

T-539-92

T-539-92

Olbert Metal Sales Limited and Metalplate Trading N.V. (Plaintiffs)

Olbert Metal Sales Limited et Metalplate Trading N.V. (demandereses)

v.

c.

Cerescorp. Inc., Longitude Transport Co., John Doe Corporation, Norsul Internacional S.A. and the Ship *Harmac Dawn*, Her Owners and All Others Interested in Her (Defendants)

Cerescorp. Inc., Longitude Transport Co., Société Unetelle, Norsul Internacional S.A. et le navire *Harmac Dawn*, ses propriétaires et toutes les personnes qui ont un intérêt dans le navire (défendeurs)

INDEXED AS: OLBERT METAL SALES LTD. v. CERESCORP INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: OLBERT METAL SALES LTD. c. CERESCORP INC. (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, November 25 and December 5, 1996.

Section de première instance, protonotaire Hargrave — Vancouver, 25 novembre et 5 décembre 1996.

Maritime law — Practice — Motion by supplier of steel rods arriving damaged at Vancouver to discontinue as plaintiff four and one half years after action for damages commenced by subrogated cargo underwriters — Motion dismissed — Some evidence damages occurred prior to or during loading while supplier owner — Sufficient to give supplier interest as plaintiff — Potential prejudice to defendants, late date, possible motivation avoidance of discovery, plaintiff's location in remote part of world, likelihood plaintiffs uncooperative, also considered.

Droit maritime — Pratique — Requête déposée par le fournisseur de tiges d'acier qui sont arrivées endommagées à Vancouver en vue de se désister comme demanderesse quatre ans et demi après l'introduction de l'action en dommages-intérêts par les assureurs subrogés — Requête rejetée — Certains éléments de preuve tendent à établir que les dommages ont été causés avant ou pendant le chargement alors que le fournisseur était encore propriétaire — C'est suffisant pour donner au fournisseur la qualité pour agir comme partie demanderesse — La possibilité qu'un préjudice soit causé aux défendeurs, l'étape tardive, la possibilité que le motif du désistement soit de se soustraire à l'interrogatoire préalable, le fait que la demanderesse est établie dans une région éloignée, et la probabilité que les demandereses n'offriront que peu de collaboration, ont aussi été examinés.

Maritime law — Contracts — Bill of lading marked "FISLO" (Free in Stow, Liner Out), indicating shipper's obligation to load, stow, with cost of discharge included in ocean freight — Commercial invoice indicating sale FOB — When goods sold FOB, immediate transfer of risk on loading to buyer — Cash against documents not defeating intent contract terms be FOB — Once cargo loaded, stowed, supplier having no further interest.

Droit maritime — Contrats — Le connaissance porte la mention «FISLO» (franco chargement et arrimage, déchargement aux frais des lignes maritimes), signifiant qu'il incombe à l'expéditeur de charger et d'arrimer la cargaison, et que le coût de déchargement est inclus dans le fret maritime — La facture commerciale indique que la vente a été faite FAB — Quand des marchandises sont vendues FAB il y a transfert immédiat des risques à l'acheteur au moment de l'embarquement — Le paiement comptant contre remise des documents ne fait pas échec aux clauses du contrat indiquant que celui-ci est FAB — Une fois la cargaison chargée et arrimée, le fournisseur n'a plus aucun intérêt.

Practice — Discovery — Production of documents — One of plaintiffs in action by subrogated cargo underwriters seeking to discontinue when pressed for examination for discovery, production of documents — Party seeking discontinuance says documents have been destroyed — Defendants moving for affidavit verifying

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Une des demandereses dans l'action intentée par les assureurs subrogés cherche à se désister alors qu'on la presse de se soumettre à l'interrogatoire préalable et de produire des documents — La partie qui demande à se désister prétend

destruction of documents — Given plaintiff's remote location (Netherlands Antilles), attitude toward litigation, destruction of documents, justice requiring denial of motion for discontinuance.

This was a motion for leave for Metalplate, the supplier of steel rods which had arrived at Vancouver in a damaged condition, to discontinue as plaintiff. The action for damages, by subrogated cargo underwriters, was commenced four and one half years ago. Although initially uncertain when ownership of the steel had passed, the plaintiffs now say that risk passed when the steel crossed the ship's rail, with title following when the consignee received and paid for the bill of lading. The defendants opposed discontinuance on the basis that it was not clear when title passed, that Metalplate might have information as to how the damage (rusting) occurred, either pre-shipment or during loading, and that Metalplate wished to discontinue in order to avoid discovery. Defendants had been pressing for Metalplate's documents and for examination for discovery of a witness from Metalplate. Metalplate had advised that any documents had been destroyed.

The bill of lading was marked "FISLO" (Free in Stow, Liner Out), indicating that it was the shipper's obligation to load and stow, with the cost of discharge included in the ocean freight. It was sent by mail and presumably paid for before the ship arrived. The commercial invoice indicated that the sale was FOB Rio de Janeiro, and that the price was payable in cash against documents.

Held, the motion should be dismissed.

The apparent inconsistencies between the bill of lading and commercial invoices were reconcilable. When a seller ships goods FOB there is on loading an immediate transfer of risk and usually of property to the buyer who insures the goods. If the seller retains the bill of lading as a hedge against default, it does not mean that risk of loss or damage or interest remains with the seller. The cash against documents term did not defeat the intent of the contract that the terms be FOB. Once the bundles of steel were loaded and stowed, Metalplate had no further interest. However, if damages pre-existed loading, or happened either during loading or stowing, then such occurred when the steel rods were the property of Metalplate. The surveyor had stated that the rusting was fresh water rusting which he presumed occurred before or during loading. This evidence of damage, while the steel rod belonged to

que les documents ont été détruits — Les défendeurs demandent un affidavit attestant la destruction des documents — Comme la demanderesse est installée dans une région éloignée (Antilles néerlandaises) et en raison de son attitude à l'égard du litige et de la destruction des documents, l'intérêt de la justice exige que la requête en désistement soit refusée.

Il s'agit d'une requête présentée par Metalplate, fournisseur des tiges d'acier qui sont arrivées à Vancouver endommagées, en vue de se désister comme demanderesse. L'action en dommages-intérêts a été intentée il y a quatre ans et demi par les assureurs subrogés. Bien qu'elles ne soient pas certaines à quel moment le droit de propriété relatif aux tiges d'acier a été transféré, les demanderesse prétendent maintenant que le risque a été transféré au moment où les tiges d'acier ont passé le bastingage, et le titre de propriété, à une date ultérieure quand la cosignataire a reçu et payé le connaissement. Les défendeurs s'opposent au désistement au motif qu'il n'est pas établi clairement à quel moment le titre de propriété a été transféré, que Metalplate pourrait disposer de certains renseignements sur ce qui a pu causer les dommages soit avant l'expédition, soit pendant le chargement et que la demande de désistement de Metalplate a pour simple objectif d'éviter l'interrogatoire préalable. Les défendeurs pressent Metalplate de produire des documents et de désigner un témoin aux fins de l'interrogatoire préalable. Metalplate a fait savoir que tous les documents avaient été détruits.

Le connaissement porte la mention «FISLO» (franco chargement et arrimage, déchargement aux frais des lignes maritimes), signifiant qu'il incombe à l'expéditeur de charger et d'arrimer la cargaison, et que le coût du déchargement est inclus dans le fret maritime. Le connaissement a été envoyé par la poste et il faut présumer qu'il a été payé avant l'arrivée du navire. La facture commerciale indique que la vente a été faite FAB Rio de Janeiro et que le prix pouvait être acquitté comptant contre remise des documents.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Les irrégularités apparentes entre le connaissement et la facture commerciale peuvent être conciliées. Quand un vendeur expédie des marchandises FAB, il y a au moment de l'embarquement un transfert immédiat des risques et habituellement du titre de propriété à l'acheteur, qui assure les marchandises. Si le vendeur conserve le connaissement, pour se protéger contre une défaillance possible, cela ne signifie pas que tous les risques de perte ou de dommages restent à la charge du vendeur. Le paiement comptant contre remise des documents ne fait pas échec aux clauses du contrat indiquant que celui-ci est FAB. Une fois les lots de tiges d'acier chargés et arrimés, Metalplate n'avait plus aucun intérêt dans ces marchandises. Toutefois, si les dommages ont été causés avant le chargement, ou pendant le chargement ou l'arrimage, alors ils se sont produits quand les tiges d'acier étaient encore la

Metalplate, was enough to give Metalplate an interest as plaintiff.

Additionally, if Metalplate were allowed to discontinue, it could prejudice the defendants, who would have no means to find and explore evidence as to what had happened to the steel before it was stowed aboard ship. Finally, it appeared that avoidance of discovery was a factor triggering the motion to discontinue, which, coupled with the prejudice to the defendants, was sufficient to deny the discontinuance. Given the plaintiff's remote location (Netherlands Antilles), attitude toward the litigation and its destruction of documents, the defendants could expect little cooperation. It was far too late to abandon the action to the prejudice of the defendants. Justice required that all proper interests be represented. Defendants' motion, for affidavits confirming destruction of documents, should be adjourned to allow counsel to reach agreement.

propriété de Metalplate. L'expert a déclaré qu'à son avis la rouille a été causée par l'eau douce et c'est pourquoi il présume que les dommages ont été causés avant ou pendant le chargement. Cette preuve de dommages causés pendant que les tiges d'acier appartenaient à Metalplate est suffisante pour donner à Metalplate la qualité pour agir en tant que partie demanderesse.

En outre, si Metalplate était autorisée à se désister, cela pourrait causer un préjudice aux défendeurs qui n'auraient aucun moyen de trouver des éléments de preuve pour déterminer ce qui est arrivé à l'acier avant qu'il soit arimé à bord du navire. Finalement, il semble que la volonté de se soustraire à l'interrogatoire préalable soit un facteur qui a été à l'origine de la requête en désistement et qui, joint au préjudice qui serait causé aux défendeurs, constitue un argument suffisant pour refuser la requête. Compte tenu du fait que la demanderesse est installée dans une région éloignée (les Antilles néerlandaises), de son attitude à l'égard du litige et du fait qu'elle a détruit les documents, les défendeurs ne peuvent attendre que peu de collaboration de sa part. Il est beaucoup trop tard pour que Metalplate se désiste de l'action au détriment des défendeurs. La justice exige que tous les intérêts réguliers soient représentés. La requête des défendeurs, en vue d'obtenir des affidavits confirmant la destruction des documents, devrait être ajournée pour permettre aux avocats de s'entendre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Special War Revenue Act, R.S.C. 1927, c. 179.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Johnson v. Canada, [1990] 1 F.C. 275; (1989), 30 F.T.R. 120 (T.D.); *Steel Co. of Canada v. The Queen*, [1955] S.C.R. 161; [1955] 2 D.L.R. 593; [1955] CTC 21; (1955), 55 DTC 1022; revg *Queen, The, v. Steel Co. of Canada Ltd.*, [1953] Ex. C.R. 200; [1953] CTC 255; (1953), 53 DTC 1154; *Browne v. Hare* (1858), 3 H. & N. 484; 157 E.R. 561; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *Frebald and Another v. Circle Products Ltd.*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 499 (C.A.).

REFERRED TO:

Stock v. Inglis (1884), 5 Asp. M.L.C. 294 (C.A.); affd (1885), 10 App. Cas. 263.

AUTHORS CITED

Benjamin, J. P. *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property with references to the French*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi spéciale des revenus de guerre, S.R.C. 1927, ch. 179.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Johnson c. Canada, [1990] 1 C.F. 275; (1989), 30 F.T.R. 120 (1^{re} inst.); *Steel Co. of Canada v. The Queen*, [1955] R.C.S. 161; [1955] 2 D.L.R. 593; [1955] CTC 21; (1955), 55 DTC 1022; inf. *Queen, The, v. Steel Co. of Canada Ltd.*, [1953] R.C.E. 200; [1953] CTC 255; (1953), 53 DTC 1154; *Browne v. Hare* (1858), 3 H. & N. 484; 157 E.R. 561; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *Frebald and Another v. Circle Products Ltd.*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 499 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Stock v. Inglis (1884), 5 Asp. M.L.C. 294 (C.A.); conf. par (1885), 10 App. Cas. 263.

DOCTRINE

Benjamin, J. P. *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property with references to the French*

Code and Civil Law, 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Kennedy, A. R. *Contracts of Sale. C.I.F.*, 2nd ed. London: Stevens and Sons, 1928.

Sassoon, David M. *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1995.

MOTION for discontinuance. Motion dismissed.

COUNSEL:

Kim A. Wigmore for plaintiffs.

Peter Swanson for defendants Longitude Transport Co., the Ship *Harmac Dawn*, and Norsul Internacional S.A.

Mark L. Barr for defendant Cerescorp Inc.

SOLICITORS:

A. B. Oland Law Corporation, Vancouver, for plaintiffs.

Campney & Murphy, Vancouver, for defendants Longitude Transport Co., the Ship *Harmac Dawn*, and Norsul Internacional S.A.

Owen, Bird, Vancouver, for defendant Cerescorp Inc.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 HARGRAVE P.: In early 1991 the *Harmac Dawn* carried a parcel of cargo consisting of some 130 tonnes of steel rod, made up into bundles wrapped with plastic and wood slatting, from Rio de Janeiro to Vancouver. On arrival at Vancouver the cargo owner's surveyor found the packaging to be damaged and the steel rods suffering from advanced fresh water rusting, which the surveyor presumed to have occurred either before or during loading in Brazil.

2 Subrogated cargo underwriters began this action in March of 1992 naming, as plaintiffs, both Olbert Metal Sales Limited (Olbert Metal), the consignee,

Code and Civil Law, 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Kennedy, A. R. *Contracts of Sale. C.I.F.*, 2nd ed. London: Stevens and Sons, 1928.

Sassoon, David M. *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1995.

REQUÊTE en désistement. Requête rejetée.

AVOCATS:

Kim A. Wigmore, pour les demandereses.

Peter Swanson, pour les défenderesses Longitude Transport Co., le navire *Harmac Dawn*, et Norsul Internacional S.A.

Mark L. Barr, pour la défenderesse Cerescorp Inc.

PROCUREURS:

A. B. Oland Law Corporation, Vancouver, pour les demandereses.

Campney & Murphy, Vancouver, pour les défenderesses Longitude Transport Co., le navire *Harmac Dawn*, et Norsul Internacional S.A.

Owen, Bird, Vancouver, pour la défenderesse Cerescorp Inc.

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

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Au début de 1991, le *Harmac Dawn* a transporté 130 tonnes de tiges d'acier, emballées dans du plastique et un cadre de bois, de Rio de Janeiro à Vancouver. À l'arrivée à Vancouver, l'expert du propriétaire du fret a constaté que l'emballage était endommagé et que les tiges d'acier étaient dans un état avancé de rouille causée par l'eau douce, situation qui, selon lui, s'était produite avant ou pendant le chargement au Brésil. 1

Les assureurs subrogés ont intenté la présente action en mars 1992 en désignant, comme demandereses, Olbert Metal Sales Limited (Olbert Metal), la 2

and Metalplate Trading N.V. (Metalplate), the supplier, for underwriters and their counsel were, at that point, unsure when ownership of the steel had passed. Olbert Metal is an Ontario company. Metalplate has an office and place of business in The Netherlands Antilles off the coast of Venezuela.

consignataire, et Metalplate Trading N.V. (Metalplate), le fournisseur, parce que les assureurs et leurs avocats n'étaient pas certains à quel moment le droit de propriété relatif aux tiges d'acier avait été transféré. Olbert Metal est une société établie en Ontario. Metalplate a des bureaux et un établissement commercial dans les Antilles néerlandaises au large du Venezuela.

3 Now, nearly six years after the event, and four and one half years after the action was commenced, and under pressure for production of documents and examination for discovery of Metalplate, the plaintiffs ask leave that Metalplate might discontinue. All of the defendants oppose and, in turn, the defendants Longitude Transport and Norsul Internacional bring a motion for documents, discovery and relief related to Metalplate's request that it be allowed to discontinue.

Aujourd'hui, près de six ans après l'événement, et quatre ans et demi après l'introduction de l'action, et par suite de demandes pressantes pour que Metalplate produise des documents et se soumette à l'interrogatoire préalable, les demanderesse demandent que Metalplate soit autorisée à se désister de l'action. Tous les défendeurs s'y opposent et, à leur tour, les défenderesses Longitude Transport et Norsul Internacional ont présenté une requête pour production de documents et interrogatoire préalable, et réclament des redressements ayant trait à la demande de désistement de Metalplate.

THE TWO MOTIONS

LES DEUX REQUÊTES

4 Two motions came on for hearing on November 25, 1996. The plaintiffs' motion is to allow Metalplate to discontinue, for the plaintiffs now say risk passed when the steel crossed the ship's rail, with title following afterwards at an unspecified time when Olbert Metal received and paid for the bill of lading (and other documents) which had been sent by mail. The defendants oppose the discontinuance on the basis that it is not clear when title passed, that Metalplate might well have information as to how the rusting occurred, either pre-shipment or during loading, and moreover, the defendants submit, Metalplate's discontinuance is merely for the purpose of avoiding discovery. The defendants have been pressing for Metalplate's documents and for examination for discovery of a witness from Metalplate for some time. In this regard Metalplate advises, through counsel, that it does not have any documents, for they have been destroyed.

Deux requêtes ont été entendues le 25 novembre 1996. Les demanderesse réclament que Metalplate soit autorisée à se désister, parce qu'elles prétendent maintenant que le risque a été transféré au moment où les tiges d'acier ont passé le bastingage, alors que le titre de propriété a été transféré à une date ultérieure non précisée quand Olbert Metal a reçu et payé le connaissement (et d'autres documents) qui lui a été transmis par la poste. Les défendeurs s'opposent au désistement au motif qu'il n'est pas établi clairement à quel moment le titre de propriété a été transféré, que Metalplate pourrait bien disposer de certains renseignements sur ce qui a pu causer la formation de la rouille soit avant l'expédition, soit pendant le chargement et, de plus, d'après les défendeurs, parce que la demande de désistement de Metalplate a pour simple objectif d'éviter l'interrogatoire préalable. Depuis quelque temps déjà, les défendeurs pressent Metalplate de produire des documents et de désigner un témoin aux fins de l'interrogatoire préalable. À cet égard, Metalplate a fait savoir par ses avocats qu'elle n'a plus aucun document, ceux-ci ayant été détruits.

5 The motion of the defendants Longitude Transport Co. and Norsul Internacional S.A., the owners and the charterers, is for Metalplate's affidavit verifying the destruction of documents; for Olbert Metal's affidavit of documents, which would also confirm the destruction of various documents including all of the documents arising out of the sale of the steel rod as salvage; that Metalplate, within 30 days, nominate a witness for examination for discovery; and, if Metalplate is to be allowed to discontinue, the right to add a counterclaim or cross-demand against Metalplate, so that demand might be served on Metalplate's counsel before the discontinuance comes about. The proposed counterclaim or cross-demand is consistent with the defences of the Vancouver Stevedores, Cerescorp and of Longitude and Norsul, who allege insufficient packing (a comment made by one of the surveyors) and pre-shipment fresh water rusting damage of the steel, which was carried under a clean bill of lading.

6 While the bill of lading is clean (there is no loading survey), the defendants say the packaging of the steel rod was such that any pre-shipment rusting damage could not be seen.

CONSIDERATION

7 The bill of lading is marked "FISLO", short form for "Free in Stow, Liner Out", indicating it is the shipper's obligation to load and stow, with the cost of discharge included in the Ocean freight. The commercial invoice contains different but reconcilable terms, that the sale is FOB Rio de Janeiro and that the price is payable in cash against documents: as I have said, the bill of lading was sent to Canada by mail and presumably paid for sometime before the ship arrived. These apparent inconsistencies, between the bill of lading and the commercial invoice, and within the commercial invoice itself, can be reconciled.

8 When a seller ships goods FOB there is on loading an immediate transfer of risk and usually of

5 La requête des défenderesses Longitude Transport Co. et Norsul Internacional S.A., les propriétaires et affréteurs, a pour but d'obtenir de Metalplate un affidavit attestant la destruction des documents; d'obtenir d'Olbert Metal un affidavit de documents, qui confirmerait également la destruction de divers documents, notamment de la totalité des documents concernant la vente des tiges d'acier comme récupération; d'obtenir que Metalplate désigne, dans un délai de trente jours, un témoin aux fins de l'interrogatoire préalable; et si Metalplate est autorisée à se désister, d'obtenir le droit de présenter une demande reconventionnelle contre Metalplate, de sorte que la demande puisse être signifiée aux avocats de celle-ci avant le désistement. La demande reconventionnelle proposée est compatible avec les défenses des acorniers de Vancouver, de Cerescorp et de Longitude et Norsul, qui allèguent un emballage déficient (au dire de l'un des experts) ainsi que la rouille causée par l'eau douce avant l'expédition des tiges d'acier transportées aux termes d'un connaissance net.

6 Bien que le connaissance soit sans réserve (il n'y a pas eu d'examen au moment du chargement), les défendeurs prétendent que l'emballage des tiges d'acier n'aurait pas permis de constater les dommages causés par la rouille avant l'expédition.

ANALYSE

7 Le connaissance porte la mention «FISLO», qui est l'abréviation de «Free in Stow, Liner Out» (franco chargement et arrimage, déchargement aux frais des lignes maritimes), signifiant qu'il incombe à l'expéditeur de charger et d'arrimer la cargaison, et que le coût de déchargement est inclus dans le fret maritime. La facture commerciale énonce des conditions différentes mais conciliables, indiquant que la vente a été faite FAB Rio de Janeiro et que le prix peut être acquitté comptant contre remise des documents: comme je l'ai dit, le connaissance a été envoyé au Canada par la poste et il faut présumer qu'il a été payé quelque temps avant l'arrivée du navire. Ces irrégularités apparentes, entre le connaissance et la facture commerciale, et sur la facture commerciale elle-même, peuvent être conciliées.

8 Quand un vendeur expédie des marchandises FAB, il y a au moment de l'embarquement un trans-

property to the buyer, who insures the goods. For the seller to retain the bill of lading, as a hedge against a possible default, does not lead to the conclusion that any risk of loss or damage or interest remains with the seller: see for example *Stock v. Inglis* (1884), 5 Asp. M.L.C. 294 (C.A.), at pages 297-298; affirmed by the House of Lords (1885), 10 App. Cas. 263.

fert immédiat des risques et habituellement du titre de propriété à l'acheteur, qui assure les marchandises. Le fait que le vendeur conserve le connaissance, pour se protéger contre une défaillance possible, ne permet pas de conclure que tous les risques de perte ou de dommages sont à la charge du vendeur ou que celui-ci conserve le titre de propriété: voir par exemple, *Stock v. Inglis* (1884), 5 Asp. M.L.C. 294 (C.A.), aux pages 297 et 298, confirmé par la Chambre des lords (1885), 10 App. Cas. 263.

9 David M. Sassoon in *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995, in considering FOB delivery observes that the courts "have sometimes referred to property considerations instead of confining themselves to the independent and narrower issue of transferred risk" (at page 456). That may well be a valid point, however the Supreme Court of Canada dealt with passage of property in an FOB transaction in *Steel Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1955] S.C.R. 161. At issue was a passage of property, absent physical delivery, which triggered tax under the *Special War Revenue Act* [R.S.C. 1927, c. 179]. The Exchequer Court had held that property under an FOB contract passed when the goods were delivered to the carrier's warehouse: *Queen, The, v. Steel Co. of Canada Ltd.*, [1953] Ex. C.R. 200. The majority of the Supreme Court of Canada held property in the goods had not passed to the purchasers by mere delivery to the carrier's warehouse.

9 David M. Sassoon, dans son ouvrage *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4^e éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1995, dans son analyse sur la livraison FAB fait observer que les tribunaux [TRADUCTION] «ont quelquefois abordé la question du transfert de propriété au lieu de se limiter à traiter de la question indépendante et plus restreinte du transfert des risques» (à la page 456). Ce point est peut-être valable; toutefois la Cour suprême du Canada a traité du transfert de propriété au cours d'une opération FAB dans l'arrêt *Steel Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1955] R.C.S. 161. Il y était question d'un transfert de propriété, sans livraison des marchandises, ayant entraîné l'assujettissement à une taxe en vertu de la *Loi spéciale des revenus de guerre* [S.R.C. 1927, ch. 179]. La Cour de l'Échiquier avait statué qu'en vertu d'un contrat FAB le titre de propriété avait été transféré au moment de la livraison des marchandises à l'entrepôt des transporteurs: *Queen, The, v. Steel Co. of Canada Ltd.*, [1953] R.C.É. 200. La Cour suprême a conclu à la majorité que le titre de propriété des marchandises n'avait pas été transféré aux acheteurs par la simple livraison des marchandises à l'entrepôt des transporteurs.

10 As to when property passed under an FOB contract and while this is *obiter*, it is very persuasive, Chief Justice Kerwin and Justice Fauteux referred to a passage from Benjamin on Sale [*A Treatise on the Law of Sale of Personal Property with references to the French Code and Civil Law*, 8th ed.] indicating risk under an FOB contract passed once the goods were put on board the ship and then went on to say, at page 165:

10 Pour ce qui a trait au transfert du titre de propriété en vertu d'un contrat FAB et bien qu'il s'agisse d'une opinion incidente, cependant très convaincante, le juge en chef Kerwin et le juge Fauteux ont cité un passage de Benjamin on Sale [*A Treatise on the Law of Sale of Personal Property with references to the French Code and Civil Law*, 8^e éd.] indiquant que le transfert des risques en vertu d'un contrat FAB se produisait une fois que les marchandises étaient placées à bord du navire et ils ajoutent, à la page 165:

This does not mean that in all F.O.B. cases the property in the goods contracted to be sold passes only when the goods are so put on board, but the circumstances in the present instance do not take it out of the general rule.

This was not an oversight, or confusion of risk and property, for at issue under the *Special War Revenue Act* was the passage of property. Justices Locke and Taschereau were not so explicit, however they did refer both to the above-quoted passage from Benjamin on Sale, as to the passing of risk and to a passage from A. R. Kennedy in *Contracts of Sale. C.I.F.*, 2nd ed., which clearly sets out that under an FOB contract both property and risk pass when the goods are put aboard the vessel.

[TRADUCTION] Cela ne signifie pas que, dans tous les cas de transport FAB, le titre de propriété des marchandises devant être vendues en vertu du contrat n'est transféré que lorsque les marchandises sont ainsi placées à bord, mais les circonstances de l'espèce ne nous permettent pas de nous écarter de la règle générale.

Il ne s'agissait pas d'une méprise, ni d'une confusion entre les risques et le titre de propriété, étant donné que la question qui se posait aux termes de la *Loi spéciale des revenus de guerre* était le transfert du titre de propriété. Les juges Locke et Taschereau n'ont pas été aussi explicites, bien qu'ils aient fait référence tous les deux au passage susmentionné de Benjamin on Sale, quant au transfert des risques, et à un extrait de A. R. Kennedy, dans son ouvrage *Contracts of Sale. C.I.F.*, 2^e éd., qui énonce clairement qu'en vertu d'un contrat FAB le titre de propriété et les risques sont transférés lorsque les marchandises sont placées à bord du navire.

11 The next step is to consider the effect, if any, of the cash against documents term. In *Browne v. Hare* (1858), 3 H. & N. 484; 157 E.R. 561 the plaintiff shipped vegetable oil FOB Rotterdam, the bill of exchange to be accepted and paid for by the defendant buyers, on delivery of the bills of lading, by a three-month bill of exchange. The bill of lading, endorsed by the buyer, together with an invoice and bill of exchange, were mailed to a broker for presentation to the buyer, however, the ship and cargo became a total loss before presentation of the documents. The buyer refused to pay. The majority of the Court of Appeal were of the view that both property and risk had passed to the buyer on shipment under the FOB term of the contract. The Court pointed out that the seller did not issue the particular form of the bill of lading in order to retain the goods, but only to secure the price: the securing of the price by that means was not inconsistent with the FOB contract. In the present instance the cash against documents term does not defeat the intent of the contract that the terms be FOB.

11 La prochaine étape de l'analyse consiste à examiner l'effet, si tant est qu'il y en a un, de la condition reliée au paiement comptant contre remise des documents. Dans l'arrêt *Browne v. Hare* (1858), 3 H. & N. 484; 157 E.R. 561, la partie demanderesse avait expédié de l'huile végétale FAB Rotterdam, la lettre de change devant être acceptée et payée par les acheteurs défendeurs, contre remise des connaissements, au moyen d'une lettre de change payable à trois mois. Le connaissement endossé par l'acheteur a été expédié, accompagné d'une facture et d'une lettre de change, à un courtier pour présentation à l'acheteur; cependant, le navire et la cargaison ont été totalement détruits avant la présentation des documents. L'acheteur a refusé de payer. La Cour d'appel a émis l'avis majoritaire que le titre de propriété et les risques avaient été transférés à l'acheteur au moment de l'expédition aux termes de la clause FAB du contrat. La Cour a signalé que le vendeur n'avait pas utilisé cette forme particulière de connaissement afin de conserver les marchandises, mais uniquement pour en garantir le paiement: cette façon de garantir le paiement des marchandises n'était pas incompatible avec le contrat FAB. En l'espèce, le paiement comptant contre remise des documents ne fait pas échec aux clauses du contrat indiquant que celui-ci est FAB.

- 12 Similarly, in *Frebold and Another v. Circle Products Ltd.*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 499 the Court of Appeal dealt with an FOB shipment, payment to be made by cash against documents. The buyer argued that passing of property did not occur until the shipping documents were paid for. Lord Justice Edmund Davies, who wrote the lengthiest of the three judgments, held that delivery was completed when the goods were put aboard the ship. Lord Justice Widgery, at page 504, found it was a normal FOB contract and that the presumption of delivery was not rebutted merely because the sellers had instructed their banks not to hand over the goods until payment. Sir Frederic Sellers is more explicit as to the effect of an FOB contract, setting out that when the goods are shipped "[t]he property in them passes to the buyer, who is responsible for the freight and the goods are at the buyer's risk" (at page 505). He then went on to consider whether there was evidence to alter the essential terms of an FOB contract: he concluded that the requirement of cash before the goods would be handed over was not inconsistent with the intention to pass property on shipment FOB (*loc. cit.*).
- De même, dans *Frebold and Another v. Circle Products Ltd.*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 499, la Cour d'appel était saisie d'une expédition FAB, le paiement devant être fait comptant contre remise des documents. L'acheteur a fait valoir que le titre de propriété n'avait pas été transféré tant que les documents d'expédition n'avaient pas été acquittés. Le lord juge Edmund Davies, qui a rédigé le plus long des trois jugements, a statué que la livraison avait été faite au moment où les marchandises avaient été placées à bord du navire. Le lord juge Widgery, à la page 504, a estimé qu'il s'agissait d'un contrat FAB normal et que la présomption de livraison n'avait pas été réfutée simplement parce que les vendeurs avaient donné instruction à leurs banques de ne pas remettre les marchandises avant le paiement. Sire Frederic Sellers est plus explicite quant aux effets qui découlent d'un contrat FAB quand il indique qu'au moment de l'expédition des marchandises [TRADUCTION] «le titre de propriété passe à l'acheteur, qui est responsable du fret et qui assume le risque concernant les marchandises» (à la page 505). Il s'est ensuite demandé s'il y avait des éléments de preuve permettant de modifier les conditions essentielles d'un contrat FAB: il a conclu que l'exigence du paiement comptant avant livraison des marchandises n'était pas incompatible avec l'intention d'effectuer le transfert de propriété au moment de l'expédition FAB (*loc. cit.*).
- 13 To summarize at this point, on the material available, I must conclude that once the bundles of steel rod were loaded and stowed, Metalplate had no further interest. However, if damages pre-existed loading, or happened either during loading or during the course of stowing, such occurred when the steel rods were the property of Metalplate. The Lloyd's surveyor at Vancouver, who acted for the plaintiff, Olbert Metal, clearly states his view that the rusting, by reason of the reaction to the silver nitrate test, was fresh water rusting which he presumes occurred before or during loading. This evidence of damage, while the steel rod belonged to Metalplate, is enough to give Metalplate an interest as a plaintiff. But there are other reasons which require Metalplate to continue as a party to these proceedings.
- Pour résumer, d'après les éléments dont je suis saisi, je dois conclure qu'une fois les lots de tiges d'acier chargés et arrimés, Metalplate n'avait plus aucun intérêt dans ces marchandises. Toutefois, si les dommages ont été causés avant le chargement, ou pendant le chargement ou l'arrimage, alors ils se sont produits quand les tiges d'acier étaient encore la propriété de Metalplate. L'expert de la Lloyd's à Vancouver, qui représentait la demanderesse Olbert Metal, déclare clairement qu'à son avis la rouille, d'après la réaction au test du nitrate d'argent, a été causée par l'eau douce, et c'est pourquoi il présume que les dommages ont été causés avant ou pendant le chargement. Cette preuve de dommages causés pendant que les tiges d'acier appartenaient à Metalplate est suffisante pour donner à Metalplate la qualité pour agir en tant que partie demanderesse.

Mais il y a d'autres raisons qui nous obligent à maintenir Metalplate au nombre des parties à l'instance.

14 The subrogated underwriters who bring this action may be content to take the chance that they may not recover if the damage occurred before their insured, Olbert Metal, obtained any interest. But that could well prejudice the defendants, including the vessel owners and charterers, who could not assess the bundled and wrapped cargo for pre-existing fresh water rusting and who, without the opportunity to find out when and why Metalplate destroyed their documents, or to examine Metalplate for discovery to learn their manufacturing and wrapping practices, will have no means to find and explore evidence as to what happened to the steel before it was stowed aboard ship.

14 Les assureurs subrogés qui ont intenté la présente action se satisferaient peut-être de courir le risque de ne pas être dédommés si les dommages se sont produits avant que leur assuré, Olbert Metal, n'acquiert un intérêt dans les marchandises. Mais cela pourrait bien causer un préjudice aux défendeurs, y compris aux propriétaires et affréteurs du navire, qui n'ont pu évaluer les marchandises emballées pour vérifier si elles avaient été attaquées par la rouille causée par l'eau douce avant le chargement et qui, privés de la possibilité de savoir quand et pourquoi Metalplate a détruit leurs documents ou de procéder à l'interrogatoire préalable d'un témoin de Metalplate pour se renseigner sur les méthodes de fabrication et d'emballage de celle-ci, n'auront aucun moyen de trouver des éléments de preuve pour déterminer ce qui est arrivé à l'acier avant qu'il soit arrimé à bord du navire.

15 At this point I should touch on a decision of Madam Justice Reed's, *Johnson v. Canada*, [1990] 1 F.C. 275 (T.D.), in which some of the plaintiffs sought leave to discontinue. Their sole motive was to avoid examination for discovery. Leave to discontinue was denied, at pages 286-287:

15 Ici, je tiens à mentionner une décision de M^{me} le juge Reed, *Johnson c. Canada*, [1990] 1 C.F. 275 (1^{re} inst.), dans laquelle certains des demandeurs cherchaient à se désister de l'action. Leur seul motif était de se soustraire à l'interrogatoire préalable. L'autorisation de se désister leur a été refusée, aux pages 286 et 287:

In my view the present situation is simply not a situation where the Court should exercise its discretion and allow discontinuance of an action by the plaintiffs. The motive and only motive in seeking discontinuance is to seek to avoid discovery. The Court should not exercise its discretion in support of that endeavour. For that reason alone, I would refuse to grant the discontinuance sought in this case. There is, in addition, given the unsettled nature of jurisprudence, some uncertainty as to whether a discontinuance would prejudice the defendants. It is possible that a judgment given consequent upon an action framed in the name of band(s) alone would not bind all band members. As Mr. Justice McEachern said in the *Martin* case, *supra*, the object at this stage of proceedings should be to cover all bases. To adopt a procedure which is rife with uncertainty and which would increase rather than decrease the potential for interlocutory litigation is not appropriate.

À mon sens, la situation présente n'est tout simplement pas une situation dans laquelle la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à permettre aux demandeurs de se désister. Le seul et unique motif du désistement recherché est de tenter d'éviter l'interrogatoire préalable. La Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire à l'appui de cet objectif. Pour ce seul motif, je refuserais d'accorder le désistement recherché en l'espèce. Il existe en outre, vu le caractère flottant de la jurisprudence, une certaine incertitude quant au préjudice que pourrait causer le désistement aux défenderesses. Il est possible qu'un jugement qui serait rendu à la suite d'une action engagée au nom de la (des) bande(s) uniquement ne lierait pas tous les membres de la bande. Comme l'a dit le juge McEachern dans l'arrêt *Martin*, précité, l'objectif poursuivi à ce stade de la procédure devrait être de parer à toute éventualité. Il n'est pas approprié d'adopter une façon de procéder qui est des plus incertaines et qui augmenterait plutôt qu'elle ne diminuerait le risque de mesures interlocutoires.

16 The sole reason in the present instance may not be to avoid production of documents and examination for discovery, for Metalplate does submit that on counsel properly assessing the claim it appeared Metalplate had no interest once the steel rod passed over the ship's rail during loading. I have determined this lack of interest argument is faulty for property remained with Metalplate until the steel rod was loaded and stowed. However, even if I am in error in my assessment that damage may well have occurred when Metalplate had an interest in the steel rod, I am not about to exercise my discretion and allow Metalplate to discontinue at this rather late date, given the pressure put on Metalplate for production of documents and examination for discovery, leading up to their motion to discontinue. Avoidance of discovery may not be the factor triggering their motion to discontinue, but it gives every appearance of being a factor which, coupled with prejudice to the defendants, are sufficient argument against allowing the discontinuance.

17 Madam Justice Reed also considered prejudice to the defendant in the *Johnson* case, there because of uncertainty whether the remaining plaintiffs, Indian bands, as opposed to the Band and its members, might be bound by the outcome of the action. In the present case there is, as I have indicated, a very real potential for prejudice to the defendants by reason of the denial of a way in which they might satisfy themselves as to pre-existing damage, or alternatively, that damage could not have occurred while Metalplate had property in the goods, evidence which ought to be within the knowledge of Metalplate as supplier and shipper, with a duty to load and stow.

18 I am aware that if Metalplate has evidence, such may make them a witness, but does not necessarily

16 En l'espèce, la seule raison invoquée n'est peut-être pas d'éviter la production de documents et l'interrogatoire préalable, étant donné que Metalplate fait valoir que ses avocats, après avoir évalué de façon appropriée la réclamation, sont d'avis que Metalplate n'avait plus d'intérêt une fois que les tiges d'acier ont passé le bastingage du navire pendant l'embarquement. J'ai conclu que cet argument fondé sur l'absence d'intérêt est erroné étant donné que Metalplate a conservé la propriété jusqu'au chargement et à l'arrimage des tiges d'acier. Toutefois, même si je fais erreur en pensant que les dommages ont pu être causés à une période où Metalplate était toujours propriétaire des tiges d'acier, je ne suis pas disposé à exercer mon pouvoir discrétionnaire pour autoriser Metalplate à se désister à une étape aussi tardive, étant donné les pressions exercées sur elle pour produire des documents et se soumettre à l'interrogatoire préalable, pressions qui l'ont incitée à déposer cette requête en désistement. Il se peut que le dépôt de cette requête n'ait pas pour but de se soustraire à l'interrogatoire préalable, mais il semble, selon toutes les apparences, que ce soit effectivement un facteur qui a joué et qui, joint au préjudice qui serait causé aux défendeurs, constitue un argument suffisant pour refuser le désistement.

17 M^{me} le juge Reed a également examiné le préjudice qui serait causé à la partie défenderesse dans l'affaire *Johnson*, en raison de l'incertitude touchant la question de savoir si les demanderesses restantes, soit les bandes indiennes, par opposition à la bande et à ses membres, seraient liées par l'issue de l'action. En l'espèce il y a, comme je l'ai déjà indiqué, une possibilité très réelle qu'un préjudice soit causé aux défendeurs du fait qu'on leur refuserait le moyen d'établir de façon satisfaisante qu'il y avait des dommages préexistants ou, subsidiairement, d'établir qu'aucun dommage n'a pu être causé pendant que Metalplate était encore propriétaire des marchandises, éléments de preuve qui devaient être connus de Metalplate en tant que fournisseur et expéditeur ayant l'obligation de charger et d'arrimer les marchandises.

18 Je sais bien que Metalplate, si elle a des éléments de preuve, peut être convoquée à titre de témoin, et

make them a necessary party. But as a factual matter we have a plaintiff who gives an address in The Netherlands Antilles, well off the beaten track and from whom, given its attitude toward the litigation and its destruction of documents, the defendants can likely expect little cooperation, particularly in that the defendants allege pre-existing damage. In addition it is now four and a half years since Olbert Metal and Metalplate began this action: it is now far too late for Metalplate to abandon this action to the prejudice of the defendants.

que cela n'en fait pas nécessairement une partie essentielle à l'action. Mais en fait, nous sommes en présence d'une demanderesse qui donne une adresse dans les Antilles néerlandaises, bien loin des sentiers battus et de la part de qui, compte tenu de son attitude à l'égard du litige et du fait qu'elle a détruit les documents, les défendeurs ne peuvent attendre que peu de collaboration, particulièrement du fait que les défendeurs allèguent qu'il y avait des dommages préexistants. En outre, il y a maintenant quatre ans et demi qu'Olbert Metal et Metalplate ont intenté cette action: il est beaucoup trop tard pour que Metalplate se désiste de cette action au détriment des défendeurs.

19 This leads me back to a comment made by Madam Justice Reed in the passage which I have quoted from the *Johnson* case, that at an interlocutory stage the object is to cover all bases. She referred to a passage from *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (S.C.), a decision of Chief Justice McEachern, in which she looked upon the interlocutory process as a problem-solving exercise and felt that the best that could be done was to cover all bases by ensuring that all proper interests were represented and then leave it to the trial judge to decide the matter on the evidence. This is what I believe justice requires in this instance.

Ceci me ramène à une observation formulée par M^{me} le juge Reed dans l'extrait que j'ai cité de la décision *Johnson*, selon lequel l'objectif poursuivi à l'étape des mesures interlocutoires est de parer à toute éventualité. Elle fait référence à un passage de l'arrêt *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (C.S.), décision rendue par le juge en chef McEachern, duquel elle conclut que l'étape interlocutoire est centrée sur un problème et que la meilleure solution est de parer à toute éventualité en s'assurant que tous les intérêts réguliers sont représentés et de laisser le juge de première instance décider selon la preuve. À mon sens, c'est ce que l'intérêt de la justice exige en l'espèce.

20 As to the motion of the defendants Longitude Transport and Norsul Internacional, items 1, 2 and 3 are adjourned and may be reset for hearing by letter request if counsel are unable to agree. Item 4 is denied in that Metalplate remains a plaintiff.

Quant à la requête des défenderesses Longitude Transport et Norsul Internacional, j'accorde un ajournement pour les points 1, 2 et 3 qui pourront être remis au rôle pour audition sur demande écrite si les avocats sont incapables de s'entendre. Le point 4 est refusé puisque Metalplate continue de figurer comme partie demanderesse.

21 I thank counsel for well-done presentations. Costs will be in the cause.

Je remercie les avocats pour la qualité de leurs exposés. Les dépens suivront l'issue de la cause.