

A-454-89

A-454-89

**Shibamoto & Company Ltd. and Ocean Fisheries Ltd. (Appellants) (Plaintiffs)**

v.

**Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. and The Ship Nicolle N (Respondents) (Defendants)**

*INDEXED AS: SHIBAMOTO & Co. v. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (C.A.)*

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Mahoney and MacGuigan J.J.A.—Vancouver, October 12; Ottawa, November 14, 1989.

*Constitutional law — Distribution of powers — Whether counterclaim alleging breach of contract coming under Federal Court jurisdiction in action for damages arising out of agreement to purchase and process fish on high seas — Trial Division Judge correct in finding issues integrally connected to maritime law — All requirements essential to Federal Court jurisdiction met.*

*Federal Court jurisdiction — Contract requiring use of ship — Canadian maritime law including law of contracts and torts to extent required, essential to disposition of case — Maritime law coming under s. 91(10) Constitution Act, 1867, "Navigation and Shipping" power — S. 22(2)(i) as applied also falling under Navigation and Shipping power.*

This litigation arises from a contract whereby the respondent Western, a floater/processor vessel operator, would purchase and process on the high seas salmon and salmon roe for the plaintiff Shibamoto, which would fund the operation. Ocean Fisheries would act as Shibamoto's North American agent. The respondent was to determine the price paid for the fish subject to a ceiling price set by Shibamoto's representative on board when it reached a level that would yield a loss at resale. Shortly after operations had commenced, the representative decided that the ceiling of non-profitability had been reached and terminated the contract. The plaintiffs' action concerned ownership of the fish on board, funds not yet expended, expenses and the discretion to suspend purchasing. The defendants advanced a counterclaim based on breach of contract, fraud, deceit and conspiracy to induce breach of contract. This is an appeal from the order of Rouleau J. who permitted the amendment of the statement of defence by addition of the counterclaim on the basis that the Court had jurisdiction to entertain it.

*Held*, the appeal should be dismissed.

All three requirements, as set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, for jurisdic-

**Shibamoto & Company Ltd. et Ocean Fisheries Ltd. (appelantes) (demandereses)**

a c.

**Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. et Le navire Nicolle N (intimés) (défendeurs)**

*RÉPERTORIÉ: SHIBAMOTO & Co. c. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci et juges Mahoney et MacGuigan, J.C.A.—Vancouver, 12 octobre; Ottawa, 14 novembre 1989.

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Une demande reconventionnelle où est alléguée l'inexécution d'un contrat relève-t-elle de la compétence de la Cour fédérale dans une action en dommages-intérêts découlant d'une entente quant à l'achat et à la transformation de poisson en haute mer — Le juge de première instance a légitimement conclu que les questions en litige faisaient partie intégrante du droit maritime — Toutes les conditions essentielles à la compétence de la Cour fédérale ont été remplies.*

*Compétence de la Cour fédérale — Contrat exigeant l'utilisation d'un navire — Le droit maritime canadien, qui comprend le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle dans la mesure où cela est nécessaire, est essentiel à la résolution du litige — Le droit maritime canadien relève du pouvoir sur «la navigation et la marine marchande» prévu à l'art. 91(10) de la Loi constitutionnelle de 1867 — L'art. 22(2)i tel qu'il s'applique relève également du pouvoir en matière de navigation et de marine marchande.*

Le litige découle d'un contrat aux termes duquel l'intimée Western, exploitante d'un navire-usine, devait acheter et transformer en haute mer du saumon et des œufs de saumon pour le compte de la demanderesse Shibamoto, laquelle finançait l'opération. Ocean Fisheries devait agir à titre de mandataire nord-américain de Shibamoto. L'intimée devait déterminer le prix payé pour le poisson sous réserve d'un plafond fixé par le représentant de Shibamoto à bord du navire au cas où le prix atteindrait un niveau susceptible d'entraîner une perte à la revente. Peu après le début des opérations, le représentant a décidé que le seuil de non-rentabilité avait été atteint et il a mis fin au contrat. L'action des demanderesse a pour objet la propriété du poisson à bord, les sommes non encore utilisées, les dépenses et le pouvoir discrétionnaire de suspendre les achats. Les défendeurs ont présenté une demande reconventionnelle fondée sur l'inexécution du contrat ainsi que sur la fraude, le dol et le complot en vue d'inciter à la violation du contrat. Le présent appel a été interjeté à l'encontre de l'ordonnance du juge Rouleau qui a autorisé la modification de la défense par ajout de la demande reconventionnelle en concluant que cette dernière relevait de la compétence de la Cour.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Les trois conditions pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale, établies dans l'arrêt *ITO—International*

tion in the Federal Court have been met. (1) The requirement of a statutory grant of jurisdiction by the Parliament is met by paragraph 22(2)(i) of the *Federal Court Act*, since the contract specifies and requires the use of a ship even though the use on the facts was less than total use. (2) The second requirement is met since Canadian maritime law, an existing body of federal law, is essential to the disposition of the case and nourishes the statutory grant of authority and since the laws of contract and torts fall under Canadian maritime law, to the extent required. (3) The requirement of constitutionality is met since Canadian maritime law has been upheld by the *ITO* decision under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, (the federal power over "Navigation and Shipping") and since paragraph 22(2)(i) as applied to the use of a ship for fishing purposes also falls under the Navigation and Shipping power.

Though a number of recent Supreme Court of Canada decisions have established a very stringent test for Federal Court jurisdiction by finding the relevant words defining the Court's jurisdiction to be "Administration of the Laws of Canada" as found in section 101 of the *Constitution Act, 1867*, none of them dealt in any way with maritime law. It remains that section 22 of the *Federal Court Act* cannot therefore be given a construction beyond the scope of that expression. The Supreme Court decision in the *ITO* case, however, confirms the trend of upholding Federal Court jurisdiction in maritime law matters.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10),(12), 101.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

##### DISTINGUISHED:

*Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.); *Dome Petroleum Ltd. v. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 F.C. 11, (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d)

*Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ont toutes été remplies. (1) L'exigence de l'attribution de compétence par une loi du Parlement est remplie par l'alinéa 22(2)i) de la *Loi sur la Cour fédérale* puisque l'utilisation d'un navire était expressément prévue et exigée en vertu du contrat même s'il ne s'agissait pas dans les faits d'une utilisation intégrale. (2) Il est satisfait à la deuxième condition puisque le droit maritime canadien, ensemble de règles de droit fédérales, est essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence, et que le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle relève du droit maritime canadien dans la mesure où la résolution du litige l'exige. (3) La condition relative à la constitutionnalité est remplie étant donné que l'arrêt *ITO* confirme que le droit maritime canadien relève du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la compétence fédérale sur «la navigation et la marine marchande») et que l'alinéa 22(2)i) relève pareillement de cette catégorie de pouvoir dans la mesure où il vise l'utilisation d'un navire pour la pêche.

Bien que, dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada ait soumis l'existence de la compétence de la Cour fédérale à un critère très rigoureux en jugeant que les termes pertinents pour définir cette compétence sont ceux que l'on retrouve à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir «administration des lois du Canada», aucun de ces arrêts ne porte sur une question de droit maritime. Il reste que l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne doit pas recevoir une interprétation qui excéderait la portée de cette expression. La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *ITO* confirme cependant la tendance à reconnaître la compétence de la Cour fédérale sur les questions de droit maritime.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10),(12), 101.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 22.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (1<sup>re</sup> inst.); *Dome Petroleum Ltd. c. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 C.F. 11 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Quebec North Shore Paper Co. et autres c. Canadien Pacifique Ltée et autres*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976),

111; 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248; *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288.

## AUTHORS CITED

Evans, J. M. "Case Comment" ["Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation"] (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124.  
 Hogg, P. W. "Case Comment" ["Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550.  
 Jones, P. F. M. "Jurisdiction at Sea" (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445.  
 Kerr, R. W. "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court" (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568.  
 Laskin, J. B. and Sharpe, R. J. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*" (1980), 30 *U.T. L.J.* 283.  
 Rogers, D. N. "Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?" (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467.  
 Scott, S. A. "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137.  
*Shorter Oxford English Dictionary*, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, "navigation".

## COUNSEL:

*David F. McEwen* for appellants (plaintiffs).

*J. W. Perrett* for respondents (defendants).

## SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for appellants (plaintiffs).

*Campney & Murphy*, Vancouver, for respondents (defendants).

71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248; *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288.

## DOCTRINE

Evans, J. M. «Case Comment» [«Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation»] (1981), 59 *Re. du Bar. Can.* 124.  
 Hogg, P. W. «Case Comment» [«Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?»] (1977), 55 *R. du B. Can.* 550.  
 Jones, P. F. M. «Jurisdiction at Sea» (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445.  
 Kerr, R. W. «Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court» (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568.  
 Laskin, J. B. et Sharpe, R. J. «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*» (1980), 30 *U.T. L.J.* 283.  
 Rogers, D. N. «Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?» (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467.  
 Scott, S. A. «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction» (1982), 27 *R. de D. McGill* 137.  
*Shorter Oxford English Dictionary*, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, «navigation».

## AVOCATS:

*David F. McEwen* pour les appelantes (demandereses).

*J. W. Perrett* pour les intimés (défendeurs).

## PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour les appelantes (demandereses).

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour les intimés (défendeurs).

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal against an order of Rouleau J. [T-1810-88, order dated October 2, 1989, not yet published] allowing the respondents' motion to amend their statement of defence by adding, *inter alia*, a counterclaim to it. The appellants challenge the decision of the Motions Judge that the counterclaim is within the jurisdiction of the Federal Court.

The dispute arises from a contract entered into on May 16, 1988, between Shibamoto & Company Ltd. ("Shibamoto"), Ocean Fisheries Limited ("Ocean") and Western Fish Producers Inc. ("Western"). The agreement recites that Western, which operated the floater/processor vessel *Nicolle N* ("the vessel"), wished to keep and process fish in Alaska for a party with sufficient financial strength to fund such an operation, that Shibamoto, a Japanese trading company, wished to acquire salmon and salmon roe in Alaska for resale in Japan, and that Ocean would act as Shibamoto's North American agent, with all North American transactions in its name. By the agreement Shibamoto was, through its agent, to advance sufficient funds (ultimately U.S. \$1.8 M) to purchase some three million pounds of sockeye salmon to Western, which agreed to purchase and process salmon and salmon roe on the vessel on the high seas through the 1988 salmon season. Western was to determine the price paid for the fish subject to a ceiling price set by Shibamoto's representative on board the vessel when the price reached a level which would result in a loss at resale. Also on board the vessel were eight roe technicians provided by Shibamoto to prepare the salmon and the roe so as to meet the requirements of the Japanese market. After purchasing, dressing and freezing the fish, Western would off-load them onto tramp steamers as quickly as possible. The agreement provided that it "shall be governed and construed in accordance with the laws of the Province of British Columbia" (clause 8.01).

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel contre une ordonnance du juge Rouleau [T-1810-88, ordonnance en date du 2 octobre 1989, encore inédite] faisant droit à la requête par laquelle les intimés visaient à modifier leur défense en y ajoutant, entre autres, une demande reconventionnelle. Les appelantes contestent la décision du juge portant que la demande reconventionnelle relève de la compétence de la Cour fédérale.

Le litige découle du contrat conclu entre Shibamoto & Company Ltd. («Shibamoto»), Ocean Fisheries Limited («Ocean») et Western Fish Producers Inc. («Western») le 16 mai 1988. Aux termes de ce contrat, il était stipulé que Western, exploitante du navire-usine *Nicolle N* («le navire»), était désireuse de conserver et de transformer le poisson en Alaska pour le compte d'une partie ayant le capital voulu pour financer l'opération, que Shibamoto, une société commerciale japonaise, souhaitait acheter du saumon et des œufs de saumon en Alaska pour les revendre au Japon et enfin qu'Ocean agirait à titre de mandataire nord-américain de Shibamoto, effectuant toutes les opérations en son nom. En vertu de l'entente, Shibamoto devait, par l'entremise de son mandataire, avancer les fonds suffisants (en tout 1,8 million \$ US) pour acheter trois millions de livres de saumon sockeye à Western, laquelle convenait d'acheter et de transformer le saumon et les œufs de saumon sur le navire en haute mer pendant la saison de pêche 1988. Western devait déterminer le prix payé pour le poisson sous réserve d'un plafond fixé par le représentant de Shibamoto à bord du navire au cas où le prix atteindrait un niveau susceptible d'entraîner une perte à la revente. Se trouvaient également à bord du navire huit techniciens spécialisés dont Shibamoto fournissait les services pour la préparation du saumon et des œufs de saumon selon les exigences du marché japonais. Après avoir acheté, apprêté et surgelé le poisson, Western devait le charger le plus rapidement possible à bord de navires de tramping. Il était enfin prévu que l'entente devait [TRADUCTION] «être appliquée et interprétée conformément aux lois de la province de la Colombie-Britannique» (clause 8.01).

Within a short time after operations began under the contract in June, 1988, the price of salmon increased to the point where Shibamoto's representative decided that the ceiling of non-profitability had been reached.

An action was begun by the appellants in the British Columbia Supreme Court and subsequently also in the Federal Court. The issues are as to the ownership of the fish on board, the funds not yet expended, the expenses involved in the processing and the appellants' discretion to suspend purchasing. The respondents were denied a stay of the Federal Court action since one of the remedies in the Federal Court action, i.e., a lien against the vessel, was not available in the B.C. Court.

The counterclaim advanced by the respondents alleges breach of contract and also fraud, deceit and conspiracy to induce or compel breach of the agreement (Appeal Book at pages 260-261).

Jurisdiction over the counterclaim depends on the interpretation to be given to section 22 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] ("the Act") and also on the constitutional division of legislative power.

The relevant part of section 22 is as follows:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction as well between subject and subject as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any claim or question arising out of one or more of the following:

(i) any claim 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;

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for her operation or maintenance including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

Peu de temps après le début des opérations selon les stipulations du contrat en juin 1988, le prix du saumon a augmenté au point où le représentant de Shibamoto a décidé que le seuil de non-rentabilité avait été atteint.

Les appelantes ont intenté une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique puis devant la Cour fédérale. Les questions en litige y portent sur la propriété du poisson à bord du navire, les sommes non encore utilisées, les dépenses engagées dans la transformation du poisson et le pouvoir discrétionnaire des appelantes de suspendre leurs achats. Les intimés se sont vu refuser un sursis de l'action portée en Cour fédérale pour le motif que l'un des recours qui y était prévu, savoir l'exercice d'un privilège contre le navire, ne pouvait être obtenu en Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Dans leur demande reconventionnelle, les intimés allèguent qu'il y a eu inexécution du contrat, ainsi que fraude, dol et complot en vue d'inciter ou de contraindre à la violation de l'entente (Dossier d'appel, aux pages 260 et 261).

La compétence à l'égard de la demande reconventionnelle dépend de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] («la Loi»), ainsi que du partage constitutionnel du pouvoir législatif.

Voici les dispositifs pertinentes de l'article 22:

22. (1) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance, tant entre sujets qu'autrement, dans tous les cas où une demande de redressement est faite en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), il est déclaré pour plus de certitude que la Division de première instance a compétence relativement à toute demande ou à tout litige de la nature de ceux qui sont ci-après mentionnés:

i) toute demande née 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;

m) toute demande relative à des marchandises, fournitures ou services fournis à un navire, où que ce soit, pour son exploitation ou son entretien, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les demandes relatives à l'accouage ou gabarage;

The definition of "Canadian maritime law" in section 2 of the Act is also relevant:

2. ...

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the Parliament of Canada.

The most relevant part of the learned Trial Judge's reasons [*Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc.*, order dated October 2, 1989, Federal Court—Trial Division, T-1810-88, not yet reported] for order is as follows (Appeal Book at pages 271-274):

One of the leading cases in which the Federal Court's jurisdiction was analyzed and which is of significant importance is the *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, a decision of the Supreme Court of Canada reported in [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. 4th 641. At page 774 S.C.R. MacIntyre J. wrote, and I paraphrase: In order to determine if a particular case involves maritime or admiralty law, we must be satisfied to avoid encroachment on what is of local concern involving property and civil rights or matters which are of essential, exclusive provincial jurisdiction. At page 774 S.C.R. he goes on, that the issue must be integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

In analyzing disputes of this nature, one must look to the substance of the claim being asserted and the relief sought. We are dealing with the engaging of a processing ship, financing and fish processing at sea. One must determine the actual underpinnings of the dispute. The essence of the arrangement between the plaintiff and the defendant in this particular transaction was for the plaintiff to provide funds to the defendants and they in turn made available the *Nicolle N* for the acquisition and processing of salmon and salmon roe at sea.

The defendants submit that the Court can assume the jurisdiction of the issues raised in the counterclaim by virtue of its authority of subsection 22 and subparagraph 22(2)(i)(m) of the *Federal Court Act*.

I much prefer the reasoning of Mr. Justice Addy in *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.). The facts of that case are somewhat similar and it was resolved by finding that the Court had jurisdiction. There the defendant owned a fish processing vessel and the plaintiffs alleged that the defendant was in breach of a contract to supply fish at sea to the defendant vessel which was to remain within a specified fishing

Est également pertinente la définition de «droit maritime canadien» que l'on retrouve à l'article 2 de la Loi:

2. ...

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada;

Il convient également de citer le passage suivant des motifs d'ordonnance du juge de première instance [*Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc.*, ordonnance en date du 2 octobre 1989, section de première instance de la Cour fédérale, T-1810-88, encore inédite] (Dossier d'appel, aux pages 271 à 274):

L'une des décisions importantes dans laquelle la compétence de la Cour fédérale a été analysée et qui est d'une grande importance est l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* de la Cour suprême du Canada publié dans [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. 4th 641. À la page 774 R.C.S., le juge MacIntyre tient les propos suivants que je paraphrase: Pour déterminer si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, nous devons éviter d'empiéter sur ce qui constitue une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou les questions qui relèvent essentiellement de la compétence exclusive d'une province. À la page 774 R.C.S., il ajoute que la question doit être entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

En analysant les litiges de cette nature, on doit examiner l'essence de la réclamation faite et de la réparation demandée. Il s'agit en l'espèce de l'engagement d'un navire-usine, du financement et de la transformation du poisson en haute mer. On doit déterminer le fondement réel du litige. L'entente entre la demanderesse et la défenderesse dans cette opération particulière prévoyait essentiellement que la demanderesse devait fournir des fonds aux défendeurs, et que ceux-ci devaient rendre disponible le navire *Nicolle N* pour l'achat et la transformation du poisson et des œufs de saumon en mer.

Les défendeurs prétendent que la Cour peut connaître des questions soulevées dans la demande reconventionnelle en vertu de la compétence qu'elle tient du paragraphe 22(1) et des alinéas 22(2)(i) et m) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je préfère de beaucoup le raisonnement adopté par le juge Addy dans l'affaire *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709 (1<sup>re</sup> inst.). Les faits de celle-ci ressemblent quelque peu à ceux de l'espèce, et il y a été décidé que la Cour avait compétence. Dans cette affaire, la défenderesse était propriétaire d'un navire-usine traitant le poisson, et les demandeurs ont prétendu que la défenderesse violait un contrat portant

area and was to receive delivery and pay for the fish. Similarly to this case, the defendant ship was arrested at the request of the plaintiffs. In a motion to strike arguments were submitted alleging that the Court had no jurisdiction, that no action was maintainable because the supply of fish under a contract did not fall within any of the paragraphs of subsection 22(2) of the *Federal Court Act* and more particularly within paragraphs (i) and (m); further that the substance of the matter did not fall within maritime jurisdiction. Mr. Justice Addy at page 714 wrote:

I agree that a contract for the supplying of fish to a vessel, merely by reason of the fact that the vessel is processing the fish and is thus using the fish supplied, cannot fairly be construed as an "agreement relating to . . . the use . . . of a ship" as contemplated by paragraph (i). When the word "use" is considered in that context it seems clear that the use referred to is use of the ship by a party other than the owner: an agreement for use and an ordinary contract for hiring would be *ejusdem generis*.

However, the question as to whether paragraph (m) applies is not nearly so clear. It might well be that the word "operation" in that paragraph does not refer only to the actual navigation of a ship over the water but to its operation generally where it has another function such as receiving delivery of fish on the high seas and processing same, even though the actual processing might well be the same as the operation carried on by a fish processing factory situated ashore.

Justice Addy went on to say that although the sections do not specifically enumerate what should be construed as necessities for a ship, there is no doubt that once it falls into such a category it comes within the jurisdiction of the Federal Court.

Mr. Justice Addy refers also to the case of *Western Nova Scotia Bait Freezers Limited v. The Ship "Shamrock"*, [1939] Ex. C.R. 53. It dealt with a vessel engaged in the fishing business and the contract was to supply bait and ice which were determined to be necessities.

It was argued that money, in this particular circumstance, cannot be considered a necessary since we are dealing exclusively with financial underwriting. That may be argued but I have great doubts that it is supported by the facts. The underpinning, the agreement called for retaining the services of a ship for the processing of fish brought about by the financial arrangement. The contract between the parties was for the *Nicolle N* to proceed on the high seas to acquire fish in a specified fishing area and receive, process and deliver same. If one looks to the reasoning of the Supreme Court of Canada in the *ITO* case *supra* I think the analysis referred to at page 775 S.C.R. wherein the Court considered the proximity of a terminal to the operations at sea sufficient to bring it within maritime law, I am satisfied that I am by no means exceeding the bounds of jurisdiction conferred on this Court and the issues are integrally connected to maritime law.

May I add that it would seem illogical that a plaintiff could assert the right of bringing an action in the Federal Court of

fourniture de poissons en mer au navire défendeur qui devait demeurer sur certains champs de pêche spécifiés pour recevoir livraison des prises et les payer. Comme en l'espèce, le navire défendeur a été saisi à la requête des demandeurs. Dans une requête en radiation, on a invoqué des arguments selon lesquels la Cour n'avait pas compétence, aucune action ne pouvait être intentée puisque la fourniture de poissons en vertu d'un contrat n'était visée par aucun des alinéas du paragraphe 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et plus particulièrement, n'était pas visée par les alinéas i) et m), et l'essence de l'affaire ne relevait pas de la compétence maritime. Le juge Addy a tenu les propos suivants à la page 714:

J'admets qu'un contrat de fourniture de poissons à un navire ne saurait être considéré, simplement du fait que le navire traite du poisson et utilise le poisson fourni, comme une «convention relative . . . à l'utilisation . . . d'un navire» aux termes de l'alinéa i). Il est clair que dans ce contexte, l'emploi du terme «utilisation» vise l'utilisation que fait d'un navire un tiers autre que le propriétaire: une convention pour son usage de même qu'un contrat de nolisement ordinaire seraient *ejusdem generis*.

Toutefois, la question de savoir si l'alinéa m) s'applique n'est pas aussi claire. Il se peut fort bien que le terme «exploitation» de cet alinéa vise non seulement le fait pour ce navire de naviguer mais aussi l'exploitation générale de toutes ces fonctions comme celle de recevoir livraison de poissons en haute mer et de les traiter même lorsque ce traitement consiste en la même opération que celle qu'effectue une usine de traitement de poissons à terre.

Le juge Addy a ajouté que, bien que les dispositions en cause n'aient pas expressément mentionné ce qui devrait être interprété comme étant un équipement nécessaire à un navire, il est certain que lorsqu'il s'agit d'une telle catégorie, la Cour fédérale a compétence.

Le juge Addy cite également l'affaire *Western Nova Scotia Bait Freezers Limited v. The Ship "Shamrock"*, [1939] R.C.É. 53. Dans cette affaire, il s'agissait d'un navire qui se livrait à des opérations de pêche, et le contrat concernait la fourniture de bouette et de glace. On statua que la bouette et la glace constituaient des fournitures nécessaires.

On soutient que l'argent, dans ce cas particulier, ne saurait être considéré comme une fourniture nécessaire puisque, en l'espèce, il s'agit d'une garantie financière. On peut le prétendre, mais je doute sérieusement que les faits étayent cet argument. La raison en est que l'entente exigeait de retenir les services d'un navire en vue de la transformation du poisson à laquelle a donné lieu l'engagement financier. Le contrat entre les parties prévoyait que le navire *Nicolle N* devait opérer en haute mer pour acheter du poisson dans un champ de pêche spécifié et recevoir, transformer et livrer le poisson. Compte tenu du raisonnement adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO* précité, c'est-à-dire l'analyse faite à la page 775 R.C.S. où la Cour a considéré que la proximité des activités par rapport à la mer suffisait à mettre en cause du droit maritime, je suis convaincu que je n'excède nullement les limites de la compétence conférée à cette Cour, et que les questions sont entièrement liées au droit maritime.

Je me permets d'ajouter qu'il serait illogique, semble-t-il, qu'un demandeur puisse faire valoir le droit de saisir la Cour

Canada, claim a Maritime lien and arrest a ship on the basis of United States law and then successfully reject a counterclaim affirming damages arising out of the same breach of contract involving the same ship. Perhaps the relief sought by the defendants in the counterclaim could as well give rise to a Maritime lien under United States law. I say this without having the benefit of any assistance either to support the assertion made by the plaintiffs in their pleading or my independent knowledge as to what may give rise to a lien in U.S. jurisdictions.

The jurisdiction of the Federal Court of Canada as set forth in the Act must be assessed initially under the terms of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] because that provision alone authorizes Parliament to establish such a Court. Section 101 provides that:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time, provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

The relevant words of section 101 for defining the Court's jurisdiction have been considered by the Supreme Court of Canada in a number of recent cases to be "Administration of the Laws of Canada." Section 22 cannot, therefore, be given a construction beyond the scope of this expression.

The earliest of these Supreme Court decisions was *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471. The effect of this case is perhaps best summarized by Laskin C.J.C. (who delivered the unanimous judgments of the Court in both cases) in *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181, at pages 658-659 S.C.R.:

In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*, ... this Court held that the quoted provisions of s. 101, make it a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support any proceedings before it. It is not enough that the Parliament of Canada have legislative jurisdiction in respect of some matter which is the subject of litigation in the Federal Court. As this Court indicated in the *Quebec North Shore Paper Company* case, judicial jurisdiction

fédérale du Canada d'une action, réclamer un privilège maritime et saisir un navire sur le fondement du droit des États-Unis et puis rejeter avec succès une demande reconventionnelle de dommages-intérêts qui découle de la même rupture de contrat mettant en cause le même navire. Peut-être la réparation demandée par les défendeurs dans la demande reconventionnelle pourrait-elle donner lieu aussi à un privilège maritime sous le régime du droit des États-Unis. Je le dis sans bénéficier d'une assistance quelconque pour étayer soit l'affirmation faite par les demandesses dans leur plaidoirie ou ma connaissance indépendante quant à ce qui peut donner lieu à un privilège devant les instances américaines.

C'est au regard de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] que doit d'abord être examinée la compétence attribuée par la Loi à la Cour fédérale du Canada puisque lui seul confère au Parlement le pouvoir d'établir ce tribunal:

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada a jugé que les termes pertinents de l'article 101 étaient «administration des lois du Canada». Aussi l'article 22 ne doit-il pas recevoir une interprétation qui excéderait la portée de cette expression.

Le premier de ces arrêts de la Cour suprême est *Quebec North Shore Paper Co. et autres c. Canadien Pacifique Ltée et autres*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471. Le juge en chef Laskin (qui a prononcé les jugements unanimes de la Cour dans les deux affaires) a peut-être le mieux résumé l'effet de cette décision dans l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181, aux pages 658-659 R.C.S.:

Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée*, ... cette Cour a statué que les dispositions de l'art. 101 posent comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures. Il ne suffit pas que le Parlement du Canada puisse légiférer sur un domaine dont relève la question soumise à la Cour fédérale. Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, la compétence judiciaire

contemplated by s. 101 is not co-extensive with federal legislative jurisdiction. It follows that the mere fact that Parliament has exclusive legislative authority in relation to . . . [subsection 91(1A) and 91(28) of the *Constitution Act, 1867*], and that the subject matter of the construction contract may fall within either or both of these grants of power, is not enough to support a grant of jurisdiction to the Federal Court to entertain the claim for damages made in these cases. [Emphasis added.]

The Court went on to hold that there was neither a federal statutory nor a federal common law basis for the Crown's suit against a third party for damages for breach of contract.

Despite the fact that dicta in *McNamara* suggested that the result would have been different if what were at stake were the Crown's liability to a third party, the Court was not prepared in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248 (Martland J. dissenting) to allow the Crown to issue a third party notice claiming indemnity in contract and contributory negligence, even though the Crown would have had its own liability established on the basis of federal law before it could succeed in its third party claim. Pigeon J., writing for the majority, said in relation to the Crown's claim in contract (at page 711 S.C.R.):

The question in the present case is, as I see it, "Does federal law embrace the issues on the third party notice?" In my view it does not. The *Crown Liability Act* deals only with the liability which is asserted in the main action. While without such liability there would be no claim over, such claim does not arise out of this liability but only out of the contract and of the [sic] *Negligence Act*. [R.S.O. 1970, c. 296] . . . In the present case the objection to the jurisdiction is not founded on the construction of the statute, but arises out of the constitutional restriction of Parliament's power which, as concerns the Canadian judiciary, restricts it to the establishment of "Courts for the better Administration of the Laws of Canada". In the present case the laws on which the third party notice is founded are not those of Canada but those of the Province of Ontario.

With respect to the claim in negligence Pigeon J. wrote (at pages 712-713 S.C.R.):

en vertu de l'art. 101 ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que la compétence exclusive du Parlement s'exerce dans les domaines . . . [visés par les par. 91(1A) et 91(28) de la *Loi constitutionnelle de 1867*], et que l'objet du contrat de construction en l'espèce puisse relever de l'un ou l'autre de ces domaines législatifs, ou des deux, pour fonder la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la présente action en dommages-intérêts. [C'est moi qui souligne.]

Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'action que la Couronne avait intentée contre une tierce partie en dommages-intérêts pour inexécution de contrat n'était fondée sur aucune loi ni aucun principe de *common law* fédéraux.

Bien que certaines opinions incidentes émises dans l'arrêt *McNamara* donnent à penser que le résultat aurait été différent si la question en litige avait été celle de la responsabilité de la Couronne envers une tierce partie, la Cour (le juge Martland étant dissident) n'est pas allée, dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248, jusqu'à autoriser la Couronne à délivrer un avis à la tierce partie réclamant une indemnisation fondée sur le contrat et la négligence contributive. Et ce, même si la propre responsabilité de la Couronne aurait dû être établie en vertu du droit fédéral pour que cette dernière puisse réussir dans sa demande vis-à-vis de la tierce partie. Au nom de la majorité, le juge Pigeon a déclaré ce qui suit à l'égard de la réclamation de la Couronne en vertu du contrat (à la page 711 R.C.S.):

A mon avis, la question en l'espèce est: «Le litige soulevé par l'avis à la tierce partie» relève-t-il du droit fédéral? À mon avis il n'en relève pas. La *Loi sur la responsabilité de la Couronne* porte seulement sur la responsabilité qui est invoquée dans l'action principale. Il est vrai qu'il n'y aurait pas de demande d'indemnisation sans cette responsabilité, mais cette demande ne découle pas de cette responsabilité mais seulement du contrat et de *The Negligence Act* [R.S.O. 1970, chap. 296.] . . . En l'espèce, l'objection à la compétence n'est pas fondée sur l'interprétation de la loi, mais découle de la restriction constitutionnelle du pouvoir du Parlement laquelle, en ce qui a trait au système judiciaire canadien, le limite à l'établissement de «tribunaux . . . pour la meilleure administration des lois du Canada». En l'espèce, les lois sur lesquelles se fonde «l'avis à la tierce partie» ne sont pas celles du Canada mais celles de la province de l'Ontario.

En ce qui concerne la réclamation fondée sur la négligence, le juge Pigeon écrit ceci (aux pages 712 et 713 R.C.S.):

Even if I had to accept the view taken by the Ontario Court of Appeal of the effect of the *Negligence Act* [viz., that no contribution could be recovered from a party where it was not claimed before judgment on the main action], I would not agree that this could justify a conclusion that the Crown must be allowed to institute third party proceedings in the Federal Court so as not to be deprived of the benefit of *the* [sic] *Negligence Act*. It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the Superior Courts of the Provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional Courts only for the better administration of the laws of Canada. Such establishment is not therefore necessary for the administration of these laws. Consequently, I fail to see any basis for the application of the ancillary power doctrine which is limited to what is truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority. If it is considered desirable to be able to take advantage of provincial legislation on contributory negligence which is not meant to be exercised outside the Courts of the Province, the proper solution is to make it possible to have those rights enforced in the manner contemplated by the general rule of the Constitution of Canada, that is before the superior court of the province.

These cases establish a very stringent test for Federal Court jurisdiction,<sup>1</sup> and would seem as a first consequence to invalidate the view taken by the Motions Judge in the final paragraph of his reasons for decision set out above. The mere fact that a plaintiff can assert an action against a ship in the Federal Court does not found a counterclaim for damages even if they arise "out of the same breach of contract involving the same ship." A counterclaim would appear to be in the same position as an action against a third party, that is, a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action. However, I accept the argument made by the respondent that this paragraph of the Judge's reasoning is an *obiter dictum*, his essential reasoning having concluded at the end of the preceding paragraph when he wrote: "I am satisfied that I am by no means exceeding the bounds of jurisdiction conferred on this Court and the issues are integrally connected to Maritime law."

<sup>1</sup> In *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.), at p. 490, Collier J. characterized the jurisdictional situation following the limitations imposed by the Supreme Court in these cases as "lamentable." The commentators have been uniformly critical of the Court's reasoning. Professor Peter W. Hogg, *Case Comment* ["Constitutional Law—Limits of Federal Court

(Continued on next page)

Même s'il me fallait endosser l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario sur l'effet de *The Negligence Act*, [savoir qu'aucune contribution ne pouvait être recouvrée d'une partie si elle n'avait pas été réclamée avant le jugement dans l'action principale] je n'admettrais pas que cela puisse justifier la conclusion que Sa Majesté doit pouvoir instituer des procédures de mise en cause devant la Cour fédérale afin de ne pas être privée du bénéfice de *The Negligence Act*. Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada». L'établissement de ces tribunaux n'est donc pas nécessaire pour mettre ces lois à exécution. Par conséquent, je ne vois aucun fondement à l'application de la doctrine du pouvoir accessoire qui est limitée à ce qui est vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement. Si l'on estime souhaitable d'être en mesure d'invoquer une loi provinciale sur la négligence contributive qui n'est susceptible d'application que devant les cours de la province, la solution appropriée est de rendre possible l'exercice de ce droit de la manière prévue à la règle générale de la Constitution du Canada, c'est-à-dire devant la cour supérieure de la province.

Ces arrêts soumettent l'existence de la compétence de la Cour fédérale à un critère très rigoureux<sup>1</sup> et sembleraient à première vue invalider l'avis qu'a exprimé le juge de première instance dans le dernier paragraphe, précité, de ses motifs. En effet, le simple fait que le demandeur puisse exercer une action contre un navire en Cour fédérale ne constitue pas le fondement d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, même si les dommages découlent [TRADUCTION] «de la même rupture de contrat mettant en cause le même navire». La demande reconventionnelle serait comparable à une action intentée contre une tierce partie: il s'agirait d'une nouvelle instance et non d'un simple incident de l'action principale. Cependant, j'accepte l'argument de la partie intimée selon lequel ce passage des motifs revêt un caractère incident, le juge ayant formulé l'essentiel de son raisonnement à la fin du paragraphe précédent où il a écrit: «je suis convaincu que je n'exède nullement les limites de la compétence conférée à cette Cour, et que les questions sont entièrement liées au droit maritime».

<sup>1</sup> Dans la décision *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 490, le juge Collier a qualifié de «lamentable» la situation créée par suite des limitations juridictionnelles qu'a imposées la Cour suprême dans ces décisions. Les commentateurs ont pour leur part unanimement critiqué le raisonnement de la Cour. Dans «Case Comment» [«Constitutional Law—

(Suite à la page suivante)

None of the foregoing Supreme Court decisions dealt in any way with maritime law, and, when confronted with problems in that area the Court upheld the jurisdiction of the Federal Court in *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288. That trend has most recently been confirmed in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251, a

Aucun des arrêts précités de la Cour suprême ne porte sur une question de droit maritime. Lorsqu'appelée à se prononcer sur des litiges dans ce domaine, la Cour a confirmé la compétence de la Cour fédérale dans *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; et *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288. Ce courant a été récemment confirmé dans un jugement partagé de la Cour suprême (4 contre

(Continued from previous page)

Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550, at p. 555 has written that "the only workable and principled test for a law of Canada is the test of federal legislation competence which prevailed before *Quebec North Shore and McNamara Construction*." Professors John B. Laskin and Robert J. Sharpe, "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*" (1980), 30 *U.T.L.J.* 283, at p. 286 have contrasted the American solution: "Faced with a similar predicament—federal courts with constitutionally limited jurisdiction and cases with emanations beyond it—American courts have developed concepts of 'ancillary' and 'pendent' jurisdiction to permit a federal court to resolve all aspects of a dispute the principal part of which it may properly hear." Professor Stephen A. Scott, "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137, at p. 161 refers to "The Constitutional Requirement of an Elusive Substantive 'Federal Law'." Professor J. M. Evans, Case Comment ["Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation"] (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124, at pp. 132-3 writes: "To limit the jurisdiction that Parliament can confer upon the Federal Court so narrowly that it makes even those parts that are clearly valid so practically defective that drastic legislative reform becomes necessary, seems a remarkable arrogation of power."

(Suite de la page précédente)

Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *R. du B. Can.* 550, à la p. 555, le professeur Peter W. Hogg écrit que [TRADUCTION] «le seul critère pratique et rationnel pour déterminer ce qui constitue une «loi du Canada» est celui de la compétence législative fédérale qui prévalait avant les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction*. Dans «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*» (1980), 30 *U.T.L.J.* 283, à la p. 286, les professeurs John B. Laskin et Robert J. Sharpe mettent en contraste la solution américaine: [TRADUCTION] «Confrontées à une difficulté analogue—savoir des tribunaux fédéraux saisis d'affaires dont les ramifications dépassent leur compétence constitutionnelle limitée—les cours de justice américaines ont élaboré les notions de compétence «accessoire» et «suspensive» pour permettre à un tribunal fédéral de connaître de tous les aspects d'un litige dont il pouvait par ailleurs entendre la demande principale». Dans «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction» (1982), 27 *R. de D. McGill* 137, à la p. 161, le professeur Stephen A. Scott parle de [TRADUCTION] «l'exigence constitutionnelle d'un «droit fédéral» de fond qui se dérobe». Enfin, dans Case Comment [«Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation»] (1981), 59 *Re. du Bar. Can.* 124, aux p. 132 et 133, le professeur J. M. Evans écrit: [TRADUCTION] «Limiter si étroitement la compétence que le Parlement peut conférer à la Cour fédérale que même les parties clairement valides de cette compétence en deviennent pratiquement déficientes au point de nécessiter une réforme législative radicale, paraît constituer une usurpation remarquable de pouvoir.»

4-3 decision of the Supreme Court.<sup>2</sup>

On the facts of the *ITO* case, the marine carrier agreed in a contract evidenced by a bill of lading to carry cartons of electric calculators from Japan to Montréal for delivery to the consignee. On arrival in Montréal the goods were picked up and stored by ITO, a stevedoring and terminal operator. Before delivery could be made to the consignee thieves broke into the terminal transit shed and stole the majority of the cartons. The Supreme Court treated the case on the basis that the loss by theft occurred through ITO's negligence. The consignee brought proceedings in the Federal Court against both the carrier and the terminal operators.

The Court ultimately held that the consignee had no cause of action against the carrier, because of an express limitation of liability in the contract that it found to govern even in the presence of negligence, and that that limitation of liability extended also to the terminal operator.

In the course of coming to that decision, however, the Court set forth the jurisdiction of the Federal Court in admiralty. McIntyre J. recapitulated the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court as follows (at page 766 S.C.R.):

<sup>2</sup> Professor Robert W. Kerr, "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court" (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568, foresaw the possibility that admiralty jurisdiction might escape the constitutional limitations of the *Quebec North Shore* and *McNamara Construction* cases because of the historical development of a federal common law of admiralty. P.F.M. Jones, "Jurisdiction at Sea" (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445 at p. 451 concluded, following the *B.C. Marine* case, that "one can conclude that the admiralty jurisdiction of the Federal Court is not subject to the 'proper solution' philosophy of the Supreme Court of Canada as expressed in *Fuller*, viz., that the rights ought to be enforced before the superior court of the province." David N. Rogers, "Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?" (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467 preferred the approaches taken by the Federal Court of Appeal to that taken by the Supreme Court up to that time (i.e., before *ITO*).

3)<sup>2</sup>, l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *ITO*, le transporteur maritime avait convenu, par contrat constaté par un connaissement, de transporter des cartons de calculatrices électroniques du Japon à Montréal pour livraison au destinataire. À son arrivée à Montréal, la marchandise a été prise en charge et entreposée par ITO, une compagnie de manutention et d'acconage. Avant que la livraison ne soit effectuée au destinataire, des voleurs ont pénétré par effraction dans le hangar de transit où ils ont volé la majorité des cartons. La Cour suprême a analysé la question en présumant que la perte par suite de vol était le résultat de la négligence dont aurait fait preuve ITO. Le destinataire avait intenté des poursuites en Cour fédérale tant contre le transporteur que contre les acconiers.

La Cour a finalement conclu que le destinataire n'avait aucune cause d'action à faire valoir contre le transporteur, parce qu'elle a jugé que la limitation de responsabilité expressément stipulée au contrat s'appliquait même en cas de négligence et s'étendait également à l'acconier.

<sup>f</sup> Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour a toutefois défini la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté. Le juge McIntyre a résumé ainsi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à cette compétence (à la page 766 R.C.S.):

<sup>2</sup> Dans «Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court» (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568, le professeur Robert W. Kerr a prévu que la compétence en matière d'amirauté pourrait échapper aux limitations constitutionnelles imposées dans les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction* en raison de l'élaboration historique d'une *common law* fédérale dans ce domaine. Dans «Jurisdiction at Sea» (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445, à la p. 451, le professeur P.F.M. Jones estime, à la suite de l'arrêt *B.C. Marine*, qu'[TRADUCTION] «on peut conclure que la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté n'obéit pas à la philosophie de la "solution appropriée" a exprimé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fuller*, savoir qu'il convient d'exercer les droits en cause devant la cour supérieure de la province». Dans «Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?» (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467, David N. Rogers préfère la solution adoptée par la Cour d'appel fédérale à celle suivie jusqu'alors par la Cour suprême (c'est-à-dire jusqu'à l'arrêt *ITO*).

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The majority found it immediately obvious that subsection 22(1) of the Act satisfied the first requirement of jurisdiction, and turned to the question whether Canadian maritime law was essential to the disposition of the case and nourished the statutory grant of jurisdiction (at page 769 S.C.R.):

Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, can be separated into two categories. It is the law that:

- (1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute; or
- (2) would have been so administered if that court had had on its admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

The first category embraces English admiralty jurisdiction and law as it existed in 1934, the date of the first Canadian admiralty legislation after the Statute of Westminster. However, since English maritime law as of 1934 was confined to torts committed within the ebb and flow of the tide and excluded land-based torts, that would not cover the negligence in this case. It was therefore necessary to turn to an analysis of the second category of Canadian maritime law (at pages 774-776 S.C.R.):

I would agree that the historical jurisdiction of the admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matter only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by the *Admiralty Act* of 1934. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitu-

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les juges formant la majorité n'ont eu aucune hésitation à juger que le paragraphe 22(1) de la Loi satisfaisait à la première condition. Ils se sont ensuite demandé si le droit maritime canadien était essentiel à la solution du litige et constituait le fondement de l'attribution légale de compétence (à la page 769 R.C.S.):

Le droit maritime canadien, tel qu'il est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, peut être divisé en deux catégories. Il s'agit du droit:

- (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi; ou
- (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

La première catégorie englobe la compétence et le droit en matière maritime qui existaient en Angleterre en 1934, date à laquelle a été adoptée la première loi canadienne en matière d'amirauté à la suite du Statut de Westminster. Cependant, comme le droit maritime anglais était, dès 1934, confiné aux délits commis entre le flux et le reflux, à l'exclusion des délits survenus à terre, il ne s'appliquerait pas à la négligence en l'espèce. La Cour s'est donc attachée à l'examen de la deuxième catégorie du droit maritime canadien (aux pages 774 à 776 R.C.S.):

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En

tional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

Turning to Miida's claim against ITO, it can be seen that it involves the negligence of a stevedore-terminal operator in the short-term storing of goods within the port area pending delivery to the consignee.

It is clear, in my view, that such incidental storage by the carrier itself or by a third party under contract to the carrier is also a matter of maritime concern by virtue of the "close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage" (*per* Le Dain J. in the Court of Appeal [at p. 41]). It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*.

At the risk of repeating myself, I would stress that the maritime nature of this case depends upon three significant factors. The first is the proximity of the terminal operation to the sea, that is, it is within the area which constitutes the port of Montreal. The second is the connection between the terminal operator's activities within the port area and the contract of carriage by sea. The third is the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee. In my view, it is these factors, taken together, which characterize this case as one involving Canadian maritime law.

This analysis having yielded the result that the negligence claim fell within the scope of Canadian maritime law, the next question was as to the substantive content of that law (at pages 776-777 S.C.R.):

Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England (*The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, and authorities cited therein, pp. 683-84. [[1978] 2 F.C. 675; (1977), 77 D.L.R. (3d) 241 (*per* Thurlow A.C.J., as he then was)]. In 1934 when, as has been noted, a body of admiralty law from England was incorporated into Canadian law, the Admiralty side of the High Court of Justice had jurisdiction in cases of contract and

réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

Pour en venir à la demande adressée par Miida contre ITO, on peut constater qu'elle met en cause la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l'entreposage à court terme de marchandises à l'intérieur de la zone portuaire, en attendant leur livraison au destinataire.

Il est clair, à mon sens, que cet entreposage accessoire par le transporteur lui-même, ou par un tiers lié par contrat avec le transporteur, est aussi une affaire d'intérêt maritime en vertu du «rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport» (le juge Le Dain en Cour d'appel). On peut donc conclure que la manutention et l'entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d'un acconier dans la zone portuaire, est suffisamment liée au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Au risque de me répéter, je tiens à souligner que la nature maritime de l'espèce dépend de trois facteurs importants. Le premier est le fait que les activités d'acconage se déroulent à proximité de la mer, c'est-à-dire dans la zone qui constitue le port de Montréal. Le second est le rapport qui existe entre les activités de l'acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime. Le troisième est le fait que l'entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire. À mon avis, ce sont ces facteurs qui, pris ensemble, permettent de caractériser la présente affaire comme mettant en cause du droit maritime canadien.

Cette analyse ayant mené à la conclusion que la demande fondée sur la négligence relevait du droit maritime canadien, la question qui se posait ensuite était celle du contenu de ce droit sur le plan des règles de fond (aux pages 776 et 777 R.C.S.):

Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre (*La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précité, et la jurisprudence qui y est citée, pp. 683 et 684) [[1978] 2 C.F. 675; (1977), 77 D.L.R. (3d) 241 (le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint)]. En 1934, lorsque, comme je l'ai déjà noté, un ensemble de règles de droit maritime d'Angleterre a été incorporé dans le droit canadien, la Haute Cour de justice, en sa juridiction d'amirauté,

tort which were considered to be admiralty matters. In dealing with such cases, the court applied the necessary common law principles of tort and contract in order to resolve the issues. Common law rules of negligence, for example, were applied in collision cases: ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 S.C.R. 651 at pp. 661-62, and E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at p. 146). Bailment principles were applied in loss of cargo cases ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. (See, for example, the judgment of this Court in *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363, in which common law principles of negligence and contract law were employed to resolve the appeal.)

Canadian maritime law then is the existing body of federal law which is essential to the disposition of this case and which nourishes the jurisdiction granted to the Federal Court in s. 22 of the *Federal Court Act*. Thus the second requirement for a finding of jurisdiction in the Federal Court is established.

Canadian maritime law, it is therefore clear, encompasses not only the specialized rules and principles of admiralty but the common law of tort and contract as currently interpreted by the Courts (assuming always, of course, that the claim in question falls within the scope of maritime law).

Lest the point be left in doubt, the Court went on to consider whether, in utilizing the common law, the Federal Court is to be thought as applying provincial law (at page 779 S.C.R.):

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida's claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any Province of Canada.

And further (at pages 781-782 S.C.R.):

The Federal Court is constituted for the better administration of the laws of Canada. It is not, however, restricted to

pouvait connaître des affaires contractuelles et délictuelles considérées comme des affaires en matière d'amirauté. En examinant ces affaires, la cour a appliqué les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle nécessaires à la résolution des points litigieux. Les règles de *common law* en matière de négligence, par exemple, étaient appliquées dans les affaires d'abordage ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 R.C.S. 651, aux pp. 661 et 662) et E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), à la p. 146.) Les principes en matière de dépôt ont été appliqués dans les affaires de perte de cargaison ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobe à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. (Voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363, où les principes de *common law* en matière de négligence et de droit des contrats ont été utilisés pour résoudre le pourvoi.)

Le droit maritime canadien est donc cet ensemble de règles de droit fédérales existantes qui est essentiel à la solution de l'espèce et qui constitue le fondement de la compétence attribuée à la Cour fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi, la seconde condition nécessaire pour conclure que la Cour fédérale a compétence se trouve remplie.

Il est donc clair que le droit maritime canadien englobe non seulement les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté mais également les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle, selon l'interprétation actuelle qu'en donnent les tribunaux (en présument, bien entendu, que la demande en question relève du droit maritime).

Afin de dissiper toute ambiguïté, la Cour a poursuivi son analyse en se demandant si, en appliquant la *common law*, la Cour fédérale se trouvait à appliquer le droit provincial (à la page 779 R.C.S.):

Je suis d'avis, comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d'appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit d'une province canadienne.

La Cour ajoute (aux pages 781 et 782 R.C.S.):

La Cour fédérale est constituée pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle n'est pas cependant restreinte à

applying federal law in cases before it. Where a case is in "pith and substance" within the court's statutory jurisdiction, the Federal Court may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties; . . .

It is argued that in the absence of a special Admiralty rule or provision the law enforced in the locality of the proceedings applies. This is the result, it is contended, of the adoption of an incomplete body of law from a unitary state into a federal system. Since the common law of negligence and bailment may be incidentally applied in Admiralty cases, so also may the *Civil Code* be incidentally applied in cases arising in the Province of Quebec. The answer to this argument may be shortly stated. Canadian maritime law as adopted in Canada historically, and as finally brought into Canadian law by s. 2 of the *Federal Court Act*, includes common law principles as they are applied in Admiralty matters. Thus, as discussed above, common law principles so incorporated are federal law and not an incidental application of provincial law.

In conclusion then it may be said that the common law principles of negligence and bailment have become part of Canadian maritime law by adoption from England.

In the light of this powerful statement, I believe there can be no room for doubt that Canadian maritime law includes the common law of tort and contract, and that as so included it is federal law. It cannot, therefore, be decisive in the case at bar that the parties provided for the application of British Columbia law.

It is important to note that, although on some occasions McIntyre J. referred to the incorporated provincial common law of torts in terms of negligence alone, that is obviously only because that was the only part of the law of torts that was relevant in the *ITO* case. Hence in the final sentence quoted above he referred only to the "common law principles of negligence and bailment" because that is the issue in *ITO*. Earlier he stated baldly that "Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment."

Finally, in the *ITO* case the Court found the third requirement for Federal Court jurisdiction as easily established as the first (at page 777 S.C.R.):

l'application du droit fédéral aux affaires dont elle est saisie. Lorsqu'une affaire relève, de par son «caractère véritable», de sa compétence légale, la Cour fédérale peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties . . .

<sup>a</sup> On fait valoir qu'en l'absence d'une règle ou d'une disposition particulière de droit maritime, la loi du lieu où se déroulent les procédures s'applique. Cela résulte, soutient-on, de l'incorporation dans un régime fédéral d'un ensemble de règles de droit incomplet emprunté à un État unitaire. Comme les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt peuvent être appliqués accessoirement dans les affaires d'amirauté, de même le *Code civil* peut être appliqué accessoirement dans les litiges qui ont pris naissance dans la province de Québec. On peut répondre brièvement à cet argument. Le droit maritime canadien, tel qu'adopté historiquement au Canada, puis finalement incorporé dans le droit canadien par l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, inclut les principes de *common law* qui s'appliquent en matière d'amirauté. Ainsi, comme le montre l'analyse qui précède, les principes de *common law* ainsi incorporés constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial.

<sup>d</sup> En conclusion, on peut donc dire que les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt ont été empruntés à l'Angleterre et font maintenant partie du droit maritime canadien.

À la lumière d'un énoncé aussi catégorique, il ne peut à mon avis subsister de doute que le droit maritime canadien comprend les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle, lesquels constituent ainsi du droit fédéral. Ne saurait donc être déterminant en l'espèce le fait que les parties ont prévu l'application du droit de la Colombie-Britannique.

Il importe de souligner que si, à quelques reprises, le juge McIntyre se réfère uniquement au droit de la négligence lorsqu'il évoque les règles provinciales de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, c'est manifestement parce que c'était le seul droit applicable dans l'affaire *ITO*. Voilà pourquoi, dans le dernier paragraphe de l'extrait ci-dessus, il ne mentionne que «les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt», objets du litige en l'espèce. Auparavant, il s'était borné à déclarer que «le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt».

Enfin, dans l'arrêt *ITO*, la Cour a estimé que la troisième condition pour qu'il y ait compétence de la Cour fédérale était aussi facilement remplie que la première (à la page 777 R.C.S.):

The third requirement that the law in question must be a law of Canada, as that expression is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, is also met because Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and shipping come within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming federal legislative competence.

I would, therefore, conclude that the Federal Court has jurisdiction to entertain the claims of Miida [the consignee] against both Mitsui [the marine carrier] and ITO [the terminal operator].

Thus enlightened by the *ITO* case, it is now possible to turn to the case at bar to determine whether the three essential requirements for Federal Court jurisdiction over the counterclaim have been met.

The first requirement is a statutory grant of jurisdiction by the Federal Parliament. In my view that is found in subsection 22(1) and more particularly in paragraph 22(2)(i):

22. (2) ...

(i) any claim arising out of any agreement relating to ... the use ... of a ship whether by charter party or otherwise,

The Motions Judge's analysis of the essence of the contract was as follows: "The essence of the arrangement between the plaintiff and the defendant in this particular transaction was for the plaintiff to provide funds to the defendants and they in turn made available the *Nicolle N* for the acquisition and processing of salmon and salmon roe at sea." And again: "The contract between the parties was for the *Nicolle N* to proceed on the high seas to acquire fish in a specified fishing area and receive, process and deliver same." In other words, the contract specified and required the use of a ship.

It was argued by the appellant that paragraph (i) could not be so applied in the light of that part of the decision of Addy J. in *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.) at page 714 F.C. where he said:

I agree that a contract for the supplying of fish to a vessel, merely by reason of the fact that the vessel is processing the fish and is thus using the fish supplied, cannot fairly be construed as an "agreement relating to ... the use ... of a ship" as contemplated by paragraph (i). When the word "use" is considered in that context it seems clear that the use referred to is use of the ship by a party other than the owner: an

La troisième condition, savoir que la loi en question soit une loi du Canada au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est aussi remplie du fait que le droit maritime canadien et les autres lois qui portent sur la navigation et les expéditions par eau relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

Je conclus donc que la Cour fédérale a compétence pour instruire les demandes formées par Miida [le destinataire] contre à la fois Mitsui [le transporteur maritime] et ITO [l'acconier].

Ainsi éclairé par l'arrêt *ITO*, il nous est maintenant possible de revenir à la présente espèce pour déterminer si les trois conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la demande reconventionnelle ont été remplies.

La première condition repose sur l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. À mon avis, cette attribution se trouve au paragraphe 22(1) et plus particulièrement à l'alinéa 22(2)i):

22. (2) ...

i) toute demande née d'une convention relative ... à l'utilisation ... d'un navire soit par charte-partie, soit autrement;

Voici en quels termes le juge ayant instruit la requête a analysé l'essence du contrat: [TRADUCTION] L'entente entre la demanderesse et la défenderesse dans cette opération particulière prévoyait essentiellement que la demanderesse devait fournir des fonds aux défendeurs et que ceux-ci devaient rendre disponible le navire *Nicolle N* pour l'achat et la transformation du saumon et des œufs de saumon en mer. Et plus loin: [TRADUCTION] «Le contrat entre les parties prévoyait que le navire *Nicolle N* devait opérer en haute mer pour acheter du poisson dans un champ de pêche spécifié et recevoir, transformer et livrer le poisson.» En d'autres mots, l'utilisation d'un navire était expressément prévue et exigée en vertu du contrat.

L'appelante a fait valoir que l'alinéa i) ne pouvait s'appliquer compte tenu de ce passage de la décision *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (1<sup>re</sup> inst.), où le juge Addy écrit, à la page 714 C.F.:

J'admets qu'un contrat de fourniture de poissons à un navire ne saurait être considéré, simplement du fait que le navire traite du poisson et utilise le poisson fourni, comme une «convention relative ... à l'utilisation ... d'un navire» aux termes de l'alinéa i). Il est clair que dans ce contexte, l'emploi du terme «utilisation» vise l'utilisation que fait d'un navire un tiers autre

agreement for use and ordinary contract for hiring would be *ejusdem generis*.

Assuming, without deciding that the learned Judge was correct in holding that the use referred to in paragraph (i) is use of the ship by a party other than the owner, the instant case is distinguishable on the facts. Not only was Shibamoto's representative on board the vessel at all material times for purposes of price determination, but, more important, the contract also provided for eight roe technicians to be placed on board by Shibamoto to prepare the fish and the roe for the Japanese market. In my view, although this is less than the total use of a ship, it is nevertheless a clear use of the ship by Shibamoto for contract purposes, and is sufficient to satisfy paragraph (i).

This result is also distinguishable from *Dome Petroleum Ltd. v. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 F.C. 11 (T.D.) at page 14 where Dubé J. stated:

The issue in a nutshell is whether or not Dome's claim is one which arises out of an agreement relating to the carriage of goods by ship, or the use or hire of a ship, within the framework of section 22 as a whole which deals with navigation and shipping.

The agreement referred to in the statement of claim and served *ex juris* on Hunt with that pleading makes no reference to the carriage of goods by ship, or to the use or hire of a ship, or to a ship. It deals with the drilling of a test well. [Emphasis added.]

Based on that finding of fact, the agreement itself in that case, unlike here, did not support a claim of Federal Court jurisdiction.

Since in my view the jurisdiction of the Federal Court is supportable under paragraph 22(2)(i) it is not necessary to consider whether it can also be justified under paragraph (m), as held by the Motions Judge on authority of the *Kuhr* case.

The first jurisdictional requirement is therefore satisfied.

In my opinion the second jurisdictional requirement is easily met in the light of the *ITO* case. Here one looks, not to the essence of the arrange-

que le propriétaire: une convention pour son usage de même qu'un contrat de nolisement ordinaire seraient *ejusdem generis*.

En présument, sans en décider, que le juge Addy a correctement conclu que l'utilisation visée à l'alinéa i) est celle que fait d'un navire un tiers autre que le propriétaire, il y a lieu de faire une distinction entre cette affaire et les faits de l'espèce. Non seulement le représentant de Shibamoto était-il présent à bord du navire à toutes époques pertinentes aux fins de la fixation des prix, mais, plus important encore, le contrat stipulait que Shibamoto fournissait à bord les services de huit techniciens spécialisés, chargés de la préparation du poisson et des œufs destinés au marché japonais. À mon avis, bien qu'on ne puisse parler ici d'utilisation intégrale d'un navire, il s'agit néanmoins de son utilisation manifeste par Shibamoto aux fins du contrat, ce qui est suffisant pour satisfaire aux exigences de l'alinéa i).

De ce point de vue, il y a également lieu de distinguer l'espèce d'avec l'arrêt *Dome Petroleum Ltd. c. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 C.F. 11 (1<sup>re</sup> inst.), où le juge Dubé déclare, à la page 14:

En bref, la question est de savoir si la réclamation de Dome est fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, ou bien à l'utilisation ou au louage d'un navire au sens général de l'article 22 qui traite de navigation et de marine marchande.

La convention évoquée dans la déclaration et signifiée à Hunt *ex juris* avec celle-ci, ne traite pas du transport de marchandises à bord d'un navire, ni de l'utilisation ou du louage d'un navire ou reliés à un navire. Elle traite du forage d'un puits d'essai. [C'est moi qui souligne.]

Vu cette conclusion de fait, la convention en cause dans cette affaire ne pouvait, à la différence de l'espèce, constituer en soi le fondement de la compétence de la Cour fédérale.

Puisqu'à mon avis la compétence de la Cour fédérale peut être fondée sur l'alinéa 22(2)i), il n'y a pas lieu de se demander si elle peut également être justifiée aux termes de l'alinéa m), comme l'a estimé le juge saisi de la requête en s'appuyant sur la décision *Kuhr*.

La première condition juridictionnelle est donc remplie.

À mon avis, il est par ailleurs facilement satisfait à la deuxième condition à la lumière de l'arrêt *ITO*. À cet égard il faut examiner non pas l'es-

ment, as in the first requirement, but as the appellants argued, to the cause of action in the counterclaim.

However, the appellants' contention that the respondent's counterclaim for the destruction of a fish processing business by fraud, deceit, conspiracy and breach of contract is a matter of provincial law rather than of Canadian maritime law is completely unsustainable in the light of *ITO*. Since the law of contract and of torts falls under Canadian maritime law, to the extent that it is required, it cannot be maintained that certain parts of those bodies of law are not matters of maritime law. On the authority of *ITO* Canadian maritime law is the existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of authority.

The third jurisdictional requirement is constitutionality. Obviously the contract could be said to fall under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, the federal power over sea coast fisheries. But what has to be upheld under the third requirement is not the contractual arrangement itself but rather Canadian maritime law and also paragraph 22(2)(i) of the Act as I have utilized it. Canadian maritime law has already been upheld by *ITO* under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, the federal power over "Navigation and Shipping".

Paragraph 22(2)(i) as applied to the use of a ship for fishing purposes also falls under the Navigation and Shipping power. Even if "shipping" were to be so restricted as to mean only the transportation of goods, the use of ships for fishing purposes would still fall under the definition of navigation, the first meaning of which in the *Shorter Oxford English Dictionary* [vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975] is:

**Navigation** ... 1. The action of navigating; the action or practice of passing on water in ships or other vessels ...

sence de la convention, comme pour la première condition, mais, comme les appelantes le soutiennent, la cause d'action de la demande reconventionnelle.

<sup>a</sup> Or, contrairement à ce qu'elles allèguent, il est absolument impossible, vu l'arrêt *ITO*, de soutenir que le sabotage d'une entreprise de transformation du poisson par la fraude, le dol, le complot et <sup>b</sup> l'inexécution de contrat est une matière de droit provincial plutôt que de droit maritime canadien. Étant donné que le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle relève du droit maritime canadien dans la mesure où la résolution d'un <sup>c</sup> litige l'exige, on ne saurait soutenir que certaines parties de cet ensemble de règles de droit ne relèvent pas du droit maritime. Selon la définition énoncée dans l'arrêt *ITO*, le droit maritime canadien est l'ensemble des règles de droit fédérales <sup>d</sup> essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

La troisième condition est celle de la constitutionnalité. On pourrait manifestement soutenir que le contrat relève du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir de la compétence fédérale sur les pêcheries côtières. Mais cette troisième condition ne nécessite pas l'examen de l'entente contractuelle elle-même mais bien celui du droit maritime canadien ainsi que de l'alinéa 22(2)(i) de la Loi, selon l'interprétation que j'en ai faite. Or, la constitutionnalité du droit maritime canadien a déjà été confirmée par l'arrêt *ITO* aux termes du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* traitant de la compétence fédérale sur «La navigation et les bâtiments ou navires».

Dans la mesure où il vise l'utilisation d'un navire pour la pêche, l'alinéa 22(2)(i) relève pareillement de la compétence en matière de navigation et de marine marchande. Même si l'on devait limiter le sens de cette dernière expression au seul transport de marchandises, l'utilisation de navires pour la <sup>i</sup> pêche continuerait d'être comprise dans la définition du terme «navigation», dont le *Shorter Oxford English Dictionary*, [vol. II, 3<sup>e</sup> éd. revue et corrigée, Oxford, Clarendon Press, 1975], donne comme première acception:

[TRADUCTION] **Navigation** ... 1. Le fait de naviguer; le fait de se déplacer sur l'eau à bord d'un navire ou autre bâtiment ...

The passing on water that occurs in coastal fishing must therefore be without question, it seems to me, navigation.

Since in my view all three requirements for jurisdiction over the counterclaim in the Federal Court have been met, I would therefore dismiss the appeal with costs in any event of the cause.

IACOBUCCI C.J.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

Il me semble par conséquent incontestable que le fait de se déplacer sur l'eau au cours d'une activité de pêche côtière constitue de la navigation.

Les trois conditions pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale relativement à la demande reconventionnelle ayant, à mon avis, toutes été remplies, je rejetterais l'appel, avec dépens suivant l'issue de la cause.

*b* LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.