, and was contested by the plaintiff. Initially, the defendant took exception as well to irregularities in the service of the statement of claim but this ground of objection was abandoned on the strength of a curative affidavit filed at the hearing.

The subject of the action is a cargo of impregnated wooden poles *ex* the ship *Atra*. The contract for purchase of the poles was dated October 16,

DISTINCTION FAITE AVEC:

Mellenger v. New Brunswick Development Corpn., [1971] 1 W.L.R. 604; [1971] 2 All ER 593 (C.A.); *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. v. Republic of Cuba*, [1962] R.C.S. 598; 34 DLR (2d) 628; *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; 22 DLR (3d) 669.

DÉCISIONS CITÉES:

Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd., [1977] 2 C.F. 257 (1^{re} inst.); *Fowler & Wolfe Manufacturing Co. and the Dominion Radiator Co., Ltd., v. The Gurney Foundry Co., Ltd.* (1913), 14 R.C.É. 336; *Fredericton Housing Ltd. c. La Reine*, [1973] C.F. 681; 40 DLR (3d) 392 (C.A.).

AVOCATS:

Gerald M. Lawson et Christopher M. Correia pour la demanderesse.
Robert Jette et Frederick Welsford pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Lawson & Lawson, Saint John (Nouveau-Brunswick), pour la demanderesse.
Clark, Drummie & Co., Saint John (Nouveau-Brunswick), pour les défendeurs.

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

LE JUGE MCNAIR: La Cour est saisie d'une requête de la défenderesse, Satkab Co., concluant à une ordonnance de rejet de l'action de la demanderesse et à la levée de la garantie fournie, en raison de l'incompétence de la Cour, d'un défaut dans la signification du mandat de saisie de la cargaison du navire *Atra* et de l'immunité de juridiction de la défenderesse, Satkab Co., en tant qu'organisme gouvernemental de la République islamique d'Iran. La requête a été instruite à Saint John, au Nouveau-Brunswick, le 12 septembre 1983; la demanderesse l'a contestée. La défenderesse avait dans un premier temps excipé aussi de certaines irrégularités dans la signification de la déclaration, mais ce moyen a été abandonné en raison de l'affidavit produit à l'instruction, qui y remédiait.

Une cargaison de poteaux en bois traité, en provenance du navire *Atra*, fait l'objet de l'action. Le contrat d'achat des poteaux est daté du 16

1979. It was made between the defendant, Satkab Co., and Domtar Inc. The contract defines Satkab Co. to mean the Ministry of Energy of the Islamic Republic of Iran. Satkab Co. signed the contract in that capacity. The price for the supply and delivery of the wooden poles was \$1,603,025. The law governing the contract and its construction was declared to be that of Iran. Delivery was to be made to one or other of two specified southern Iranian ports. The plaintiff was not a party to this contract for the supply and delivery of poles.

The plaintiff chartered the ship *Atra* under a charter-party made with the owner on July 21, 1980. The shipper, Domtar Inc., through its agent, entered into a contract of affreightment with the plaintiff for carriage of the wooden pole cargo. A bill of lading was issued on September 16, 1980. The cargo was loaded on board the *Atra* at the port of Saint John during the period September 19, to October 2, 1980. The bill of lading was negotiated and the defendant, Satkab Co., became the holder thereof. On September 22, 1980, war broke out between Iran and Iraq. Because of the war risk, the cargo of poles was discharged from the ship at Saint John and placed in the custody of a warehouseman. This occurred over the period from November 26, 1980 to January 21, 1981. The plaintiff claimed a lien against the cargo under clause 12 of the bill of lading for amounts claimed to be due under the contract of affreightment and costs and expenses in connection therewith. The total amount claimed was \$565,718.64 plus interest thereon.

On February 26, 1981, the plaintiff commenced action against the defendant by filing its statement of claim. The plaintiff caused the cargo to be arrested by warrant of the same date. The defendant posted as security a guarantee of the Toronto-Dominion Bank for \$650,000. In consequence, the plaintiff applied for release of the cargo. By order or direction of the Court made on January 7, 1982, the cargo was released from arrest conditional upon payment of sheriff's fees and charges incurred in connection therewith.

In the meantime, other events had occurred. Judgment in default of defence was entered against the defendant on April 6, 1981, with dam-

octobre 1979. Il est intervenu entre la défenderesse, Satkab Co., et Domtar Inc. Le contrat définit Satkab Co. comme étant le ministère de l'Énergie de la République islamique d'Iran. Satkab Co. a signé le contrat en cette capacité. Le prix pour la fourniture et la livraison des poteaux de bois est de 1 603 025 \$. Il est stipulé que la loi qui régira le contrat et son interprétation sera la loi iranienne. La livraison devait être faite à l'un ou l'autre de deux ports du Sud iranien indiqués. La demanderesse n'est pas partie au contrat de fourniture et de livraison des poteaux.

La demanderesse a affrété le navire *Atra* en vertu d'une charte-partie conclue avec son propriétaire le 21 juillet 1980. Le chargeur, Domtar Inc., par son mandataire, a conclu un contrat d'affrètement avec la demanderesse pour le transport de la cargaison de poteaux de bois. Un connaissement a été émis le 16 septembre 1980. La cargaison a été chargée à bord de l'*Atra* au port de Saint John entre le 19 septembre et le 2 octobre 1980. Le connaissement a été négocié et la défenderesse, Satkab Co., en est devenue le détenteur. Le 22 septembre 1980, la guerre éclatait entre l'Iran et l'Irak. À cause du risque de guerre, la cargaison de poteaux a été déchargée à Saint John et confiée à la garde d'un entrepositaire. Cela s'est produit entre le 26 novembre 1980 et le 21 janvier 1981. La demanderesse prétend avoir un privilège sur la cargaison, en vertu de la clause 12 du connaissement, en garantie des sommes réclamées sur le fondement du contrat d'affrètement et des frais et débours connexes. La somme totale réclamée s'élève à 565 718,64 \$, plus l'intérêt.

Le 26 février 1981, la demanderesse intentait une action contre la défenderesse en produisant sa déclaration. La demanderesse a fait saisir la cargaison par mandat lancé le même jour. La défenderesse a fourni une sûreté, sous forme d'une garantie de la Banque Toronto-Dominion, de 650 000 \$. La demanderesse a alors demandé la levée de la saisie de la cargaison. Par ordonnance ou directive du tribunal, en date du 7 janvier 1982, il y a eu levée de la saisie-arrêt de la cargaison sous condition du paiement des frais de shérif et des débours engagés à son sujet.

Dans l'intervalle, d'autres événements se sont produits. La défenderesse a été condamnée par défaut pour non-production d'une défense le 6 avril

ages to be assessed. The defendant brought on a motion for stay of the assessment. An order was made on May 4 staying the assessment for 20 days on terms as to costs. The defendant then brought on a motion for an order setting aside the default judgment given by Addy J., and an order giving leave to file a conditional appearance. The motion was heard by Walsh J., on May 22, 1981, and an order was made setting aside the default judgment on terms that the defendant pay to the plaintiff its taxed costs of the default judgment, the assessment of damages, and the motion to set aside. The order gave the defendant leave to file a conditional appearance within five days after payment of such costs. The conditional appearance was not filed until May 6, 1983. These were the essential facts of the case when the motion for dismissal was made.

The first objection goes to the jurisdiction of the Court. The defendant relies here on subsection 43(3) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] which provides that the Court shall not exercise its jurisdiction *in rem* with respect to certain claims mentioned in specified paragraphs of subsection 22(2) of the Act unless, at the time of the commencement of the action, the subject-matter thereof is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose. The present action is one *in rem*. The subject of the action is within the claim category of paragraph 22(2)(i) of the Act to which subsection 43(3) relates. This paragraph categorizes claims arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter-party or otherwise. The defendant contends that those interrelated statutory provisions mandatorily require that the Court be satisfied before exercising its arrest jurisdiction *in rem* that the property sought to be arrested is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose.

Rule 1002 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] distinguishes actions *in rem* and *in personam*.

1981, les dommages-intérêts à être évalués ultérieurement. La défenderesse a introduit une requête en sursis de l'évaluation. Une ordonnance a été prononcée le 4 mai, sursoyant à l'évaluation pour 20 jours, assortie de conditions quant aux frais. La défenderesse a introduit alors une requête en annulation du jugement par défaut rendu par le juge Addy, concluant à ce qu'elle soit autorisée à produire une comparution conditionnelle. Le juge Walsh a instruit la requête le 22 mai 1981 et ordonnance a été rendue, annulant le jugement par défaut, à la condition que la défenderesse paye à la demanderesse les dépens taxés du jugement par défaut, ceux de l'évaluation des dommages-intérêts et ceux de la requête en annulation. L'ordonnance autorisait la défenderesse à produire une comparution conditionnelle dans les cinq jours du paiement de ces dépens. La comparution conditionnelle n'a pas été produite avant le 6 mai 1983. Voilà quels étaient les faits essentiels de l'affaire au moment de l'introduction de la requête en rejet de l'action.

Le premier moyen concerne la compétence de la Cour. La défenderesse s'appuie ici sur le paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] qui porte que la compétence en matière d'action réelle conférée à la Cour ne peut être exercée relativement à certaines demandes spécifiées dans certains alinéas du paragraphe 22(2) de la Loi à moins que, au moment où l'action est intentée, l'objet de l'action n'ait eu pour propriétaire en *equity* celui qui en était propriétaire en *equity* au moment où la cause d'action a pris naissance. L'action en l'espèce est une action réelle. L'objet de l'action tombe dans la catégorie de demandes visées à l'alinéa 22(2)(i) de la Loi, auxquelles le paragraphe 43(3) se rapporte. Cet alinéa regroupe les demandes nées d'une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'utilisation ou au louage d'un navire soit par charte-partie, soit autrement. La défenderesse soutient que ces dispositions légales qui s'entrecroisent exigent que la Cour soit convaincue, avant d'exercer sa compétence réelle en matière de saisie-arrêt, que le bien qu'on veut saisir appartient en *equity* à celui qui en était le propriétaire en *equity* au moment de la naissance de la cause d'action.

La Règle 1002 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] distingue les actions *in rem* des

Subrule 1002(5) prescribes the mode for service of the statement of claim in an action *in rem*.

Rule 1003 deals with arrest proceedings. Subrule 1003(1) states:

Rule 1003. (1) In an action *in rem*, a warrant for the arrest of property may be issued at any time after the filing of the statement of claim or declaration.

Clearly, the subrule envisages a warrant for arrest as an ancillary step or proceeding in an action already commenced. The defendant makes no such distinction and argues that the matter of jurisdiction goes to the warrant itself. I consider that some controlling import must be ascribed to the words "the commencement of the action" and "the subject of the action" in subsection 43(3) of the Act. It is my opinion that the jurisdictional requisite is aimed at the action and not the warrant for arrest exercised under its aegis. Moreover, paragraph 5 of the statement of claim alleges as follows:

5. The said Bill of Lading was in due course negotiated and Satkab Co. is the holder thereof; it is a corporation having an office in the City of Tehran in the Country of Iran and was at the time the cause of action herein arose and, at all material times since, has been and still is the owner or beneficial owner of the said cargo.

This pleaded allegation is sufficient to satisfy the jurisdictional criterion in terms of the commencement of action. If at the later stage of trial it transpires that the proven facts do not support this allegation then that is another matter and the plaintiff will have his remedy. It is well settled that the Court will not stop a proceeding and deny a plaintiff the right to have a case heard unless it is clear that the action is frivolous or vexatious or that the plaintiff has no reasonable cause of action and that to permit the action to proceed is an abuse of its process.¹

For the foregoing reasons, I reject this objection. It necessarily follows that the defendant's objection that the affidavit to lead warrant was sworn anteriorly on January 26, 1981, before the actual institution of action, also fails.

¹ *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.), at p. 259.

actions *in personam*. Le paragraphe 1002(5) prescrit le mode de signification de la déclaration dans une action *in rem*.

a La Règle 1003 porte sur la procédure de saisie. Le paragraphe 1003(1) dispose:

Règle 1003. (1) Dans une action *in rem*, un mandat de saisie de biens peut être décerné à tout moment après le dépôt du *statement of claim* ou déclaration.

b Manifestement, le paragraphe conçoit le mandat de saisie comme une étape ou une procédure accessoire à l'action déjà engagée. La défenderesse ne fait pas cette distinction et prétend que la question de la compétence s'attache au mandat lui-même. c J'estime qu'il faut donner un sens valable aux expressions «au moment où l'action est intentée» et «l'objet de l'action» du paragraphe 43(3) de la Loi. Je suis d'avis que le lien de compétence requis vise d l'action et non le mandat de saisie exercé sous son égide. D'ailleurs, l'alinéa 5 de la déclaration allègue:

[TRADUCTION] 5. Ledit connaissement a été négocié au moment approprié et Satkab Co. en est le détenteur; il s'agit e d'une société ayant son siège social en la ville de Téhéran, en Iran, et, au moment où la cause d'action en l'espèce a pris naissance et, à toutes les époques pertinentes depuis, elle a été, et est toujours, propriétaire, ou propriétaire en *equity*, de ladite cargaison.

f Cette allégation suffit à satisfaire un critère de compétence en ce qui concerne le moment où l'action est née. Si, à un stade ultérieur du procès, il s'avérait que les faits démontrés n'appuient pas g cette allégation, ce serait là une autre question et, d'ailleurs, la demanderesse disposerait alors d'un recours. Il est bien établi que la Cour ne mettra pas fin à une instance ni ne dénierait à un demandeur le droit de voir sa cause instruite, à moins h qu'il ne soit clair que l'action est frivole ou vexatoire, ou qu'il n'existe pas de cause raisonnable à l'action de la demanderesse et que la laisser suivre son cours serait un abus de ses voies de droit¹.

i Par les motifs qui précèdent, je rejette ce moyen. Il s'ensuit que l'objection de la défenderesse, que l'affidavit portant demande de mandat est du 26 janvier 1981, antérieur donc à l'institution de l'action, échoue aussi.

¹ *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1^{re} inst.), à la p. 259.

The defendant launches a further attack on the affidavit to lead warrant. Paragraph 6 of the affidavit of John E. Frawley, President of the plaintiff, says:

6. I believe the said cargo is now beneficially owned by the same person who was the beneficial owner thereof at the time when the cause of action herein arose.

The defendant objects that this statement of belief does not disclose the affiant's grounds of belief as prescribed by subrule 332(1).

Subrule 1003(2) sets out the requirements for an affidavit to lead warrant. The affidavit here must show (a) the name, address and occupation of the applicant for the warrant; (b) the nature of the claim; (c) that the claim has not been satisfied; and (d) the nature of the property to be arrested. There is nothing requiring disclosure of the beneficial ownership of the property to be arrested. Surely, if this were a necessary averment the subrule would have said so. The lack of grounds of belief in paragraph 6 of the affidavit to lead warrant is not a fatal objection because the impugned paragraph is extraneous and severable from the rest of the affidavit. In all else the affidavit is sufficient. Accordingly, I must conclude that the affidavit to lead warrant is not defective on this ground.

The defendant next objects that service of the warrant was defective as appears from the affidavit of service of Deputy Sheriff M. Frank Crilley. One basis of objection seems to be that the Exhibit "A" annexion to the affidavit of service is not a certified copy of the warrant. The defendant contends that there is a complete lack of proof as to how service of the warrant was effected.

Subrule 1003(6) requires that the warrant be served in the manner prescribed for service of a statement of claim or a declaration in an action *in rem*. This invokes paragraph 1002(5)(b) which provides that the statement of claim shall be served on an off-ship cargo by attaching a certified copy of the statement of claim to such cargo and leaving the same attached thereto.

Paragraph 1 of the affidavit of service deposes that on February 26, 1981, two certified copies of

La défenderesse attaque l'affidavit portant demande de mandat sur un autre plan. À l'alinéa 6 de l'affidavit, John E. Frawley, président de la demanderesse, affirme:

a [TRADUCTION] 6. J'ai toute raison de croire que ladite cargaison appartient en *equity* à la même personne qui en était propriétaire en *equity* au moment où la cause d'action en l'espèce a pris naissance.

b La défenderesse objecte que le déposant fait cette affirmation sans dire pourquoi il la croit vraie, comme le prescrit le paragraphe 332(1).

c Le paragraphe 1003(2) expose ce que doit contenir un affidavit portant demande de mandat. L'affidavit en l'espèce doit indiquer a) le nom, l'adresse et la profession ou occupation du requérant; b) la nature de la réclamation; c) qu'on n'a pas fait droit à la réclamation; et d) la nature des biens à saisir. Rien n'exige qu'on indique qui est propriétaire en *equity* du bien à saisir. Certainement, si cela était nécessaire, le paragraphe le dirait. Que les raisons donnant tout lieu de croire ce que dit l'alinéa 6 de l'affidavit portant demande de mandat ne soient pas indiquées dans cet alinéa e ne saurait constituer une objection péremptoire, l'alinéa en cause n'ayant rien à voir avec le reste de l'affidavit et pouvant en être détaché. Pour le reste, l'affidavit est suffisant. En conséquence, je dois conclure que l'affidavit portant demande de mandat n'est pas entaché d'un vice à cet égard.

f La défenderesse objecte ensuite que la signification du mandat était irrégulière, comme le montre l'affidavit de signification du shérif adjoint, M. Frank Crilley. L'une des raisons de l'opposition semble être que la pièce «A», annexée à l'affidavit de signification, n'est pas une copie certifiée du mandat. La défenderesse soutient qu'il y a absence complète de preuve du mode de signification du mandat.

g Le paragraphe 1003(6) exige que le mandat soit signifié de la façon prescrite dans le cas d'une déclaration d'une action *in rem*. C'est un renvoi à l'alinéa 1002(5)(b), qui dispose que la déclaration doit être signifiée, si la cargaison n'est pas à bord d'un navire, en fixant une copie certifiée de celle-ci sur la cargaison et en l'y laissant fixée.

j Le premier alinéa de l'affidavit de signification dit que, le 26 février 1981, deux copies certifiées

the warrant filed in the cause on the same date were posted on the cargo "... Ex the Ship 'ATRA' at Pugsley C, Saint John, N.B."

Paragraph 2 of the affidavit identifies the Exhibit "A" annexion as a true copy of the original of the warrant.

Form 3 to the Rules prescribes the form of an affidavit of service. Paragraph 2 of the Form reads:

2. That a copy of the said ... is Exhibit (A) to this my affidavit.

This is what the affidavit of Deputy Sheriff Crilley says. The affidavit further says that the certified copy so served was authenticated by the signature of a prothonotary of the Court and was stamped with the seal of the Court.

I can find nothing in the Rules which requires that the exhibit copy of what was served must be a certified copy of the original document, in this case, the warrant for arrest. The objection therefore fails.

The defendant further objects that it appears from the documents on file that no certified copy of the warrant was ever issued by the Registry and that, in consequence, no certified copy could have been served on the cargo in the manner prescribed by the Rules. There is a certificate of the Deputy Clerk of Process, M. V. George, to the effect that the original warrant was filed in the Registry on March 2, 1981, meaning the Saint John office of the Court. There is also the certificate of the Registry Officer, Donna C. Brierley, that the original warrant for arrest was filed of record in the Registry on April 6, 1981. Obviously, this alludes to the principal office of the Court in Ottawa. In my view, the filing of the warrant in the Saint John office on March 2, 1981 effectively complied with the requirement for filing and also circumvented the "forthwith" requirement of sub-rule 1003(8). The date discrepancies are immaterial. One thing is clear—the original warrant for arrest was filed in the Saint John Registry after its issuance on February 26, 1981. This in no way precludes the certification of service copies on the issuance date.

du mandat produit en la cause à cette même date ont été apposées sur la cargaison [TRADUCTION] «... en provenance du navire 'ATRA', à Pugsley C, Saint John, N.-B.»

^a L'alinéa 2 de l'affidavit affirme que la pièce «A» annexée est une copie conforme de l'original du mandat.

^b La formule 3 des Règles prescrit la forme que doit prendre un affidavit de signification. Voici le paragraphe 2 de cette formule:

2. Qu'une copie dudit ... est la pièce (A) du présent affidavit.

^c C'est ce que dit l'affidavit du shérif adjoint Crilley. L'affidavit dit aussi que la copie conforme ainsi signifiée a été authentiquée par la signature d'un protonotaire de la Cour et qu'il porte le sceau de la Cour.

^d Je ne trouve rien dans les Règles exigeant que la copie de l'acte signifié versée comme pièce au dossier doive être une copie certifiée conforme de l'acte original, en l'espèce, le mandat de saisie. Le moyen est donc rejeté.

^e La défenderesse oppose en outre que, d'après les documents versés au dossier, aucune copie certifiée du mandat n'a été délivrée par le greffe et que, en conséquence, aucune copie certifiée n'a pu être apposée sur la cargaison comme le prescrivent les Règles. Il y a le certificat du préposé adjoint au greffe, M. V. George, attestant que l'original du mandat a été produit au greffe le 2 mars 1981, soit le greffe local de la Cour à Saint John. Il y a aussi le certificat de l'officier du greffe, Donna C. Brierley, attestant que l'original du mandat de saisie a été déposé dans les archives du greffe le 6 avril 1981. De toute évidence, il s'agit là du greffe principal de la Cour à Ottawa. À mon avis, la production du mandat au greffe de Saint John le 2 mars 1981 accomplissait effectivement la formalité de la production et aussi court-circuitait l'exigence de production «immédiatement» du paragraphe 1003(8). Les différences de date sont sans importance. Une chose est claire—le mandat original de saisie a été produit au greffe de Saint John après sa délivrance le 26 février 1981. Cela n'interdisait en rien l'authentification des copies de signification le jour de la délivrance.

Rule 2 is the interpretative one. It defines certified copy as follows:

Rule 2. . . .

"certified copy" of a document, in the case of a document in the custody of the Registry, means a copy of the document certified by an officer of the Registry;

The word "custody" is capable of various shades of meaning. It can be fleeting or momentary in contrast to the connotation of permanency. The defendant seems to ascribe to custody the meaning of being permanently on file and proceeds from that premise to draw the assumptive inference that a certified copy of the warrant could not possibly have been served. Whatever the case, I am not prepared to go that far in the face of the affidavit of service which does depose that certified copies of the warrant were posted on the cargo. The fact that two were posted instead of one is inconsequential. In my opinion, there is nothing of substance to belie the fact that certified copies of the warrant for arrest were properly issued and served on February 26, 1981, and that the original warrant was shortly afterwards filed in the Registry. The only defect I perceive in the service of the warrant is the inconsistency disclosed by paragraph 1 of the affidavit of service to the effect that the original warrant was filed in the cause on February 26, 1981.

Rule 302 deals with formal objections and compliance requirements. Paragraph (a) states that no proceeding shall be defeated by any merely formal objection.

Paragraph (b) of the Rule provides that non-compliance with any of the Rules or with any rule of practice for the time being in force shall not render any proceedings void unless the Court shall so direct. It goes on to further provide that such proceedings may be set aside either wholly or in part as irregular, or amended, or otherwise dealt with in such manner and upon such terms as the Court shall think fit.

Paragraph (c) says in part that no application to set aside any proceeding for irregularity shall be allowed unless made within a reasonable time.

À la Règle 2, on trouve les dispositions interprétatives. Elle définit comme suit l'expression copie certifiée:

Règle 2. . . .

"copie certifiée" d'un document, dans le cas d'un document confié au greffe, désigne une copie du document certifiée par un officier du greffe;

Le terme «confié» peut dénoter différentes nuances de sens. Il peut dénoter la fugacité, le provisoire par opposition à la permanence. La défenderesse semble lui attribuer le sens de «déposé en permanence au dossier» et, de cette prémisse, elle déduit que la copie certifiée du mandat ne pouvait avoir été signifiée. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas prêt à aller aussi loin, étant saisi d'un affidavit de signification qui affirme que des copies certifiées du mandat ont été apposées sur la cargaison. Le fait que deux copies ont été apposées au lieu d'une est sans conséquence. À mon avis, rien de tangible ne vient contredire le fait que des copies certifiées du mandat de saisie ont été régulièrement délivrées et signifiées le 26 février 1981 et que l'original du mandat a, peu après, été déposé au greffe. Le seul vice que je perçoive dans la signification du mandat, c'est la contradiction qui ressort de l'alinéa premier de l'affidavit de signification qui affirme que l'original du mandat a été déposé au dossier de la cause le 26 février 1981.

La Règle 302 porte sur les objections de forme et les exigences à observer. L'alinéa a) dit qu'aucune procédure ne sera annulée pour une simple objection de forme.

L'alinéa b) de la Règle dispose que l'inobservation de n'importe laquelle des Règles ou de n'importe quelle règle de pratique en vigueur à l'époque considérée n'entraînera la nullité d'un acte de procédure que si la Cour déclare qu'il en est ainsi. Il ajoute qu'une telle procédure peut être annulée en tout ou en partie pour irrégularité, ou qu'elle peut être rectifiée, ou autrement traitée, de la manière et aux conditions que la Cour jugera à propos.

L'alinéa c) dit notamment qu'une demande d'annulation d'une procédure pour irrégularité ne doit être reçue que si elle est présentée dans un délai raisonnable.

The case has been before the Court since the commencement of action and warrant for arrest on February 26, 1981. The conditional appearance was not filed until May 6, 1983. The defendant now comes, two and a half years later, and objects that the arrest proceedings are void *ab initio* because of fatal defects in service of the warrant.

The practice of this Court, like that of its predecessor, is to administer justice between the parties and not to defeat any proceedings on merely formal objections.²

It is my opinion that the incorrect averment in the affidavit of service as to filing of the warrant on February 26, 1981, and the related objections as to the issuance and service thereof are at most mere irregularities and not fatal defects. Accordingly, these grounds of objection must also fail.

Finally, the defendant, Satkab Co., invokes the doctrine of sovereign immunity and says that the wooden poles which were arrested are the property of the sovereign state of Iran. It contends that it is a department of the Ministry of Energy and hence is part and parcel of the government of Iran. In support of this, the defendant filed solemn declarations on the part of M. Hossien Adeli, Chargé d'affaires of the Embassy of the Islamic Republic of Iran, Dr. Assad Alizadeh Nobarian, a member of the Managing Board and Chief of the Contract Department of the defendant, and M. H. Fadai Fard, Second Secretary of the Iranian Embassy. The facts established by these statutory declarations can be summarized as follows.

Satkab Co. was incorporated as an electrical material supply and manufacturing company under the laws of Iran. It has a share capital of 550 fully paid shares. The shares are held by other regional electrical power companies. The shares of these other companies are owned by the government of Iran and are non-transferable. The officers, directors and employees of Satkab Co. are said to be Iranian civil servants whose salaries are paid out of public funds. The articles of association

² *Fowler & Wolfe Manufacturing Co. and the Dominion Radiator Co., Ltd., v. The Gurney Foundry Co., Ltd.* (1913), 14 Ex.C.R. 336; *Fredericton Housing Ltd. v. The Queen*, [1973] F.C. 681; 40 DLR (3d) 392 (C.A.).

La Cour est saisie de l'affaire depuis que l'action a été intentée et le mandat de saisie lancé, le 26 février 1981. La comparution conditionnelle n'a été produite que le 6 mai 1983. La défenderesse vient maintenant, deux ans et demi plus tard, opposer que la procédure de saisie était nulle *ab initio* pour vices incurables dans la signification du mandat.

La Cour, comme celle qui l'a précédée, a toujours eu pour pratique de faire justice aux parties et non de mettre fin à des instances pour simples vices de forme².

Je suis d'avis que l'affirmation incorrecte de l'affidavit de signification concernant le dépôt du mandat le 26 février 1981, et les objections qui y sont reliées, quant à sa délivrance et à sa signification, ne sont au plus que de simples irrégularités et non des vices incurables. En conséquence, ces moyens d'opposition doivent aussi être rejetés.

Enfin, la défenderesse, Satkab Co., invoque la doctrine de l'immunité de juridiction pour dire que les poteaux en bois saisis sont la propriété de l'État souverain d'Iran. Elle soutient être un département du ministère de l'Énergie et, donc, faire partie intégrante du gouvernement iranien. À l'appui de ceci, la défenderesse dépose les déclarations solennelles de M. Hossien Adeli, chargé d'affaires à l'ambassade de la République islamique d'Iran, du docteur Assad Alizadeh Nobarian, membre du Conseil de direction et chef du département des contrats de la défenderesse, et de M. M. H. Fadai Fard, second secrétaire de l'ambassade d'Iran. Les faits établis par ces déclarations solennelles peuvent être résumés comme suit.

Satkab Co. a été constituée en compagnie fournissant et fabricant du matériel électrique en vertu de la loi iranienne. Son capital-actions est de 550 actions entièrement libérées. Ce sont d'autres compagnies d'électricité régionales qui détiennent les actions. Les actions de ces autres compagnies appartiennent au gouvernement iranien et ne sont pas transférables. On affirme que les membres de la direction et les administrateurs et les employés de Satkab Co. sont des fonctionnaires iraniens

² *Fowler & Wolfe Manufacturing Co. and the Dominion Radiator Co., Ltd., v. The Gurney Foundry Co., Ltd.* (1913), 14 R.C.É. 336; *Fredericton Housing Ltd. c. La Reine*, [1973] C.F. 681; 40 DLR (3d) 392 (C.A.).

of the company provide for a managing director, an auditor, a board of directors and ordinary and extraordinary general meetings of shareholders. The model portrayed is that of a commercial corporation. Article 4 defines the object for which the company was incorporated as follows:

To supply, whether by wholesale or by retail, prepare, clear and deliver any kinds of goods, machinery, instruments, and devices for generating, transferring and distributing electric power and to provide and distribute water as required by Regional Water and Power Companies, water and power Organizations or other Governmental or non-governmental institutions. To provide such services the Company is authorized to carry on any Commercial activities and transaction, investment, to enter into partnership of manufacturing companies which produce materials for securing water and power for the Country, and to purchase raw materials to meet their requirements. [Underlining added.]

Article 13 sets out the routine business for a general meeting of shareholders. Clause (b) of this Article refers to the election of the board of directors. Clause (e) deals with the manner of distributing the profit. Clause (h) of Article 13 provides as follows:

Determining salaries, allowances and Bonus of the members of the Board of Directors and Managing Director, with due regard to the criteria approved by the Council of Salary and Remuneration, and the Auditor's fees.

The managing director is the key executive and legal representative of the company and is given extensive powers. It is of some significance that he is selected by the board of directors and is not a representative of the shareholders.

Article 16 provides:

Minister of Power, Minister of Economic and Financial Affairs and one or several other Minister determined by the council of Ministers or their representatives represent the Government's Shares at the General Meetings, whether Ordinary or Extra Ordinary Meeting, Minister of Power and the Superintendent of Ministry of Water and Power will reside [*sic*] the General Meetings.

Under Article 26, the company, through its managing director, may defend, pursue and institute penal or civil lawsuits.

Article 31 provides that the net profit, after deducting a five per cent reserve, shall be distributed among the shareholders and may, with

dont les salaires sont versés à même les fonds publics. Les statuts de la compagnie créent le poste de directeur général, celui de vérificateur, un conseil d'administration et prévoient des assemblées ordinaires et extraordinaires des actionnaires. Le modèle suivi est celui d'une société commerciale. L'article 4 définit l'objet pour lequel la compagnie a été constituée comme suit:

[TRADUCTION]* Fournir, en gros ou au détail, préparer, mettre au point et livrer tous genres de marchandises, machineries, instruments et appareils de génération, de transport et de distribution d'électricité, et fournir et distribuer de l'eau à la demande des compagnies régionales d'hydro-électricité, des organismes hydro-électriques ou d'autres institutions gouvernementales ou non gouvernementales. Pour fournir ces services, la compagnie est autorisée à exercer toutes activités et opérations commerciales, à investir, à s'associer aux compagnies qui produisent les matériaux nécessaires pour fournir l'eau et l'électricité au pays, et à acheter des matières premières pour satisfaire aux exigences de ces dernières. [C'est moi qui souligne.]

L'article 13 énonce l'ordre du jour des affaires courantes lors d'une assemblée générale des actionnaires. La clause b) de cet article se réfère à l'élection du conseil d'administration. La clause e) traite du mode de distribution des profits. La clause h) de l'article 13 stipule ce qui suit:

[TRADUCTION]* Fixer les salaires, les allocations et bonis des membres du conseil d'administration et du directeur général, compte dûment tenu des critères approuvés par le Conseil du salaire et du traitement, et les honoraires du vérificateur.

Le directeur général est le principal dirigeant et représentant juridique de la compagnie; les attributions qui lui sont conférées sont fort étendues. Il est assez révélateur qu'il soit choisi par le conseil d'administration et ne soit pas un représentant des actionnaires.

L'article 16 stipule:

[TRADUCTION]* Le ministre de l'Énergie, le ministre des Affaires économiques et financières, et un ou plusieurs autres ministres, selon la décision du Conseil des ministres, ou leurs représentants, représentent les actions du gouvernement aux assemblées générales, ordinaires ou extraordinaires, et le ministre de l'Énergie et le surintendant du ministère de l'Hydro-électricité présideront aux assemblées générales.

En vertu de l'article 26, la compagnie, par son directeur général, peut ester, en défense ou en demande, et engager des actions pénales ou civiles.

L'article 31 stipule que le profit net, après déduction d'une réserve de 5 %, sera distribué aux actionnaires et pourra, avec l'approbation de l'as-

* N.D.T.: Traduction française de la traduction anglaise du persan fournie au greffe.

the approval of the general meeting, be transferred to a capital increase account.

Article 68 of the *Public Accounts Act* pertains to commercial transactions of ministries and governmental agencies. Generally, these are to be conducted on the basis of high or low bid tender, save for a number of enumerated exceptions. None of the exceptions relate directly to state-controlled power and communication facilities.

The statutory declaration of Dr. Nobarian says, *inter alia*, that Satkab Co. was established for the sole purpose of acting as a national purchasing and distributing organization to supply the regional electrical power companies and that it is the agency through which the Government of Iran is implementing a policy of upgrading its electrical distribution system. The declaration of M. H. Adeli reaffirms this and says that the sole reason for the defendant's existence is to serve the public interest of Iran. The statutory declaration of M. H. Fadaï Fard certifies that Satkab Co. constitutes a department of the government of the Islamic Republic of Iran, being a Department of the Ministry of Energy thereof, exercising the rights of a legal entity, and that the officers and employees of Satkab Co. are employees of the government of the Islamic Republic of Iran. Such certification must be accorded due weight but it is by no means conclusive. It has to be weighed against the articles and other related documents contained in various exhibits to the statutory declarations.

The test to be applied lies in the realm of function and control. It is necessary to look to all the evidence to see whether the defendant was under governmental control and exercised government functions to such extent as to constitute it a department of state in the real and not fictional sense.

The plaintiff admits that the poles are the property of the defendant, Satkab Co., but denies that they are the property of the Islamic Republic of Iran. The issue is thus defined.

semblée générale, être déposé dans un compte de capitalisation.

L'article 68 de la [TRADUCTION] *Loi sur les comptes publics* vise les opérations commerciales des ministères et institutions gouvernementales. En général, celles-ci s'effectuent selon le principe de la plus haute ou de la plus basse soumission, sauf pour certaines exceptions, qui sont énumérées. Aucune de ces exceptions ne concerne directement les services d'électricité et de communication contrôlés par l'État.

Dans sa déclaration solennelle, le docteur Nobarian dit notamment que Satkab Co. a été constituée dans l'unique but d'agir à titre d'organisme national d'achat et de distribution au service des compagnies d'électricité régionales et que c'est l'organe par lequel le gouvernement iranien met en œuvre sa politique d'extension de son réseau de distribution d'électricité. La déclaration de M. M. H. Adeli le confirme et ajoute que la défenderesse a pour seule raison d'être de servir l'intérêt public iranien. Dans sa déclaration solennelle, M. M. H. Fadaï Fard certifie que Satkab Co. est un organisme du gouvernement de la République islamique d'Iran, étant un département de son ministère de l'Énergie, qu'elle jouit de tous les droits d'une personne morale et que ses dirigeants et employés sont au service du gouvernement de la République islamique d'Iran. De telles attestations doivent recevoir tout le poids qui leur est dû, mais elles ne sont nullement concluantes. Elles doivent être appréciées à la lumière des statuts et autres documents connexes contenus dans les diverses pièces jointes à ces déclarations solennelles.

Le critère applicable relève de la sphère de la fonction et du contrôle. Il est nécessaire de considérer toutes les preuves administrées pour voir si la défenderesse est contrôlée par le gouvernement et exerce suffisamment de fonctions gouvernementales pour constituer un organe d'État au sens véritable et non pas une simple fiction.

La demanderesse reconnaît que les poteaux appartiennent à la défenderesse Satkab Co., mais nie que la République islamique d'Iran en soit propriétaire. Le litige se trouve ainsi circonscrit.

I reviewed carefully the authorities cited by both counsel. Counsel for the defendant placed much reliance on *Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo*,³ *Mellenger v. New Brunswick Development Corpn.*,⁴ *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. v. Republic of Cuba*,⁵ and *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*.⁶ Counsel for the plaintiff stressed particularly *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*,⁷ *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.*⁸ and *I Congreso del Partido*.⁹

There had been developing over the years a discernible trend of opinion against applying the doctrine of absolute sovereign immunity to ordinary commercial or trading transactions engaged in by foreign governments or their agencies. Scholars and some jurists spoke favourably of a restrictive theory of sovereign immunity where the subject-matter was purely commercial.

The question was canvassed in *Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo*. The plaintiff brought an action against the defendant for damages for breach of a contract for the sale of rye. The defendant had corporate status by the laws of Spain and there was evidence that it was a department of the Spanish Ministry of Agriculture, notwithstanding its separate juristic personality. The majority of the Court held that a foreign department of state did not lose its sovereign immunity because it conducted some of its trading activities through a separate legal entity. Singleton L.J., dissented on the ground that it would be wrong to extend the principle of sovereign immunity to a corporation or legal entity set up by a sovereign state, even though it be a department of state, where the activity involved is one of a commercial or trading nature.

J'ai examiné soigneusement la jurisprudence citée par les avocats des deux parties. L'avocat de la défenderesse a plus particulièrement invoqué les arrêts *Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo*³, *Mellenger v. New Brunswick Development Corpn.*⁴, *Flota Maritima Browning de Cuba S.A. v. Republic of Cuba*⁵ et *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*⁶. L'avocat de la demanderesse a invoqué notamment les arrêts *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*⁷, *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.*⁸ et *I Congreso del Partido*⁹.

Au cours des ans une tendance doctrinale est apparue qui réprovoque l'application de l'immunité absolue de juridiction dans le cas d'opérations commerciales ordinaires effectuées par des gouvernements étrangers ou leurs agences. Les auteurs et certains juristes se sont montrés favorables à une théorie de l'immunité de juridiction limitée lorsque l'objet du litige est purement commercial.

La question a été exposée dans l'arrêt *Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo*. La demanderesse avait engagé contre la défenderesse une action en dommages-intérêts pour rupture d'un contrat de vente de seigle. La défenderesse avait statut de personne morale selon la loi espagnole et certaines preuves avaient été rapportées qu'il s'agissait d'un département du ministère espagnol de l'Agriculture, nonobstant sa personnalité juridique distincte. La Cour a jugé à la majorité qu'un organe étatique étranger ne perdait pas son immunité de juridiction simplement parce qu'il s'engageait dans certaines activités commerciales par le biais d'une entité juridique distincte. Le lord juge Singleton fut dissident, pour le motif qu'on a tort d'étendre le principe de l'immunité de juridiction à une société ou personne morale constituée par un État souverain, même s'il s'agit d'un organe de l'État, lorsque l'activité en cause est de nature commerciale.

³ [1957] 1 Q.B. 438; [1956] 3 All E.R. 715 (C.A.).

⁴ [1971] 1 W.L.R. 604; [1971] 2 All ER 593 (C.A.).

⁵ [1962] S.C.R. 598; 34 DLR (2d) 628.

⁶ [1971] S.C.R. 997; 22 DLR (3d) 669.

⁷ [1977] 1 Lloyd's Rep. 581; [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.).

⁸ (1980), 115 DLR (3d) 691 (Ont. H.C.).

⁹ [1981] 3 W.L.R. 328 (H.L.).

³ [1957] 1 Q.B. 438; [1956] 3 All E.R. 715 (C.A.).

⁴ [1971] 1 W.L.R. 604; [1971] 2 All ER 593 (C.A.).

⁵ [1962] R.C.S. 598; 34 DLR (2d) 628.

⁶ [1971] R.C.S. 997; 22 DLR (3d) 669.

⁷ [1977] 1 Lloyd's Rep. 581; [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.).

⁸ (1980), 115 DLR (3d) 691 (H.C. Ont.).

⁹ [1981] 3 W.L.R. 328 (H.L.).

Parker L.J., speaking for the majority, entered this significant caveat ([1956] 3 All E.R. 715, at page 736):

I do not think that our decision involves an extension of the recognition of sovereign immunity, because on this basis the defendants are a department of the state. They are not a company limited by shares, in which the state holds the whole or a controlling interest, and they are not a body which for that or some other reason is wholly distinct from the state. If that were so, as it seems to me that was so in the American case to which SINGLETON, L.J., has referred then to grant sovereign immunity to such a body would be a real extension of the principle. [Underling added.]

Mellenger v. New Brunswick Development Corpn. formulated new guidelines for testing the applicability of the doctrine of sovereign immunity to a statutory corporation established to promote industrial development on behalf of the government of New Brunswick. The corporation's activities were subject to the approval of the government. The evidence showed that the corporation had never engaged in trading or commercial activities. The corporation had no issued capital. The plaintiffs sued for commission for introducing a commercial enterprise in New Brunswick. The government itself was the party involved in the contract transactions and the Premier of New Brunswick played a leading role in the negotiations. The corporation had not contracted with anyone. The Court held that sovereign immunity availed to the defendant corporation on the grounds that it was the same as a government department in carrying out government policy and was, to all intents, the alter ego and part and parcel of the government of New Brunswick.

The restrictive theory gained further prominence in *The Philippine Admiral*.¹⁰ Here the Privy Council held that the doctrine of absolute sovereign immunity did not apply to an action *in rem* involving a government ship engaged in ordinary trade on the ground that [at page 403]:

... the restrictive theory is more consonant with justice ...

¹⁰ [1977] A.C. 373 (P.C.).

Le lord juge Parker, qui a parlé au nom de la majorité, a formulé cette réserve significative ([1956] 3 All E.R. 715, à la page 736):

[TRADUCTION] Je ne pense pas que notre décision fasse intervenir une reconnaissance élargie de l'immunité de juridiction, car à cet égard les défendeurs sont un organe de l'État. Il ne s'agit pas d'une compagnie par actions à responsabilité limitée, dans laquelle l'État détient la majorité ou la totalité des actions ni d'un organisme qui, pour cette raison ou une autre, est entièrement distinct de l'État. Si c'était le cas, comme me semble-t-il ce l'était dans l'espèce américaine à laquelle le LORD JUGE SINGLETON s'est référé, accorder alors l'immunité de juridiction à un tel organisme constituerait une extension réelle du principe. [C'est moi qui souligne.]

L'arrêt *Mellenger v. New Brunswick Development Corpn.* a formulé de nouvelles directives pour vérifier l'applicabilité de la doctrine de l'immunité de juridiction à une personne morale constituée pour promouvoir le développement industriel au nom du gouvernement du Nouveau-Brunswick. Les activités de la société devaient être approuvées par le gouvernement. Il avait été prouvé que la société n'avait jamais exercé d'activités commerciales. La société n'avait émis aucun capital-actions. Les demandeurs ont été en paiement de leur commission pour avoir introduit une entreprise commerciale au Nouveau-Brunswick. Le gouvernement lui-même était partie au contrat et le Premier ministre du Nouveau-Brunswick avait joué un rôle majeur dans les négociations. La société n'avait conclu aucun contrat. La Cour jugea que la société défenderesse jouissait de l'immunité de juridiction car elle était l'équivalent d'un organe gouvernemental appliquant une politique gouvernementale et était, à toutes fins, l'*alter ego*, une partie intégrante du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

La théorie de l'immunité limitée gagna en importance avec l'arrêt *The Philippine Admiral*¹⁰. Dans cette espèce, le Conseil privé jugea que la doctrine de l'immunité de juridiction absolue ne s'appliquait pas à une action réelle mettant en cause un navire gouvernemental exerçant des activités commerciales ordinaires, pour le motif que [à la page 403]:

[TRADUCTION] ... la théorie de l'immunité limitée est plus conforme à la justice ...

¹⁰ [1977] A.C. 373 (P.C.).

Their Lordships took the view, however, that the absolute theory still applied to actions *in personam*.

Then along came *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*. The defendant bank had been incorporated by a Nigerian statute as a central bank. It issued legal tender and acted as banker and financial advisor to the Government of Nigeria, besides acting for other banks. Its affairs were under considerable governmental control. The bank issued an irrevocable letter of credit to the plaintiff to pay for cement which the plaintiff had sold to an English company. The cement was destined for use in the building of army barracks. It was shipped to Nigeria under a contract of purchase with the Ministry of Defence. There was congestion at the port of discharge and claims for demurrage resulted. The bank declined to honour the letter of credit and the plaintiff sued. The plaintiff's claim was founded on the breach of the letter of credit as a separate commercial contract. The bank claimed sovereign immunity as a department of the Government of Nigeria, notwithstanding its separate legal entity status. The argument was that the bank was so subordinated to the Government of Nigeria as to be part and parcel thereof. The Court of Appeal applied the *Mellenger* test of looking to the functions and control of the bank and rejected this contention. It held that the bank, which had been created as separate legal entity with no clear expression of intent that it should have governmental status, was not the emanation, alter ego or department of the federation of Nigeria. Stevenson L.J., rested his decision on this ground alone. His colleagues, Lord Denning M.R. and Shaw L.J., took the view that even if the bank were part of the Government of Nigeria it would not be immune from suit in respect of the letter of credit because of the ordinary commercial aspect of the transaction as distinct from acts of a governmental nature. Lord Denning ventured even farther by stating that he preferred to rest his decision on the ground that there was no immunity in respect of commercial transactions, even for a government department.

Leurs Seigneuries furent d'avis cependant que la théorie de l'immunité absolue s'appliquait toujours dans le cas des actions personnelles.

^a Puis vint l'arrêt *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*. La banque défenderesse avait été constituée banque centrale par une loi nigériane. Elle battait monnaie et agissait à titre de banquier et de conseiller financier auprès du gouvernement du Nigeria, en plus d'agir pour les autres banques. Ses affaires faisaient l'objet d'un contrôle gouvernemental considérable. La banque avait émis une lettre de crédit irrévocable au nom de la demanderesse en paiement de ciment que la demanderesse avait vendu à une compagnie anglaise. Le ciment était destiné à la construction de casernes. Il a été expédié au Nigeria sur la foi d'un contrat d'achat du ministère de la Défense. ^b Le port de déchargement étant congestionné, on a réclamé des surestaries. La banque a refusé d'honorer la lettre de crédit et la demanderesse a intenté une action. La demanderesse a fondé sa demande sur l'inexécution de la lettre de crédit, considérée comme un contrat commercial distinct. ^c La banque a plaidé immunité de juridiction en tant qu'organe du gouvernement du Nigeria, nonobstant son statut d'entité juridique distincte. On arguait que la banque était à ce point subordonnée au gouvernement du Nigeria qu'elle en était une partie intégrante. La Cour d'appel a appliqué le critère de l'arrêt *Mellenger*, consistant à examiner qu'elles étaient les fonctions de la banque et qui la contrôlait, et a rejeté cet argument. Elle a jugé que ^d la banque, qui avait été créée en tant qu'entité juridique distincte, sans aucune intention clairement exprimée de lui conférer un statut gouvernemental, n'était ni une émanation, ni l'*alter ego*, ni un organe de la Fédération du Nigeria. Le lord juge Stevenson a fondé sa décision sur cet unique motif. Ses collègues, lord Denning, M.R., et le lord juge Shaw, ont été d'avis que, même si la banque faisait partie du gouvernement du Nigeria, elle ne pouvait échapper à une poursuite relative à une lettre de crédit vu l'aspect commercial ordinaire de l'opération, par opposition aux actes de nature gouvernementale. Lord Denning est même allé plus loin, disant qu'il préférerait fonder sa décision ^e sur le motif qu'il n'y avait pas immunité dans le cas d'opérations commerciales, même s'il s'agissait d'un organe gouvernemental. ^f ^g ^h ⁱ ^j

Coming closer to home, the case at bar is not like the situation in *Flota Maritima de Cuba* where the Supreme Court of Canada held that the arrested ships were the property of the Republic of Cuba and necessarily had to be treated as public ships in the traditional sense so as to be immune from arrest under the doctrine of sovereign immunity. The majority were doubtful whether the doctrine applied to the property of a foreign state used only for commercial purposes. Ritchie J., quoted several excerpts from the works of recognized authors on international law. One was from Oppenheim's *International Law*, 8th ed., 1955, Vol. 1, at page 273, where it was said:

... the vast expansion of activities of the modern State in the economic sphere has tended to render unworkable a rule which grants to the State operating as a trader a privileged position as compared with private traders. Most States, including the United States, have now abandoned or are in the process of abandoning the rule of absolute immunity of foreign States with regard to what is usually described as acts of a private law nature. The position, in this respect, in Great Britain must be regarded as fluid.

This was followed by *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne* where the majority of the Supreme Court held that the contractual dispute between the architect and the Congo for its national pavilion at Expo 67 was made by a foreign sovereign in the performance of a public act of state and could not be impleaded in our courts. Laskin J. [as he then was], with whom Hall J., concurred, wrote a very strong dissenting judgment. The learned Judge viewed the claim to immunity from the standpoint of function rather than status and concluded that the doctrine of absolute sovereign immunity was a spent force. The rationale of his dissent is contained in the following passage at page 1020:

The considerations which, in my view, make it preferable to consider immunity from the standpoint of function rather than status do not rest simply on a rejection of the factors which had formerly been said to underlie it. Affirmatively, there is the simple matter of justice to a plaintiff; there is the reasonableness of recognizing equal accessibility to domestic courts by those engaged in transnational activities, although one of the parties to a transaction may be a foreign State or an agency thereof; there is the promotion of international legal order by making certain disputes which involve a foreign State amenable to judicial processes, even though they be domestic; and, of course, the expansion of the range of activities and services in which the various States today are engaged has blurred the distinction between governmental and non-governmental func-

Plus près de nous, l'espèce présente est différente de l'affaire *Flota Maritima de Cuba*, où la Cour suprême du Canada a jugé que les navires saisis appartenaient bien à la République de Cuba et devaient donc nécessairement être considérés comme des navires d'État, au sens traditionnel, étant à l'abri de toute saisie en vertu de la doctrine de l'immunité de l'État. La majorité des juges saisis doutait que l'immunité puisse s'appliquer à la propriété d'un État étranger utilisée uniquement à des fins commerciales. Le juge Ritchie a cité plusieurs extraits de travaux d'auteurs reconnus en droit international, dont l'*International Law* d'Oppenheim, 8^e éd., 1955, vol. 1, à la page 273, où il est dit:

[TRADUCTION] ... la vaste expansion des activités de l'État moderne dans le domaine économique tend à rendre impraticable la règle qui accorde à l'État agissant comme commerçant une position privilégiée par rapport aux commerçants privés. La plupart des États, y compris les États-Unis, ont maintenant abandonné ou abandonnent la règle de l'immunité absolue des États en regard de ce qui est habituellement décrit comme des actes relevant du droit privé. La situation à cet égard en Grande-Bretagne doit être considérée comme floue.

Cet arrêt a été suivi de l'arrêt *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, où la Cour suprême, à la majorité, a jugé qu'un litige contractuel entre l'architecte et l'État congolais, au sujet de son pavillon national à l'Expo 67, mettait en cause un État souverain étranger, dans l'exercice d'actes publics d'État, et qu'il ne pouvait être assigné devant nos tribunaux. Le juge Laskin [tel était alors son titre], à l'opinion duquel le juge Hall a souscrit, a inscrit une forte dissidence. Le distingué juge concevait l'immunité réclamée du point de vue de la fonction plutôt que de celui du statut, pour conclure que la doctrine de l'immunité de juridiction absolue était morte. On trouve le fondement de sa dissidence dans le passage suivant, à la page 1020:

Les raisons pour lesquelles, à mon avis, il est préférable de considérer l'immunité du point de vue de la fonction plutôt que de celui du statut ne tiennent pas simplement au rejet des facteurs sur lesquels elle était auparavant censée reposer. Du point de vue positif, il y a une simple question de justice envers un demandeur; il y a le fait qu'il est raisonnable de reconnaître l'égalité d'accès aux tribunaux internes à tous ceux qui participent à des activités internationales, même si l'une des parties à une affaire est un État étranger ou un organisme de celui-ci; il y a l'ordre juridique international à favoriser en faisant en sorte que certains différends auxquels est partie un État étranger relèvent de la compétence des tribunaux, même s'il s'agit de tribunaux internes; et, évidemment, l'expansion des activités et des services des différents États a brouillé la distinction entre

tions or acts (or between so-called public and private domains of activity), so as to make it unjust to rely on status alone to determine immunity from the consequences of State action.

In my view, these two Supreme Court of Canada cases are clearly distinguishable from the case at bar because the subject-matter was in each case fully arrayed in the vestments of sovereign authority.

This brings us to the innovative case of *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.* The issue here was whether the doctrine of sovereign immunity applied so as to protect the New York State Thruway Authority from being impleaded in a suit in the Ontario High Court of Justice, Divisional Court, for damage to the plaintiff's electrical transformers as the result of an accident while being transported along the Authority's highway. The theories of absolute and restrictive sovereign immunity were fully expounded but the Court chose to dispose of the matter in terms of the doctrine of absolute immunity as stated by Lord Denning in the *Trendtex Trading* case, at page 559:

The doctrine grants immunity to a foreign government or its department of state, or any body which can be regarded as an "alter ego or organ" of the government.

The Court then proceeded to apply the control and function test prescribed by that case. This raised the determinative question of whether the Authority was under the complete control of the state of New York in the sense of being its alter ego or organ.

The Authority was a public statutory corporation charged with the responsibility of constructing, maintaining and operating a throughway system in the State of New York. The creating statute gave the Authority power, *inter alia*, to acquire real property, make contracts, fix and collect fees and charges for the use of the throughway and issue securities. It declared that officers and employees of state departments and agencies could take employment with the Authority without loss of any civil service status or rights. The statute expressly provided that the Authority was to be regarded as performing a governmental function in

fonctions ou actes gouvernementaux et non gouvernementaux (ou entre les domaines d'activité dits publics et privés), de sorte qu'il est injuste de décider d'après le statut seulement si l'État sera exempt des conséquences de ses actes.

^a À mon avis, ces deux arrêts de la Cour suprême du Canada peuvent manifestement être distingués de l'espèce car chacune de ces affaires se drapait de tout l'apparat de l'autorité souveraine.

^b Ce qui nous amène à l'arrêt innovateur *Ferranti-Packard Ltd. v. Cushman Rentals Ltd. et al.* Il s'agissait de savoir dans cette espèce si la doctrine de l'immunité de juridiction s'appliquait à la ^c *Thruway Authority* de l'État de New York (ci-après l'Administration) et la protégeait de toute action devant la Haute Cour de Justice de l'Ontario, Cour divisionnaire, pour les dommages causés aux transformateurs électriques de la demanderesse par suite d'un accident survenu, au cours de leur transport, sur les routes appartenant à l'Administration. Les théories de l'immunité de juridiction absolue et limitée ont été longuement exposées; la Cour a cependant choisi de disposer de l'affaire en fonction de la doctrine de l'immunité absolue énoncée par lord Denning dans l'arrêt *Trendtex Trading*, à la page 559:

^e [TRADUCTION] La doctrine accorde l'immunité à un gouvernement étranger ou à ses organismes d'État, ou à quiconque peut être considéré comme un «alter ego ou organe» du gouvernement.

^f La Cour a alors appliqué le critère du contrôle et de la fonction que prescrivait cet arrêt. Ce qui a soulevé la question décisive de savoir si l'Administration était complètement contrôlée par l'État de New York en ce sens qu'elle en était l'*alter ego* ou un organe.

^g L'Administration était une corporation publique créée par la loi, à qui avait été conférée la responsabilité de construire, d'entretenir et d'exploiter un réseau d'autoroutes dans l'État de New York. Sa loi constitutive conférait à l'Administration le pouvoir, notamment, d'acquérir des biens immobiliers, de contracter, de fixer et de percevoir des droits et frais de passage sur l'autoroute et d'émettre des obligations. Elle disait que les officiers et employés des organismes de l'État et de ses agences pouvaient être employés par l'Administration sans perdre leur statut ou leurs droits de fonctionnaire. La loi prévoyait expressément que l'Administra-

carrying out its corporate purpose and in exercising its powers. The Court held that the Authority was not the alter ego or organ of the State of New York and was thus not protected by the doctrine of sovereign immunity, having regard to its separate function, the nature of its commercial activity, and its independent initiative in establishing policy and carrying out its responsibility. Leave to appeal to the Ontario Court of Appeal was refused: (1981), 123 D.L.R. (3d) 766.

In the *I Congreso* the House of Lords affirmed the restrictive doctrine of sovereign immunity with respect to the commercial transactions of foreign states. The case started with a commercial contract for the sale of sugar made between a Cuban state trading enterprise and a Chilean one. The sugar was loaded on two vessels, one owned by the Republic of Cuba and operated by a Cuban state shipping enterprise and the other under charter to the Cuban shipping enterprise. Charter-parties were entered into whereby the sugar cargoes were shipped on the two vessels destined for Chile. A coup d'état toppled the government of Chile. A new government, of which the government of Cuba strongly disapproved, took power. Diplomatic relations between Chile and Cuba were terminated. The two vessels were diverted on orders of the Cuban government. One returned eventually to Cuba where its sugar cargo was resold. The other proceeded to North Vietnam where the sugar cargo was discharged and donated to the people of that country as a gift. The *I Congreso del Partido* was being built in England for use in trade. The Cuban state shipping enterprise initially acquired title to her but the Republic of Cuba became the eventual owner. The *I Congreso* was found, actions *in rem* were started arising out of the repudiation of the sugar contract by Cuba and the ship was arrested. Cuba brought on motions to set aside the writs and subsequent proceedings in the actions and invoked the doctrine of sovereign immunity. The lower court granted the motion relief sought. The case was appealed. The Court of Appeal was equally divided so the appeals were dismissed. The plaintiffs appealed to the House of Lords. The appeals were upheld on the broad ground that the restrictive doctrine of sovereign immunity applied

tion devait être considérée comme exerçant une fonction gouvernementale dans l'exercice de son objet et de ses pouvoirs. La Cour jugea que l'Administration n'était ni l'*alter ego* ni un organe de l'État de New York et ne pouvait donc être protégée par la doctrine de l'immunité de juridiction, compte tenu de sa fonction distincte, de la nature de ses activités commerciales et de son indépendance dans l'établissement et l'exercice, à sa propre initiative, de sa politique et de ses responsabilités. Autorisation d'en appeler à la Cour d'appel de l'Ontario a été refusée: (1981), 123 D.L.R. (3d) 766.

Dans l'arrêt *I Congreso*, la Chambre des lords a confirmé la doctrine de l'immunité de juridiction limitée dans le cas des opérations commerciales des États étrangers. L'affaire avait commencé par un contrat commercial de vente de sucre intervenu entre une entreprise commerciale de l'État cubain et une entreprise chilienne. Le sucre a été chargé à bord de deux navires, l'un appartenant à la République de Cuba et exploité par une entreprise maritime de l'État cubain, et l'autre frété à l'entreprise maritime cubaine. Des chartes-parties ont été conclues en vertu desquelles les cargaisons de sucre devaient être expédiées à bord des deux navires à destination du Chili. Un coup d'État renversa le gouvernement chilien. Un nouveau gouvernement, que le gouvernement cubain désapprouvait fort, a pris le pouvoir. Les relations diplomatiques entre le Chili et Cuba ont été rompues. Les deux navires ont été déroutés sur ordre du gouvernement cubain. L'un est finalement retourné à Cuba où sa cargaison de sucre a été revendue. L'autre s'est rendu au Viêt-nam du Nord où la cargaison de sucre a été déchargée et offerte en cadeau au peuple de ce pays. L'*I Congreso del Partido*, destiné au commerce, était en construction en Angleterre. L'entreprise maritime de l'État cubain en a d'abord obtenu le titre de propriété, mais la République de Cuba en est devenu finalement le propriétaire. L'*I Congreso* a été retrouvé, des actions réelles ont été engagées en conséquence de l'inexécution du contrat de sucre par Cuba et le navire a été saisi-arrêté. Cuba, par requête, a demandé l'annulation des brefs et des procédures subséquentes dans ces actions, invoquant la doctrine de l'immunité de juridiction. Le tribunal de première instance a fait droit aux conclusions de la requête. Il y a eu appel. La Cour d'appel a rendu des avis

to displace any absolute immunity with respect to commercial or trading transactions engaged in by foreign states or their agencies unless such transactions are in the nature of public acts coming clearly within the sphere of governmental or sovereign activity.

Lord Bridge of Harwich, in alluding to the difficulty that had generally been encountered in the problem of attempting to delimit the absolute immunity doctrine within reasonable boundaries, stated in classic terms the present day English position at page 351:

It does seem to me that two propositions can be derived from the relevant authorities which may often, and do in this case, provide a useful guide in deciding whether or not a claim to sovereign immunity can be sustained. First, if a sovereign state voluntarily assumes a purely private law obligation, it cannot, when that obligation is sought to be enforced against it, claim sovereign immunity on the ground that the reason for assuming the obligation was of a sovereign or governmental character. Example: State A orders uniforms for its army from a supplier in State B; when sued for the price in the courts of State B, State A cannot claim immunity on the ground that the maintenance of its army is a sovereign function. This is really elementary. But it leads on logically to the second proposition that, having assumed a purely private law obligation, a sovereign state cannot justify a breach of the obligation on the ground that the reason for the breach was of a sovereign or governmental character. Example: State A, having ordered uniforms for its army from a supplier in State B, repudiates the contract, when sued in the courts of State B for damages, State A cannot claim immunity on the ground that, since the placing of the contract, a government of a new political complexion has made a sovereign decision, pursuant to a policy of total disarmament, to disband its army.

In the Court of Appeal disposition of *I Congreso*, Lord Denning, in his affirmative judgment, approved the statement of law made 100 years or so before by Sir Robert Phillimore in *The Charkieh* (1873), L.R. 4 A.&E. 59, at pages 99-100:

No principle of international law, and no decided case, and no dictum of jurists of which I am aware, has gone so far as to authorize a sovereign prince to assume the character of a trader, when it is for his benefit; and when he incurs an obligation to a private subject to throw off, if I may so speak, his disguise, and appear as a sovereign, claiming for his own

partagés également et, en conséquence, les appels ont été rejetés. Les demandeurs se sont pourvus devant la Chambre des lords. Les pourvois ont été accueillis pour le motif général que la doctrine de l'immunité de juridiction limitée s'appliquait, écartant toute immunité absolue dans le cas d'opérations commerciales entre États étrangers ou leurs agences, à moins que ces opérations ne soient du domaine des actes publics tombant clairement dans la sphère de l'activité gouvernementale ou souveraine.

Lord Bridge of Harwich, faisant allusion à la difficulté habituellement rencontrée lorsqu'on tentait de circonscrire la doctrine de l'immunité absolue dans des limites raisonnables, a exposé en termes maintenant classiques la position anglaise actuelle, à la page 351:

[TRADUCTION] Il me semble qu'on peut tirer de la jurisprudence pertinente deux propositions qui peuvent souvent, comme c'est le cas en l'espèce, offrir un guide utile pour décider si oui ou non l'immunité de juridiction réclamée peut être accordée. D'abord, si un État souverain assume volontairement une obligation de droit privé pure et simple, il ne peut, lorsqu'on demande qu'il exécute cette obligation, se prévaloir de l'immunité de juridiction pour le motif que la raison pour laquelle il a assumé l'obligation revêtait un caractère souverain ou gouvernemental. Par exemple: l'État A commande des uniformes pour son armée à un fournisseur de l'État B; poursuivi pour le prix devant les tribunaux de l'État B, l'État A ne saurait revendiquer son immunité pour le motif que le maintien d'une armée est une fonction souveraine. C'est élémentaire. Mais cela conduit logiquement au second principe que, ayant assumé une obligation de droit privé pure et simple, un État souverain ne saurait justifier l'inexécution de l'obligation pour le motif que la raison de l'inexécution revêt un caractère souverain ou gouvernemental. Par exemple: l'État A ayant commandé des uniformes pour son armée d'un fournisseur de l'État B, désavoue le contrat; poursuivi devant les tribunaux de l'État B en dommages-intérêts, l'État A ne saurait se prévaloir de son immunité pour le motif que, depuis l'octroi du contrat, un gouvernement d'une nouvelle couleur politique a pris la décision souveraine, dans le cadre d'une politique de désarmement total, de licencier son armée.

En Cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur l'affaire *I Congreso*, lord Denning, dans son opinion favorable, a approuvé l'énoncé du droit qu'avait fait, il y a environ 100 ans, sir Robert Phillimore dans l'arrêt *The Charkieh* (1873), L.R. 4 A.&E. 59, aux pages 99 et 100:

[TRADUCTION] Aucun principe de droit international, aucune jurisprudence, aucun commentaire de juriste dont j'aie connaissance, n'est allé jusqu'à autoriser un prince souverain à se faire commerçant pour son profit; puis, ayant encouru une obligation envers un sujet de droit privé, à rejeter pour ainsi dire son déguisement et, apparaissant comme un souverain, à réclamer à

benefit, and to the injury of a private person, for the first time, all the attributes of his character

So the pendulum made full swing and came back to rest at the proper starting point. In my opinion, the broad general principle running through the modern day cases is simply this—the doctrine of absolute sovereign immunity no longer applies to the commercial transactions of foreign governments or their agencies or entities unless such transactions from the nature of the motivating acts or the subject-matter thereof are clearly of a governmental or sovereign character. There is, however, a narrower appendage principle applicable to the doctrine of sovereign immunity in those cases where a state sets up under its ægis a separate legal entity with authority to transact business in the marketplace of trade and commerce. For sovereign immunity to succeed here, the separate legal entity, on the determinative test of function and control and not mere status, must be the alter ego or emanation of the state itself.

In my judgment, the defendant is not entitled to the benefit of sovereign immunity on the basis of the broad principle above expounded. It is my opinion that the whole subject-matter, including even the contract for the sale and delivery of the poles, possesses all the attributes of a private commercial or trading transaction and falls clearly outside the sphere of governmental or sovereign activity.

But there is an alternative ground to which the other principle applies and by which I would reach the same result. The focus here must necessarily be on the contract of affreightment between the parties as the act forming the basis of the transaction in terms of its explicit nature rather than purpose, and not the contract for the sale and purchase of poles. The defendant, Satkab Co., was incorporated under the corporate law of Iran as an electrical supply and manufacturing company for the generation and distribution of electric power and water to governmental or non-governmental institutions with authority to deal generally in goods, machinery and devices relating thereto and to make investments. It had the general authority to carry on any commercial activities and transactions. The defendant was set up as a corporation having all the ear-marks of commercial activity. It

son propre profit, et au préjudice du sujet de droit privé, pour la première fois, tous les attributs de sa nature . . .

Ainsi le mouvement imprimé au pendule l'a ramené à son point de départ. À mon avis, le principe général que l'on trouve en filigrane dans la jurisprudence moderne se ramène à ceci—la doctrine de l'immunité de juridiction absolue ne s'applique plus aux opérations commerciales des gouvernements étrangers ou de leurs agences ou entités à moins que ces opérations, de par la nature des actes les motivant ou de par leur objet, ne revêtent clairement un caractère gouvernemental ou souverain. Il y a cependant un principe connexe plus étroit applicable à la doctrine de l'immunité de juridiction dans le cas où un État érige sous son égide une entité juridique distincte avec pouvoir de faire des affaires d'ordre commercial. Pour que l'immunité de juridiction soit reconnue en l'espèce, l'entité juridique distincte, selon le critère décisif de la fonction et du contrôle, et non simplement du statut, doit être l'*alter ego* ou l'émanation de l'État lui-même.

À mon sens, la défenderesse ne peut profiter de l'immunité de juridiction selon le principe général que je viens d'exposer. Je suis d'avis que l'espèce, y compris le contrat de vente et la livraison des poteaux, possède toutes les caractéristiques d'une opération commerciale privée et se situe clairement en dehors de la sphère de l'activité gouvernementale ou souveraine.

Mais il existe un motif subsidiaire auquel l'autre principe s'applique et qui m'amènerait au même résultat. Il faut nécessairement en l'espèce s'attarder au contrat d'affrètement entre les parties comme étant l'acte qui sert de fondement à l'opération, selon sa nature explicite, plutôt que selon son objet, et non au contrat de vente des poteaux. La défenderesse Satkab Co. a été constituée selon la loi iranienne en tant que compagnie manufacturière fournisseur d'électricité pour la génération et la distribution d'électricité et d'eau aux institutions gouvernementales ou non gouvernementales, avec pouvoir de s'occuper en général de marchandises, de machines et d'appareils s'y rapportant et de faire des investissements. Elle détenait le pouvoir général d'exercer toutes sortes d'activités commerciales et de faire des opérations commerciales. La défenderesse a été constituée en société ayant

had a subscribed share capital. Share ownership by the state was at least one step removed. Clearly, the defendant had an initiative of its own in terms of policy and function. Whatever governmental role the defendant may have fulfilled was not identifiably positive enough to make it a mere functionary of the State of Iran. In my opinion, the defendant was not the alter ego or emanation of the government of Iran in any real sense. The defence of sovereign immunity fails on this ground as well.

Accordingly, the defendant's motion is dismissed on all counts, with costs to the plaintiff.

toutes les caractéristiques d'une entreprise commerciale. Elle avait un capital-actions souscrit. L'État propriétaire des actions se trouvait à tout le moins à l'arrière-plan. Manifestement, la défenderesse agissait de sa propre initiative en matières de politique et de fonction. Quel que soit le rôle gouvernemental que peut avoir joué la défenderesse, il n'était pas suffisamment manifeste et identifiable pour en faire un simple fonctionnaire de l'État iranien. À mon avis, la défenderesse n'est ni l'*alter ego* ni une émanation du gouvernement iranien en aucun sens véritable. La défense d'immunité de juridiction échoue pour ce motif aussi.

En conséquence, la requête de la défenderesse est rejetée sur tous ses points, avec les dépens allant à la demanderesse.