

A-170-82

A-170-82

**The Ship M/V *Seapearl* of Cyprus Registry and her owners and all others interested in the said ship and Patmos Navigation Company, a corporation having its principal place of business at Limassol, Cyprus (Appellants)**

v.

**Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile (Respondent)**

Court of Appeal, Thurlow C.J., Pratte J. and Lalonde D.J.—Montreal, June 21; Ottawa, July 21, 1982.

*Maritime law — Appeal from order of Trial Division refusing stay of proceedings instituted by respondent for damages for breach of charterparty — Clause 17 of charterparty providing for settlement of disputes through arbitration in England — Trial Division denying stay on ground balance of convenience favoured settling dispute in Canada — Appellants contending Trial Judge failed to properly exercise discretion under s. 50(1) of the Act — Appeal allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50(1).*

*Jurisdiction — Federal Court — Charterparty providing for arbitration in England — Federal Court not deprived of jurisdiction but having discretion to stay proceedings commenced in defiance of contract — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50 (1).*

The respondent entered into a charterparty with the appellant, Patmos, according to which the appellant's ship, the *Seapearl*, was to carry a cargo of copper concentrate, owned by the respondent, from Tocopilla, Chile to Quebec City. The charterparty contained an arbitration clause which outlined the manner in which any dispute arising out of the contract would be settled. After the *Seapearl* had arrived in Quebec such a dispute arose when the respondent contended that the ship did not possess the characteristics it was described as having in the charterparty and that, as a result, it carried less cargo at a higher cost. The respondent brought an action in the Trial Division claiming damages for breach of the charterparty and arrested the ship in an attempt to secure its claim. The appellant, Patmos, referred the matter to arbitration pursuant to clause 17 of the charterparty. It then, having obtained release of its ship by giving the respondent a letter of guarantee from the Bank of Montreal, brought an application for a stay of the action commenced in the Trial Division on the ground that the matter was, pursuant to the terms of the charterparty, to be decided by arbitration in England. The Trial Division dismissed this application on the ground that, in the circumstances, the balance of convenience favoured having the proceedings conducted in Canada. The appellants contend that by basing his decision on the balance of convenience, the Trial Judge failed to properly exercise his discretion under subsection 50(1) of the *Federal Court Act*. Subsection 50(1) provides that the Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter

**Navire M/V *Seapearl* immatriculé à Chypre, ses propriétaires et autres intéressés dans ledit navire et Patmos Navigation Company, société ayant sa principale place d'affaires à Limassol (Chypre) (appelants)**

c.

**Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili) (intimée)**

Cour d'appel, juge en chef Thurlow, juge Pratte et juge suppléant Lalonde—Montréal, 21 juin; Ottawa, 21 juillet 1982.

*Droit maritime — Appel d'une ordonnance de la Division de première instance refusant de surseoir à l'action, intentée par l'intimée, en dommages-intérêts pour inexécution de la charte-partie — La clause 17 de la charte-partie prévoit l'arbitrage de litiges en Angleterre — La Division de première instance a refusé de surseoir à l'action au motif que la balance des inconvénients penche pour un règlement du litige au Canada — Les appelants font valoir que le premier juge n'a pas exercé de façon appropriée le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'art. 50(1) de la Loi — Appel accueilli — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 50(1).*

*Compétence — Cour fédérale — La charte-partie prévoit l'arbitrage en Angleterre — La Cour fédérale n'est pas privée de sa compétence, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'action engagée contrairement au contrat — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 50(1).*

L'intimée a conclu avec l'appellante Patmos une charte-partie en vertu de laquelle son navire, le *Seapearl*, devait transporter, de Tocopilla (Chili) à la ville de Québec, un cargaison de concentrés de cuivre appartenant à l'intimée. La charte-partie contenait une clause sur l'arbitrage qui exposait la façon dont tout litige né du contrat serait tranché. L'arrivée du *Seapearl* à Québec fut suivie d'un tel litige: d'après l'intimée, le navire ne possédait pas les caractéristiques que décrivait la charte-partie et, pour cette raison, avait transporté une cargaison moindre, à un coût plus élevé. L'intimée engagea une action en Division de première instance, réclamant des dommages-intérêts pour inexécution de la charte-partie; elle fit aussi saisir le navire pour tenter d'obtenir sa créance. Se fondant sur la clause 17 de la charte-partie, l'appellante Patmos a renvoyé l'affaire à l'arbitrage. Ayant obtenu mainlevée de la saisie du navire en remettant à l'intimée une lettre de garantie de la Banque de Montréal, elle a alors demandé à la Division de première instance de surseoir à l'action intentée devant elle, au motif que l'affaire devait, en vertu de la charte-partie, être tranchée par voie d'arbitrage en Angleterre. La Division de première instance a rejeté cette demande au motif que, dans les circonstances, la balance des inconvénients penchait pour le déroulement des procédures au Canada. Les appelants soutiennent que, en fondant sa décision sur la balance des inconvénients, le premier juge n'a pas exercé de façon appropriée le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 50(1) prévoit que la Cour peut, à sa

on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction or where, for any other reason, it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

*Held* (Thurlow C.J. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per Pratte J.*: The fact that a contract contains a clause whereby the parties have agreed to submit their disputes to a foreign court or an arbitrator does not deprive the Federal Court of jurisdiction. The Court may, however, in the interests of justice, exercise its discretionary power under paragraph 50(1)(b) to stay proceedings where they have been commenced in defiance of the agreement. In that this power is discretionary in nature, the Court of Appeal must uphold the decision of the Trial Division unless it was arrived at on an incorrect basis or was otherwise plainly wrong. In this case, the Trial Judge, by basing his decision on the balance of convenience, applied a wrong principle. The *prima facie* rule is that a court must grant a stay of proceedings commenced in defiance of a contractual undertaking. Before a court may depart from this general rule there must be sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to keep the plaintiff to his promise and enforce the contract. In this case the facts that the witnesses are in Quebec; that the appellant, Patmos, has submitted a cross-demand which cannot be dealt with by arbitration; that the respondent brought the action in the Federal Court prior to the commencement of arbitration and appointed its arbitrator conditionally only when those proceedings began; and that the respondent would be deprived of the security of the guarantee from the Bank of Montreal because that security only applied to an order of the Court, do not constitute sufficiently strong reasons why the respondent should not be held to its contract.

*Per Lalonde D.J.*: The respondent's case was weak in comparison with the English cases in which stays have been refused to allow claims to proceed in foreign courts designated in bills of lading covering goods delivered to consignees in England who were parties to the proceedings.

*Per Thurlow C.J. dissenting*: The fact that the parties agreed to settle disputes by arbitration gives rise to a strong *prima facie* case for staying the proceedings. However, the bringing of an action is not, in itself, a breach of the charterparty and the law is well established that the presence of an arbitration clause in a contract does not deprive the Court of its jurisdiction to entertain a claim for breach of the contract. Nevertheless, unless there is an exceptional case or a strong balance of argument in favour of permitting the action to proceed, where a party insists that the terms of the contract be adhered to, the Courts favour requiring the determination of the respective rights in the manner agreed upon. Nothing in the reasons of the Trial Judge is persuasive that he was unaware of this principle or that his conclusion could not have been reached on the basis of the material before him. Although the Trial Judge did refer to the balance of convenience within the context of his reasons, this reference should not be interpreted as meaning anything more than that, on the whole, the respondent had made out its

discretion, suspendre les procédures dans toute affaire ou question au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou une autre juridiction ou lorsque, pour quelque autre raison, il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les procédures.

*Arrêt* (le juge en chef Thurlow dissident): l'appel devrait être accueilli.

Le juge Pratte: Le fait qu'un contrat contienne une clause en vertu de laquelle les parties sont convenues de soumettre leurs litiges à une juridiction étrangère ou à un arbitre, n'a pas pour effet de priver la Cour fédérale de sa compétence. Toutefois, la Cour peut, dans l'intérêt de la justice, exercer son pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 50(1)b) pour suspendre les procédures lorsqu'elles ont été engagées contrairement au contrat. Étant donné que ce pouvoir est de nature discrétionnaire, la Cour d'appel doit confirmer la décision de la Division de première instance à moins qu'elle ne soit mal fondée ou, autrement, manifestement erronée. En l'espèce, le premier juge, en fondant sa décision sur la balance des inconvénients, a appliqué un principe erroné. La règle *prima facie* veut qu'un tribunal accorde le sursis d'une instance intentée contrairement à un engagement contractuel. Pour qu'un tribunal puisse déroger à cette règle générale, il doit y avoir des motifs suffisamment impérieux permettant de conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste, dans le cas d'espèce, de forcer la demanderesse à respecter sa promesse et de donner effet au contrat. En l'espèce, le fait que les témoins soient à Québec, que l'appelante Patmos ait soumis une demande reconventionnelle qui ne saurait être tranchée par voie d'arbitrage, que l'intimée ait saisi la Cour fédérale de l'action avant la mise en mouvement de l'arbitrage et nommé son arbitre conditionnellement, seulement lorsque ces procédures ont été introduites, et que l'intimée soit privée du bénéfice de la garantie de la Banque de Montréal parce que cette garantie ne s'appliquait qu'à une ordonnance de la Cour, ne constitue pas un motif suffisamment impérieux pour soustraire l'intimée à ses engagements contractuels.

Le juge suppléant Lalonde: La cause de l'intimée est faible si on la compare aux espèces anglaises, où le sursis d'instance fut souvent refusé afin de permettre aux demandes de suivre leurs cours devant des juridictions étrangères, conformément aux stipulations de connaissements visant des marchandises livrées à des consignataires en Angleterre, lesquels étaient parties à l'instance.

Le juge en chef Thurlow dissident: Le fait que les parties ont convenu de régler tout litige par arbitrage crée une forte présomption qu'il faut surseoir à l'action. Toutefois, engager une action n'est pas en soi enfreindre la charte-partie, et il est bien établi en droit qu'une clause d'arbitrage dans un contrat n'enlève pas à la Cour sa compétence pour connaître d'une demande fondée sur l'inexécution du contrat. Pourtant, à moins de cas exceptionnels ou impérieux ou de cas où le poids des arguments penche fortement en faveur d'autoriser l'action à suivre son cours, les tribunaux préfèrent, lorsqu'une partie insiste sur le respect des termes du contrat, exiger la détermination des droits respectifs selon le mode convenu. Rien dans les motifs prononcés par le premier juge n'amène à croire qu'il ignorait ce principe ou que sa conclusion n'aurait pu être tirée compte tenu du dossier dont il était saisi. Certes, le juge de première instance a mentionné la balance des inconvénients dans le contexte de ses motifs, mais cette mention ne devrait pas être interprétée comme signifiant autre chose que, tout

case and tipped the scale in favour of refusing a stay. It is unclear how much weight the Trial Judge attached to the letter of guarantee. However, given that the ship had been sold in the interim and that there was no evidence of the existence of interests in England or Canada from which an arbitration award could be recovered, the loss of this security would leave the respondent with no other way of enforcing its claim and this is, in itself, a strong reason for refusing a stay.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), affirmed [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.); *Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd. et al. v. A/S Falkefjell et al. (The "Makefjell")*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 528 (Q.B.); [1976] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A.); *Owners of Cargo Lately Laden on Board The Ship or Vessel Eleftheria v. The Eleftheria (Owners)*, [1969] 2 All E.R. 641; [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *The "Fehmarn"*, [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.); [1957] 2 All E.R. 707 (P.D.A.); [1958] 1 All E.R. 333 (C.A.); *Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederee G.M.B.H. (The Chaparrall)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.); *Bristol Corporation v. John Aird & Co.*, [1913] A.C. 241; *YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.); *Owners of Cargo Ex "Athenee" v. "Athenee"*, [1922] 11 Ll. L. Rep. 6 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*The Golden Trader*, [1975] 1 Q.B. 348.

#### COUNSEL:

*P. G. Côté* for appellants.  
*G. Vaillancourt* for respondent.

#### SOLICITORS:

*Ogilvy, Renault*, Montreal, for appellants.

*Langlois, Drouin*, Quebec City, for respondent.

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

THURLOW C.J. (*dissenting*): The issue in this appeal is whether the learned Trial Judge properly exercised the discretion vested in him by subsection 50(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], when he refused to stay the respondent's action pending arbitration of the claim in London under a provision of a charter between the appellant, Patmos Navigation Company, and the respondent. The provision read:

compte fait, l'intimée a démontré ses prétentions et a fait pencher la balance en faveur d'un refus du sursis. On ne connaît pas le poids que le juge de première instance attachait à la lettre de garantie; toutefois, étant donné que le navire avait été vendu entre-temps et que rien dans la preuve n'indique l'existence de biens en Angleterre ou au Canada, à même lesquels on pourrait recouvrer le paiement d'une sentence arbitrale, la perte de cette garantie signifierait que l'intimée n'a aucun autre moyen d'exiger le paiement de sa créance; il s'agit là d'un motif impérieux de refuser le sursis.

#### b JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), confirmée par [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.); *Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd. et al. v. A/S Falkefjell et al. (The "Makefjell")*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 528 (Q.B.); [1976] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A.); *Owners of Cargo Lately Laden on Board The Ship or Vessel Eleftheria v. The Eleftheria (Owners)*, [1969] 2 All E.R. 641; [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *The "Fehmarn"*, [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.); [1957] 2 All E.R. 707 (P.D.A.); [1958] 1 All E.R. 333 (C.A.); *Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederee G.M.B.H. (The Chaparrall)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.); *Bristol Corporation v. John Aird & Co.*, [1913] A.C. 241; *YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.); *Owners of Cargo Ex "Athenee" v. "Athenee"*, [1922] 11 Ll. L. Rep. 6 (C.A.).

##### DÉCISION CITÉE:

*The Golden Trader*, [1975] 1 Q.B. 348.

#### AVOCATS:

*P. G. Côté* pour les appelants.  
*G. Vaillancourt* pour l'intimée.

#### PROCUREURS:

*Ogilvy, Renault*, Montréal, pour les appelants.  
*Langlois, Drouin*, Québec, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF THURLOW (*dissent*): Il s'agit de décider dans cet appel si le distingué premier juge était fondé, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10], de ne pas surseoir à l'action de l'intimée tant qu'il ne serait pas statué sur la demande d'arbitrage à Londres requise sur le fondement d'une stipulation de la charte-partie intervenue entre l'appelante, Patmos Navigation Company, et l'intimée. Voici cette clause:

17. That should any dispute arise between Owners and the Charterers, the matter in dispute shall be referred to three persons at London, one to be appointed by each of the parties hereto, and the third by the two so chosen; their decision or that of any two of them shall be final, and for the purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. The Arbitrators shall be Baltic Exchange Members.

Under subsection 50(1) of the *Federal Court Act*, the Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

50. (1) ...

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

The charter was arranged in Germany and was for a single voyage from a Chilean port to Quebec. It was made between the appellant, Patmos Navigation Company, a Cypriot company, owner of the *Seapearl*, a vessel of Cypriot registry, and the respondent, a corporation having its principal place of business in Chile. Neither party has any place of business in or connection with Canada, or England.

The vessel loaded a cargo of some 10,395.7 metric tons of copper concentrate in bulk at Tocopilla, Chile, and proceeded to Quebec where, on November 27, 1981, she was arrested at the suit of the respondent in an action for damages for breach of the charter, based on allegations of:

(a) the loading having been carried out contrary to law and contrary to the IMCO regulations by which the loading, stowing, trimming, carriage and discharge were to be carried out,

(b) misrepresentation that the vessel was capable of carrying 10,700 metric tons of copper concentrate in lower holds, and

(c) misrepresentation that the vessel was flush throughout.

The damages claimed included items arising from delays at the loading and discharge ports alleged to be due to the vessel not being flush throughout and excessive discharge costs resulting therefrom, and from the inability of the vessel to carry a cargo of 10,700 metric tons, and a further item representing the value of the 304.3 tons of cargo not shipped. The vessel was released from arrest on December 7, 1981 on the appellants giving a letter

[TRADUCTION] 17. Qu'advenant que surgisse un litige entre les propriétaires et les affréteurs, celui-ci sera soumis à trois arbitres à Londres, chaque partie en nommant un, le troisième l'étant par les deux premiers; leur décision, ou celle de deux d'entre eux, sera définitive et, afin de rendre exécutoire toute sentence arbitrale, la présente convention peut être homologuée. Les arbitres devront être membres du «Baltic Exchange».

Selon le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour peut, à sa discrétion, suspendre les procédures dans toute affaire ou question,

50. (1) ...

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou une autre juridiction; ou

b) lorsque, pour quelque autre raison, il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les procédures.

La charte-partie a été conclue en Allemagne, pour un voyage unique, d'un port chilien jusqu'au port de Québec. Elle a été conclue par l'appelante, Patmos Navigation Company, une société chypriote, propriétaire du navire *Seapearl*, immatriculé à Chypre, et l'intimée, une société ayant sa principale place d'affaires au Chili. Aucune des parties n'a une place d'affaires au Canada ou en Angleterre, ni quelque autre lien.

Le navire a embarqué une cargaison de 10 395,7 tonnes métriques de concentrés de cuivre, en vrac, à Tocopilla, au Chili, puis a fait route vers Québec où, le 27 novembre 1981, il était saisi à la demande de l'intimée, au cours d'une action en dommages-intérêts du chef d'inexécution de la charte-partie, fondée sur l'articulation des faits suivants:

a) opérations de chargement irrégulières et contraires à la réglementation de l'OMCI, applicable en l'espèce au chargement, à l'arrimage, à l'équilibrage, au transport et au déchargement;

b) déclaration dolosive que le navire pouvait transporter 10 700 tonnes métriques de concentrés de cuivre dans ses cales inférieures;

c) déclaration dolosive que le navire était d'un seul tenant.

Les dommages réclamés comprenaient les surestaries de chargement et de déchargement, le retard étant dû apparemment au fait que le navire n'était pas d'un seul tenant, les frais supérieurs de déchargement qu'il en résulta, ceux entraînés par l'incapacité du navire de transporter une cargaison de 10 700 tonnes métriques et, enfin, la valeur des 304,3 tonnes de cargaison qu'on n'avait pu expédier. Le navire fut libéré le 7 décembre 1981

of guarantee of the Bank of Montreal, submitting to the jurisdiction of the Federal Court of Canada, and undertaking to pay, up to a stated amount, any judgment of the Court obtained on the claim or, up to the same amount, any sum agreed by way of a settlement. Upon her release the vessel was forthwith delivered to a purchaser.

In the meantime, following the arrest of the vessel, the appellant Patmos had appointed an arbitrator in London and, in order to avoid a seven-day limitation provided by the arbitration legislation in England and to protect its right to name an arbitrator, the respondent, on December 8, 1981, also appointed an arbitrator, at the same time instructing him that he had no authority to act and to take no action until the proceedings in the Federal Court should be settled or concluded. I pause to note that the affidavit filed by the appellants in support of the application for a stay of proceedings, after citing clause 17 of the charter-party, states:

9. I am informed by Mr. G.M.S. Molfetas, legal representative of Defendants in Greece and do verily believe that in accordance with said clause 17, Plaintiff appointed its arbitrator in London, Mr. Clifford A.L. Clark and Defendants appointed their arbitrator, Mr. A.J. Kanzantzis;

In my view this gives the impression that it was the respondent which invoked the arbitration clause whereas if the clause can be said to have been invoked by anyone in respect of the respondent's claim—as opposed to the claim asserted in the arbitration proceeding by the appellant Patmos—it was the appellant Patmos which invoked the arbitration and it did so after the action in the Federal Court had been commenced and the vessel had been arrested. The case is thus not one in which the respondent has vexatiously brought proceedings to enforce its claim in two jurisdictions.

Some two months later the appellants brought a motion for an order staying proceedings in the action on the grounds that “the claim is being proceeded with in another jurisdiction and that it is in the interests of justice that said proceedings be stayed”. In support of the motion the affidavit to which I have referred was filed. Apart from preliminary matters not in dispute and the paragraph respecting the appointment of arbitrators, it contained the following:

lorsque les appelants fournirent une lettre de garantie de la Banque de Montréal, se soumièrent à la compétence de la Cour fédérale du Canada et s'engagèrent à payer, jusqu'à une certaine somme, tout jugement de la Cour prononcé sur la demande ou, jusqu'à la même somme, le montant de toute transaction (au sens juridique étroit). Une fois mainlevée accordée de la saisie, le navire fut aussitôt livré à un acheteur.

Entre-temps, après la saisie du navire, l'appelante Patmos avait nommé un arbitre à Londres. Afin d'empêcher que ne soit acquise la prescription de sept jours prévue par la législation anglaise sur l'arbitrage et conserver le droit de nommer un arbitre, l'intimée, le 8 décembre 1981, nommait elle aussi son arbitre, tout en lui donnant pour instruction de ne pas agir (il n'en avait pas le mandat) tant que l'instance en Cour fédérale ne serait ni réglée, ni terminée. On me permettra ici une digression: l'affidavit qu'ont déposé les appelants afin de soutenir leur requête en sursis d'instance, après avoir cité la clause 17 de la charte-partie, comporte l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] 9. M. G.M.S. Molfetas, conseil juridique des défendeurs en Grèce, m'informe, ce que je crois avéré, que, conformément à la clause 17, la demanderesse a nommé son arbitre à Londres, M. Clifford A.L. Clark, et les défendeurs le leur: M. A.J. Kanzantzis;

Cela laisse croire que c'est l'intimée qui se serait prévalu de la clause d'arbitrage, alors que, si l'on peut dire que celle-ci a été invoquée au sujet de la réclamation de l'intimée—par opposition à la demande que fait valoir dans l'instance arbitrale l'appelante Patmos—c'est l'appelante Patmos qui a demandé l'arbitrage et ce, après que l'action en Cour fédérale a été intentée et le navire saisi. L'espèce n'en est donc pas une dans laquelle l'intimée aurait, pour une fin vexatoire, engagé une instance sur le même fondement dans deux juridictions.

Quelque deux mois plus tard, les appelants ont, par requête, demandé de surseoir à l'action parce que [TRADUCTION] «une autre juridiction a été saisie de la demande et qu'il est dans l'intérêt de la justice que l'on sursoie à ladite instance». L'affidavit précité appuyait la requête. Outre les préliminaires, qui ne sont pas contestés, et l'alinéa relatif à la nomination des arbitres, il contient ce qui suit:

10. I am informed by Captain C. Alexandrou, Defendants' representative in New York and do verily believe that the vessel "Sea Pearl" was built in Sunderland, England, under Lloyd's Classification Society and that, since one of the issues arising between the parties herein relates to the ship's description, that is, that the "Sea Pearl" was wrongly represented by Defendants as being "flush throughout" (as appears from paragraphs 12, 13, 14 and 15 of Plaintiff's Statement of Claim) witnesses from England might be called to give evidence on this issue, some witnesses from the builders are readily available in England should the matter be arbitrated in London, England;

11. I am informed by Captain C. Alexandrou, Defendants' representative in New York and do verily believe that the vessel "Sea Pearl", formerly known as the "Custodian", was then flying the British flag, was owned by Charente S.S. Co. Ltd. of England and managed by T. & J. Harrison of Liverpool and that again witnesses from the former owners and managers might be called to give evidence on the issue mentioned in paragraph 10 hereof and that those witnesses are readily available in England should the matter be arbitrated in London, England.

12. Plaintiff also alleges in its Statement of Claim, particularly in paragraphs 4 and 11 thereof, that the "Sea Pearl" was to carry a cargo of copper concentrates which was to be loaded, stowed and trimmed, carried and discharged as per IMCO regulations and that said cargo was carried contrary to IMCO regulations but since IMCO, that is, Intergovernmental Maritime Consultive [*sic*] Organization, has its headquarters in London, England, witnesses would be readily available to testify on this issue should the matter be arbitrated in London, England;

13. Following the arrest of the "Sea Pearl" by Plaintiff, a letter of guarantee was provided to Plaintiff by Defendants through the Bank of Montreal as appears from copy of said letter of guarantee attached hereto as exhibit "C" to this my affidavit and Plaintiff can enforce its award, if successful, through this Honourable Court and be paid accordingly;

14. It appears from copy of said time charter-party attached hereto as exhibit "A" to this my affidavit that Canadian Law does not apply to it.

These paragraphs, in my view, add little if any support for the motion. The first two refer to witnesses who "might be called", in the one case "witnesses from the builders" on an issue as to whether a 21-year old vessel was flush throughout, and in the other "witnesses from the former owners" on the same issue. These witnesses are said to be readily available in England. Nothing is said as to how many of such witnesses "might be called" or as to what savings in the costs of obtaining their evidence might result if the matter were to be determined in England rather than in Canada. Moreover, I fail to understand what useful admissible testimony witnesses, who are said to be readi-

[TRADUCTION] 10. Le capitaine C. Alexandrou, représentant des défendeurs à New York, m'informe, et je crois avéré, que le navire «Sea Pearl» a été construit dans le Sunderland en Angleterre et soumis à la surveillance de la société de classification Lloyd's et que, comme l'un des points litigieux en cause porte sur la description du navire, c.-à-d. que le «Sea Pearl» aurait été faussement présenté par les défendeurs comme «d'un seul tenant» (comme l'indiquent les alinéas 12, 13, 14 et 15 de la déclaration de la demanderesse), des témoins anglais seront probablement cités à ce sujet, certains experts des constructeurs sont disponibles en Angleterre, advenant que l'affaire aille en arbitrage à Londres (Angleterre);

11. Le capitaine C. Alexandrou, représentant des défendeurs à New York m'informe, et je crois avéré, que le navire «Sea Pearl», alias «Custodian», battait alors pavillon britannique, a appartenu à Charente S.S. Co. Ltd. d'Angleterre et été géré par T. & J. Harrison de Liverpool; que, à nouveau, des témoins des anciens propriétaires et administrateurs pourraient être cités au sujet du point litigieux mentionné au précédent alinéa 10; et que ces témoins sont disponibles actuellement en Angleterre advenant que l'affaire aille en arbitrage à Londres (Angleterre);

12. La demanderesse soutient aussi dans sa déclaration, notamment dans ses alinéas 4 et 11, que le «Sea Pearl» devait transporter une cargaison de concentrés de cuivre, laquelle devait être chargée, arrimée et équilibrée, transportée et déchargée conformément à la réglementation de l'OMCI; que ladite cargaison a été transportée contrairement à la réglementation de l'OMCI, mais que, puisque l'OMCI, c'est-à-dire l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, a son siège à Londres (Angleterre), des témoins seront disponibles pour témoigner à ce sujet, advenant que l'affaire aille en arbitrage à Londres (Angleterre);

13. Après la saisie du «Sea Pearl» par la demanderesse, les défendeurs ont fourni à la demanderesse une lettre de garantie de la Banque de Montréal, comme l'indique la copie de ladite lettre de garantie jointe aux présentes comme pièce «C», annexée à mon affidavit; la demanderesse, advenant qu'elle ait gain de cause, peut faire homologuer la sentence arbitrale par votre juridiction et être payée en conséquence;

14. Comme le montre la copie de ladite charte-partie à temps, annexée aux présentes comme pièce «A» de mon affidavit, celle-ci n'est pas régie par le droit canadien.

Ces alinéas, selon moi, ne soutiennent que peu ou prou la requête. Les deux premiers parlent des témoins qui «pourraient être cités», soit d'abord: les «experts des constructeurs» concernant le point de savoir si un navire de 21 ans était d'un seul tenant, ensuite: les «témoins des anciens propriétaires» concernant le même point. Ces témoins seraient, prétend-on, disponibles en Angleterre. On n'indique pas le nombre de témoins qui «pourraient être cités», ni l'épargne qui serait réalisée si l'affaire était décidée en Angleterre plutôt qu'au Canada. En outre, je ne comprends pas quels témoignages admissibles les témoins que l'on dit disponibles en Angleterre pourraient fournir lorsqu'il s'agit d'éta-

ly available in England to testify, could be expected to contribute on the issue as to whether the cargo was loaded, stowed, trimmed, carried and discharged as per IMCO regulations or contrary thereto. Further, paragraph 13 is, on its face, an opinion and quite plainly suffers from the possibility that it may be held to be erroneous having regard to the decision in *The Golden Trader*.<sup>1</sup> With respect to paragraph 14, there is no evidence that the applicable law, be it English, German, Chilean or Cypriot, differs from the Canadian law.

A supplementary affidavit filed on February 17, 1982 in support of the motion exhibits a copy of a letter of February 8, 1982 from the appellant to the arbitrator it had named giving elaborate details of a claim being asserted by the appellant in the arbitration and a copy of a proposed order for directions. This affidavit, in my opinion, adds nothing to enhance the position of the appellant. The strength of its case, and it is not inconsiderable, lies in the fact that by the charter the parties agreed to the settlement of disputes arising from the charter by arbitration which by itself gives rise to a strong *prima facie* case for staying proceedings in the action.

The law is well established,<sup>2</sup> however, that the presence of an arbitration clause in a charter does not deprive the Court of its jurisdiction to entertain a claim for breach of the charter. To bring an action is not itself a breach of the charter or of the arbitration clause in it. Resort to the Court for the settlement of a claim is the right of anyone including one who has agreed to determination by another means, the only question arising as a result of such an agreement being that of whether the Court in the particular situation should, if an adverse party insists, require the complainant to submit to the determination of his rights in the manner agreed upon. The courts lean to this course but do not stay their hand or decline to exercise their jurisdiction when what has variously

<sup>1</sup> [1975] 1 Q.B. 348.

<sup>2</sup> *Bristol Corporation v. John Aird & Co.*, [1913] A.C. 241 per Lord Moulton at p. 256; and citations 3, 4, 5, 6 and 7 *infra*.

blir si le chargement, l'arrimage, l'équilibrage, le transport ou le déchargement de la cargaison ont été conformes ou contraires à la réglementation de l'OMCI. D'ailleurs, l'alinéa 13, à sa face même, n'est que l'expression d'une opinion et pourrait, à dire vrai, être jugé erroné si l'on tient compte de l'arrêt *The Golden Trader*<sup>1</sup>. Quant à l'alinéa 14, aucune preuve ne vient établir que le droit applicable, qu'il s'agisse de la loi anglaise, allemande, chilienne ou chypriote, diffère du droit canadien.

Un affidavit supplémentaire, déposé le 17 février 1982, à l'appui de la requête, comporte, en annexe, une copie de la lettre du 8 février 1982 que l'appelante a adressée à l'arbitre qu'elle avait nommé, portant à sa connaissance, par le menu détail, la demande que fait valoir l'appelante en arbitrage, et une copie d'un projet de directives judiciaires. Cet affidavit, selon moi, n'ajoute rien à la position de l'appelante. La force de sa position, et elle n'est pas négligeable, réside dans le fait que les parties ont convenu dans la charte-partie de régler tout litige à son sujet par arbitrage, ce qui en soi crée une forte présomption qu'il faut surseoir à l'action.

Toutefois, il est bien établi en droit<sup>2</sup> qu'une clause d'arbitrage dans une charte-partie n'enlève pas à la Cour sa compétence de connaître d'une demande du chef d'inexécution de la charte-partie. Engager une action n'est pas en soi enfreindre la charte-partie ni la clause d'arbitrage qui y est stipulée. Recourir aux tribunaux est un droit que tous possèdent, y compris celui qui a convenu d'un autre règlement; la seule question qu'une telle convention pose à la Cour est de décider si dans le cas d'espèce, la partie adverse l'exigeant, le demandeur doit soumettre le litige au mode de règlement convenu. Les tribunaux s'inclinent généralement; mais ils n'accordent cependant pas de sursis, ni ne déclinent leur compétence, dans certains cas diversement qualifiés [TRADUCTION]

<sup>1</sup> [1975] 1 Q.B. 348.

<sup>2</sup> *Bristol Corporation v. John Aird & Co.*, [1913] A.C. 241, lord Moulton à la p. 256 et citations 3, 4, 5, 6 et 7 *infra*.

been characterized as a "strong",<sup>3</sup> or "exceptional"<sup>4</sup> case or a case in which there was a "strong balance of argument"<sup>5</sup> in favour of permitting the action to proceed appears. Examples of what may amount to a case justifying the refusal of a stay appear from the following cases.

In the "*Athenee*",<sup>6</sup> Bankes L.J. summed up the case thus [at page 6]:

I think the learned Judge was justified, upon the materials before him, in refusing to exercise his discretion. It is not disputed that this contract is one of the class in which a Judge of the Courts of this country has a discretion as to whether he will or will not stay the action to enable the parties to go to the tribunal which they selected. The learned Judge, in my opinion, is entitled to take all the circumstances into account, particularly the fact that the vessel is under arrest, and the fact of the dispute being in reference to the condition of the onions on arrival, and the fitness of the ship to carry them. Apparently there has been a survey at which both parties were represented; and the witnesses of the material facts are all in this country. I think there was an abundance of material upon which the learned Judge, if he thought right, could have exercised his discretion in the way he did.

In the same case, Atkin J. said [at pages 6-7]:

I agree, and I should like to add this. This is a clause by which the parties no doubt have agreed that disputes should be referred to a foreign tribunal. There is no indisposition on the part of the Courts of this country to give effect to such a bargain: but such a bargain is treated as equivalent to an arbitration clause.

The question arises in respect of a clause to refer to a foreign tribunal as to a clause to refer to a domestic tribunal, whether there are proper reasons for not enforcing it. To my mind there were ample reasons for the learned President not enforcing it in this case. I think the balance of convenience and the substantial advantage which the plaintiffs have by suing in this country (and which they lose by not being able to proceed *in rem* against this ship), and many other advantages such as in respect of proof of loss, a matter which any commercial tribunal would wish should be decided, if possible, having regard to the evidence obtained at the time by inspection of the vessel and so on—all those grounds seem to me to afford ample reason for the learned President coming to the conclusion that, in the circumstances of this particular case, the clause in the contract should not be given effect to.

<sup>3</sup> The "*Fehmarn*", [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.) per Willmer J. at p. 514.

<sup>4</sup> *YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.) per Denning L.J. at p. 481.

<sup>5</sup> The "*Adolf Warski*" and The "*Sniadecki*", [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.) per Brandon J. at p. 112.

<sup>6</sup> *Owners of Cargo Ex "Athenee" v. "Athenee"*, [1922] 11 Ll. L. Rep. 6 (C.A.).

«d'impérieux»<sup>3</sup>, «d'exceptionnels»<sup>4</sup> ou de cas où [TRADUCTION] «le poids des arguments penche fortement»<sup>5</sup> en faveur d'autoriser l'action à suivre son cours. La jurisprudence qui suit fournit des exemples de motifs justifiant de refuser le sursis.

Dans l'espèce navire «*Athenee*»<sup>6</sup>, lord Bankes, juge, résume l'affaire comme suit [à la page 6]:

[TRADUCTION] Je crois que l'éminent juge était justifié, vu les pièces au dossier, de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il est constant que ce contrat est d'un genre pour lequel un juge des tribunaux de notre pays a le pouvoir discrétionnaire de décider de surseoir ou non à l'action afin de permettre aux parties de saisir la juridiction qu'elles ont choisie. L'éminent juge, à mon avis, peut tenir compte de toutes les circonstances, particulièrement du fait que le navire était sous saisie et que le litige portait sur l'état des oignons à l'arrivée et sur l'aptitude du navire à les transporter. Apparemment, une inspection a eu lieu à laquelle assistaient les représentants des parties; en outre, les témoins des faits se trouvent tous en ce pays. Je pense qu'il y a là des éléments amplement suffisants pour que l'éminent juge, à juste titre, exerce son pouvoir discrétionnaire comme il l'a fait.

Dans la même espèce, le juge Atkins a dit [aux pages 6 et 7]:

[TRADUCTION] Je partage cet avis; je voudrais ajouter ceci. Il s'agit d'une clause par laquelle les parties, bien sûr, ont convenu de renvoyer tout litige à une juridiction étrangère. Les tribunaux de notre pays ne sont pas opposés à donner effet à une telle convention mais elle doit être considérée comme équivalent à une clause arbitrale.

La question se pose, dans le cas d'une clause où l'on choisit un tribunal étranger, comme dans une clause où l'on choisit un tribunal local, de savoir s'il n'existe pas un bon motif de ne pas y donner effet. Selon moi, d'amples motifs justifiaient le distingué président de ne pas y donner effet en l'espèce. Je crois que la balance des inconvénients et l'avantage substantiel pour les demandeurs d'une poursuite dans notre pays (qu'ils ont perdu en ne pouvant agir par action réelle contre le navire) et bien d'autres avantages, comme en ce qui concerne la preuve du dommage, une question que toute juridiction commerciale voudrait voir décider, si possible, sur la base des preuves réunies au moment de l'inspection du navire etc., tous ces motifs me semblent justifier amplement le docte président d'en être venu à la conclusion que, dans le cas d'espèce, la clause conventionnelle ne devait pas recevoir effet.

<sup>3</sup> The "*Fehmarn*", [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.), le juge Willmer à la p. 514.

<sup>4</sup> *YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.), le lord juge Denning à la p. 481.

<sup>5</sup> The "*Adolf Warski*" and The "*Sniadecki*", [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), le juge Brandon à la p. 112.

<sup>6</sup> *Owners of Cargo Ex "Athenee" v. "Athenee"*, [1922] 11 Ll. L. Rep. 6 (C.A.).



In *The "Fehmarn"*, Willmer J. (as he then was), put the matter thus [at page 514]:

Where there is an express agreement to submit to a foreign tribunal, clearly it requires a strong case to satisfy the Court that that agreement should be overridden and that proceedings in this country should be allowed to continue. But, in the end, it is, and must necessarily be, a matter for the discretion of the Court, having regard to all the circumstances of the particular case. That being so, I do not think it would be profitable to refer in detail to the numerous cases which were cited to me, where the principle as I have tried to state it has been stated over and over again, but the discretion of the Court was exercised one way or other having regard to the circumstances of the particular case.

After discussing the facts and the submissions put forward on both sides, he proceeded [at pages 515-516]:

I have already said that I do not find this at all an easy matter to determine. One's natural inclination is to say that these parties have made their bargain and should keep to it. Moreover, I think it is right to say that this Court must assume, and I do assume, that equal facilities for trying the case exist in Russia as exist in this country, and that the parties will get just as fair a trial in Russia as they will get here. But, having made all due allowances for that, in the end I have come to the conclusion that the plaintiffs have shown sufficient grounds for displacing the *prima facie* presumption, grounds which are, in my judgment, sufficient to entitle them to take advantage of the undoubted jurisdiction of this Court.

Having read the solicitors' correspondence, I am bound to say that I cannot fail to be left with the impression that the defendants do not really want this case to be tried in Russia. They have, in the course of correspondence, already expressed willingness, on certain terms, to have it disposed of in this country, and one is left with the suspicion that the principal object of the defendants is not to achieve a trial in Russia, but merely to make it more difficult for the plaintiffs to assert their claim.

In making those observations, I do not wish it to be thought that I am accepting the argument addressed to me on behalf of the plaintiffs to the effect that the defendants have not acted *bona fide*. I do not wish it to be thought that I am making any observations on the *bona fides* of the defendants. They are entitled to fight their case with all the weapons at their disposal. The weapon they have chosen in this motion is a perfectly legitimate weapon to use. But it is the fact that, if I were to stay these proceedings which have already been launched, I might be depriving the plaintiffs of any remedy at all. It is not as though the defendants' ship was a Russian ship belonging to an organization domiciled in Russia. There seems to be no possible guarantee that, if I ordered these proceedings to be stayed so as to enable the plaintiffs to start alternative proceedings in Russia, any judgment obtained would necessarily be of any value to them at all. Of course, it is equally true to say that the ship, being a German ship and not yet having been arrested, may keep clear of this country so as to avoid arrest, and that, in those circumstances, there is no guarantee that a judgment obtained in this country would be enforceable. But

Dans l'espèce *The «Fehmarn»*, le juge Willmer (tel était alors son titre) présente la chose comme ceci [à la page 514]:

[TRADUCTION] Lorsqu'il est expressément convenu de saisir une juridiction étrangère, manifestement il faut des motifs impérieux pour que le tribunal passe outre à cette convention et autorise la poursuite de la procédure engagée dans notre pays. Mais, en fin de compte c'est, et ce doit nécessairement être, affaire du pouvoir discrétionnaire de la Cour, compte tenu du cas d'espèce. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit profitable de mentionner par le menu détail toute la jurisprudence qu'on m'a citée où le principe que je viens de tenter d'énoncer a été répété à satiété, le pouvoir discrétionnaire de la Cour y étant exercé dans un sens ou dans l'autre selon le cas d'espèce.

Après avoir discuté des faits et des arguments avancés par les deux parties, il poursuit [aux pages 515 et 516]:

[TRADUCTION] J'ai déjà dit ne pas trouver la question facile à résoudre. On serait porté à dire: la convention fait la loi des parties; elles doivent la respecter. En outre, je crois qu'il est juste de penser que la Cour doit présumer, et d'ailleurs je présume, que les installations nécessaires à l'instruction de l'affaire existent également en Russie et dans notre pays; les parties auront droit en Russie à un procès tout aussi impartial qu'ici. Mais, cela étant admis, finalement, j'en suis venu à la conclusion que les demandeurs ont suffisamment motivé le renversement de la présomption, suffisamment selon moi pour leur donner droit de se prévaloir de la compétence incontestée de notre juridiction en la matière.

Au vu de la correspondance des avocats, je dois dire que je ne peux m'empêcher de penser que les défendeurs ne désirent pas réellement voir l'affaire instruite en Russie. Ils ont déjà, au cours de cet échange de correspondance, exprimé leur acceptation, à certaines conditions, d'un règlement de l'affaire dans notre pays; on ne peut s'empêcher de soupçonner que la fin principale qu'ils recherchent n'est pas un procès en Russie, mais bien, tout simplement, de rendre plus difficile aux demandeurs l'exercice de leur recours.

En disant cela, je ne désire pas que l'on pense que je fais mien l'argument, présenté au nom des demandeurs, selon lequel les défendeurs seraient de mauvaise foi. Je ne veux pas que l'on pense que ces commentaires concernent la bonne foi des défendeurs. Ils avaient droit, pour se défendre, d'employer tous les moyens à leur disposition. Celui choisi en l'espèce est parfaitement légitime. Mais le fait demeure que si je devais surseoir à l'instance déjà engagée, je pourrais priver les demandeurs de tout recours. Ce n'est pas comme si le navire des défendeurs était russe ou appartenait à une organisation domiciliée en Russie. Il semble n'y avoir aucune garantie possible que, si j'ordonne le sursis, de façon à permettre aux demandeurs, d'engager une instance alternative en Russie, le jugement obtenu ait quelque valeur. Certes, on peut tout aussi bien dire que le navire étant allemand et n'ayant pas encore été saisi, il peut éviter notre pays et, par le fait même, toute saisie; rien ne garantit dans les circonstances, que le jugement obtenu dans notre pays puisse être exécuté. Mais le fait demeure qu'à tout le moins une instance a été engagée dans notre pays. Si j'y surseois, laissant aux demandeurs le soin de recommander en

the fact is that there are at least proceedings under way in this country. If I stay them and leave the plaintiffs to start afresh in Russia, costs will be thrown away, there will inevitably be delay, and I apprehend that, if the plaintiffs' witnesses have to go to Russia, there will be very considerable added expense in disposing of the case.

All that, I think, is sufficient to justify me in the conclusion which I have already stated, namely, that the plaintiffs have proved enough to discharge the burden of proof which is upon them.

A third example is the case of *The "Adolf Warski"*,<sup>7</sup> a case in which security had been provided to cover the claim wherever judgment might be obtained. All three Judges of the Court of Appeal held the Trial Judge's discretion had not been exercised erroneously in denying a stay on the principal ground of the more ready availability of the evidence of surveyors of the cargo in England. Sir Gordon Willmer, after referring to a number of considerations put forward, said [at page 249]:

Most of these considerations the learned Judge found, I think with justification, to be fairly evenly balanced. But in his view the most important factor to be considered was that of the evidence to be called in support of either party's case in order to ensure a fair trial of the dispute. He pointed out that upon discharge the cargo was surveyed by English cargo surveyors representing both parties. Both parties also employed English fruit pathologists to report on the cause of the damage. The learned Judge envisaged, I think quite rightly, that it would probably be necessary to call oral evidence from at least four English expert witnesses. This would be easy enough to arrange if the trial were to take place in England, but it would be a matter of no little difficulty and considerable expense if these English expert gentlemen had to travel to Poland to give their evidence. Nor would it be easy for them to present expert evidence of this character through interpreters in a foreign Court. Further, as pointed out by the learned Judge in the passage from his judgment which I have quoted, if the defendants persist in the defence adumbrated on their behalf, it could well be necessary to call witnesses from Chile to speak as to the condition of the cargo when loaded and as to any instructions which may have been given by the shippers with regards to the temperatures to be maintained during the voyage. As to possible difficulties in obtaining visas for such witnesses to enter Poland, the evidence seemed to be extremely vague. But certainly no such difficulties would be likely to arise if such witnesses had to be brought to England to give their evidence.

Having weighed these various considerations the learned Judge stated his conclusion (at p. 112 of [1976] 1 Lloyd's Rep.) as follows:

I accept that the arguments with regard to evidence are not all one way. Nevertheless, I think that, when the question

<sup>7</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.) at p. 249.

Russie, des frais auront été dépensés en vain, il y aura nécessairement retard et je crains que si les témoins des demandeurs doivent se rendre en Russie, cela nécessite des débours supplémentaires considérables pour obtenir gain de cause.

Tout cela, je pense, suffit à me justifier de conclure, comme je l'ai déjà dit, que les demandeurs se sont amplement déchargés du fardeau de preuve qui pesait sur eux.

Comme troisième exemple, il y a l'espèce *The "Adolf Warski"*<sup>7</sup>, espèce dans laquelle une sûreté avait été fournie en garantie de la demande, indépendamment du lieu où le jugement serait obtenu. Les trois juges de la Cour d'appel jugèrent que c'était à bon droit que le premier juge, exerçant son pouvoir discrétionnaire, avait refusé le sursis, vu surtout la facilité d'obtenir le témoignage des inspecteurs de la cargaison en Angleterre. Sir Gordon Willmer, après avoir mentionné les nombreux facteurs invoqués, déclara [à la page 249]:

[TRADUCTION] La plupart de ces facteurs ont paru au distingué juge, à bon droit je crois, d'un poids égal. Mais, à son avis, le facteur le plus important à considérer était celui de la preuve à administrer à l'appui des prétentions de chaque partie, afin d'assurer une instruction équitable du litige. Lors de son déchargement, la cargaison, a-t-il rappelé, avait été inspectée par les inspecteurs, anglais, des deux parties. Les deux parties avaient aussi engagé des pathologistes, anglais, spécialistes des fruits, pour faire une expertise sur la cause du dommage. L'éminent juge pensa, tout à fait à bon droit je crois, qu'il serait probablement nécessaire de citer au moins quatre experts anglais. Ce serait facile si l'instruction avait lieu en Angleterre; ce le serait beaucoup moins, sans parler des débours considérables qu'il faudrait engager, si ces messieurs les experts anglais devaient se rendre en Pologne pour témoigner. Il ne leur serait pas facile non plus de présenter une expertise de ce genre devant une juridiction étrangère, par l'intermédiaire d'interprètes. En outre, comme le fait remarquer le docte juge dans le passage de son jugement que j'ai cité, si les défendeurs maintiennent le moyen de défense qu'on fait maintenant valoir en leur nom, il pourrait s'avérer nécessaire de citer des témoins chiliens au sujet de l'état de la cargaison lors du chargement et des instructions qu'auraient données les chargeurs sur les températures à conserver en cours de voyage. Quant aux difficultés d'obtention de visas pour ces témoins, pour la Pologne, la preuve administrée semble extrêmement vague. Mais, certainement, aucune difficulté semblable ne se poserait si ces témoins devaient venir en Angleterre pour témoigner.

Ces diverses considérations bien pesées, l'éminent juge énonça sa conclusion (à la p. 112 du recueil [1976] 1 Lloyd's Rep.) comme suit:

Je reconnais que les arguments au sujet de la preuve à administrer ne sont pas univoques. Néanmoins, lorsqu'ils la

<sup>7</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.) à la p. 249.

of the feasibility, convenience and cost of placing before a Court the main evidence necessary to enable these claims to be decided justly are looked at in all their aspects, there is a strong balance of argument in favour of trial in England rather than in Poland.

For that reason the learned Judge came to the conclusion that, leaving aside the factor of the time bar in Poland, the Court should exercise its discretion by refusing a stay and allowing the actions to proceed in England.

I might or might not have reached the conclusion myself had I been sitting at first instance. As I have already indicated, the arguments in favour of one view or the other seem to me to be very evenly balanced. But I do not think it can be denied that there was abundant material on which the learned Judge could properly come to his conclusion. I am certainly quite unable to say that his exercise of his discretion was plainly wrong. In these circumstances, I agree that the learned Judge's decision should be affirmed and the appeal dismissed.

In the present case the respondent filed an affidavit which, after referring to the charter, contains the following paragraphs:

4. As may be seen from paragraph 9 of the Statement of Claim filed in this action on November 22, 1981, the Plaintiff claims that upon arrival at Quebec the vessel was overloaded, a point which will require testimony from Quebec City ocular witnesses;

5. As may be seen from paragraphs 12 to 15 of the said Statement of Claim the Plaintiff alleges the breach of rider clause number 29 of the time charter, annexed to Mc Savard's affidavit as exhibit "A", in that the vessel was not "flush throughout", a point which will require testimony from Quebec witnesses;

6. As may be seen from paragraph 16 of the said Statement of Claim the Plaintiff also alleges breach of rider clause number 29 in that the cargo was not stowed, as contracted, in the lower holds of the vessel, another point which requires local Quebec City witnesses;

7. As may be seen from paragraph 5 of the said Statement of Claim the Plaintiff alleges short shipment of cargo contrary to this same rider clause 29 of the time charter; I am personally aware of the fact that both parties to this action named local Quebec City surveyors to verify these claims, the Defendants having named Mr. Louis Rhéaume and the Plaintiff Mr. René Laroche;

8. As may be seen from paragraphs 20 and 21 of the Statement of Claim the Plaintiff alleges unloading and trimming problems in Quebec, a point which will require numerous Quebec City witnesses who worked on the unloading gangs aboard the vessel at the Quebec harbour;

9. As it appears in paragraph 21 of the said Statement of Claim there is also involved the question of excess loading port costs encountered in Chile; I have been credibly informed by Mrs. Lise Martel, a registered travel agent of the firm Voyage 2000 of Quebec City that the round-trip price of bringing a witness of Chile to Quebec City is approximately \$1,500.00 (Cdn) whereas taking the same witness to London, England would cost 1600 pounds or more than twice the price and I

possibilité, la convenance et les frais à engager pour soumettre à un tribunal la preuve principale nécessaire pour permettre d'adjudger les demandes en toute équité ont été considérés sous tous leurs aspects, la balance penche en faveur d'un procès en Angleterre plutôt qu'en Pologne.

<sup>a</sup> Pour cette raison, le docte juge arriva à la conclusion qu'indépendamment de la question de la prescription polonaise, la Cour, exerçant son pouvoir discrétionnaire, devait refuser le sursis et laisser les actions suivre leurs cours en Angleterre.

<sup>b</sup> Je serais peut-être arrivé à la même conclusion si j'avais siégé en première instance; peut-être que non. Comme je l'ai déjà dit, les arguments en faveur d'un point de vue ou de l'autre me semblent s'équilibrer. Mais je ne pense pas que l'on puisse nier l'abondance des pièces sur lesquelles le docte juge pouvait, à bon droit, arriver à juger. En tous les cas, je suis bien incapable de dire qu'il a exercé à tort manifestement son pouvoir discrétionnaire. C'est pourquoi je reconnais que sa décision devrait être confirmée et l'appel rejeté.

<sup>d</sup> En l'espèce en cause, l'intimée a déposé un affidavit comportant, outre une référence à la charte-partie, les alinéas suivants:

[TRADUCTION] 4. Comme l'indique l'alinéa 9 de la déclaration produite en l'action le 22 novembre 1981, la demanderesse soutient qu'à son arrivée à Québec le navire était surchargé, ce qui va exiger pour être établi le témoignage de témoins oculaires de la ville de Québec;

<sup>e</sup> 5. Comme l'indiquent les alinéas 12 à 15 de ladite déclaration, la demanderesse soutient qu'il y a manquement à l'avenant n° 29 de la charte-partie, annexée à l'affidavit de M<sup>c</sup> Savard comme pièce «A», en ce que le navire n'était pas «d'un seul tenant», point qui va exiger, pour être établi, le témoignage de témoins québécois;

<sup>f</sup> 6. Comme l'indique l'alinéa 16 de ladite déclaration, la demanderesse soutient aussi qu'il y a manquement à l'ajout n° 29 en ce que la cargaison n'a pas été arrimée comme convenu dans les cales inférieures du navire, autre point qui va exiger, pour être établi, le témoignage d'habitants de la ville de Québec;

<sup>g</sup> 7. Comme l'indique l'alinéa 5 de ladite déclaration, la demanderesse prétend qu'il y a eu expédition d'une cargaison moindre, contrairement au même avenant 29 de la charte-partie à temps; j'ai personnellement connaissance du fait que les deux parties à l'action ont nommé des inspecteurs locaux, habitant la ville de Québec, pour vérifier ces prétentions, les défendeurs ayant nommé M. Louis Rhéaume et la demanderesse, M. René Laroche;

<sup>h</sup> 8. Comme l'indiquent les alinéas 20 et 21 de la déclaration, la demanderesse soutient avoir éprouvé des difficultés de déchargement et d'équilibrage à Québec, point qui va exiger le témoignage de nombreux habitants de la ville de Québec employés comme aconiers à bord du navire, au port de Québec;

<sup>i</sup> 9. Comme l'indique l'alinéa 21 de ladite déclaration, est aussi en cause la question des coûts excessifs du chargement au Chili; M<sup>me</sup> Lise Martel, agent de voyage enregistré de la firme Voyage 2000 de la ville de Québec, que je suis fondé à croire, affirme que le prix aller-retour pour faire venir un témoin du Chili jusqu'à Québec est d'environ 1 500 \$ CAN; envoyer le même témoin à Londres coûterait 1 600 £, soit plus du double; je crois avéré ce que dit M<sup>me</sup> Martel car il s'agit d'un agent de

verily believe Mrs. Martel for she is an independent travel agent with no interest in this claim;

10. In all, the great bulk of the evidence necessary to support Plaintiff's claim is in Quebec City and any additional evidence is more easily accessible to Quebec City; as a result the relative convenience and expense of trial favors Canada;

11. As it appears in rider clause 29 of the time charter, annexed to Me Savard's affidavit, the "SEAPEARL" was built 21 years ago;

12. As may be seen from paragraph 10 of the Statement of Claim Plaintiff alleges breach of the I.M.C.O. regulations, international regulations requiring judicial interpretation only, which this Court will be asked to do;

13. As it appears from a perusal of the said time charter annexed to Me Savard's affidavit as exhibit "A", no clause stipulates that the laws of a foreign country need be applied by this Court;

14. As it appears in paragraphs 3 and 4 of Me Savard's affidavit, neither party is connected with England in any way whatsoever;

15. In his affidavit Me Savard states, at paragraph 9, that Plaintiff appointed Mr. Clifford A.L. Clark to act as arbitrator, while, in fact, following the naming of an arbitrator by Defendants, I personally communicated with Mr. Clark in order to prevent the delay effects of section 7 of the English Arbitration Act, 1950 which stipulates that following the naming of an arbitrator the other party must name its own within 7 days or be foreclosed from so doing; therefore Mr. Clark was chosen on a conditional basis, to act as the Plaintiff's arbitrator only if this Court refused to exercise its jurisdiction, as may be seen from a copy of the telex communication between Mr. Clark and myself annexed hereto as exhibit "A" of this, my affidavit;

16. As appears from the letter of guarantee annexed to Me Savard's affidavit as exhibit "C", the Defendants' bank promises to indemnify the Plaintiff; however three points in particular appear in this letter: first, the Defendants' bank submits to the jurisdiction of the Federal Court of Canada alone (clause 1 of the said exhibit "C"); secondly, the guarantee applies to a final judgment "on the merits" rendered by this Court (clause 3 of the said exhibit "C"); thirdly the guarantee applies to a compromise or settlement between the parties "in the said proceedings" (clause 3 of the said exhibit "C");

17. Our firm consented to a release of the "SEAPEARL" in consideration of the letter of guarantee annexed to Me Savard's affidavit alone; as it appears in the above paragraph the letter has no effect vis-à-vis an arbitration award or a settlement while in arbitration; therefore arbitration proceedings would deprive Plaintiff of security for his claim.

In dismissing the appellants' application, the learned Trial Judge endorsed the record as follows:

There appears [*sic*] to be witnesses in both London and here, and, if Plaintiff agreed to arbitration in London it did so

voyage indépendant, n'ayant aucun intérêt en l'instance;

10. Somme toute, la majeure partie des preuves qu'il faudra administrer pour étayer la demande de la demanderesse est réunie à Québec; cette ville est en outre d'un accès plus facile pour la réunion des autres preuves; en conséquence, un procès au Canada serait relativement plus avantageux et moins cher;

11. Comme l'indique l'avenant 29 de la charte-partie à temps, annexée à l'affidavit de M<sup>e</sup> Savard, le «SEAPEARL» a été construit il y a 21 ans;

12. Comme l'indique l'alinéa 10 de la déclaration, la demanderesse fait valoir qu'il y a eu infraction à la réglementation de l'O.M.C.I., une réglementation internationale qui n'exige qu'une interprétation judiciaire, ce qui sera demandé à la Cour;

13. Comme le montre un examen de ladite charte-partie à temps, annexée à l'affidavit de M<sup>e</sup> Savard comme pièce «A», aucune clause ne stipule que la Cour devra appliquer le droit d'un État étranger;

14. Comme l'indiquent les alinéas 3 et 4 de l'affidavit de M<sup>e</sup> Savard, les parties n'ont aucun lien que ce soit avec l'Angleterre;

15. Dans son affidavit, M<sup>e</sup> Savard affirme, à l'alinéa 9, que la demanderesse a nommé M. Clifford A.L. Clark comme arbitre alors que, en fait, après que les défendeurs aient nommé leur arbitre, j'ai personnellement communiqué avec M. Clark afin de suspendre la prescription de l'article 7 du Arbitration Act, 1950 d'Angleterre, lequel porte que subséquemment à la nomination d'un arbitre, la partie adverse doit nommer le sien dans les 7 jours, à peine de déchéance de son droit de le faire; en conséquence, M. Clark n'a été choisi que conditionnellement pour agir comme l'arbitre de la demanderesse, uniquement au cas où la Cour refuserait d'exercer sa compétence matérielle, comme l'indique la copie de la communication télex intervenue entre M. Clark et moi-même, annexée aux présentes comme pièce «A» de mon affidavit;

16. Comme l'indique la lettre de garantie annexée à l'affidavit de M<sup>e</sup> Savard comme pièce «C», la banque des défendeurs s'engage à indemniser la demanderesse; toutefois, trois points de cette lettre méritent qu'on s'y arrête: d'abord la banque des défendeurs se soumet à la compétence de la Cour fédérale du Canada uniquement (première clause de ladite pièce «C»); ensuite la garantie ne s'applique qu'à un jugement définitif «au fond» qu'aura rendu cette juridiction (clause 3 de ladite pièce «C»); enfin la garantie ne s'applique qu'à une transaction, au sens étroit, ou règlement, entre les parties «en ladite instance» (clause 3 de ladite pièce «C»);

17. Notre firme a consenti à donner mainlevée de la saisie du navire «SEAPEARL» compte tenu de la lettre de garantie annexée à l'affidavit de M<sup>e</sup> Savard uniquement; comme l'indique l'alinéa ci-dessus, la lettre n'a aucun effet dans le cas d'une sentence arbitrale ou d'une transaction, au sens étroit, intervenue en cours d'arbitrage; il s'ensuit que l'instance arbitrale privera la demanderesse de la sûreté garantissant sa créance.

En rejetant la demande des appellants, le docteur juge de première instance a versé au dossier les motifs suivants:

[TRADUCTION] Certains témoins sont à Londres, d'autres ici; d'ailleurs, si la demanderesse a acquiescé à l'arbitrage à Lon-

conditionally and to protect its rights there but at the same time indicating it wished to proceed in the Federal Court. Defendant's counter-claim filed with the arbitrator in London can equally be invoked here. The letter of guarantee specifies that Plaintiff invokes the Federal Court jurisdiction (this does not of course bind Defendant). While the burden is on Plaintiff to establish that the proceedings should be carried on here rather than by arbitration in London, it appears that the balance of convenience suggests that this is the case. In the exercise of my discretion therefore I dismiss Defendant's motion to stay the proceedings with costs.

On the appeal counsel quite properly emphasized the need of a strong case, something exceptional or something unjust in the situation, to overcome the obligation of parties to abide the term of their contract providing for arbitration which, in this case, showed on its face, by an alteration to the printed form so as to substitute London for New York, that the parties had given consideration to it and regarded it as a vital part of the contract between them.

There is much to be said for that view, particularly in light of the fact that the parties chose arbitration in a country with which neither had any connection. But, giving the argument all the weight it should have, I have not been persuaded either that the learned Trial Judge was not fully aware of the power of the appellants' case or that his conclusion was not one that he might reach on the material before him. Moreover, I do not find in his reasons, short and somewhat obscure as they appear, any basis for disturbing his order.

The evidence respecting the availability and expense of necessary witnesses in my view heavily favours the respondent's position. The witnesses most likely to be needed are in Quebec. The surveyors for both sides are there. The cost of transporting Chilean witnesses to Quebec is considerably less than the cost of transporting them to London. It is possible there may be witnesses in London as well but the learned Trial Judge was not unaware of that and I would assume that he appreciated where the balance lay. He mentioned the burden on the respondent and the balance of convenience, as did Atkin L.J. in the "*Athenee*". In the context of the learned Trial Judge's reasons, I do not think that his reference to the balance of convenience should be read as meaning anything more than that on the whole the respondent had

dres, ce fut sous condition et afin de réserver ses droits là-bas, tout en indiquant qu'elle désirait agir devant la Cour fédérale. La demande reconventionnelle que la défenderesse a présentée pour arbitrage à Londres peut aussi être instruite ici. La lettre de garantie précise que la demanderesse invoque la compétence matérielle de la Cour fédérale (ce qui naturellement ne saurait lier la défenderesse). Certes, il appartient à la demanderesse d'établir que l'instance devrait suivre son cours et non l'arbitrage le sien à Londres; mais la balance des inconvénients penche apparemment en ce sens. Dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je rejette donc la requête de la défenderesse en sursis d'instance, avec dépens.

En appel, les avocats ont, à bon droit, rappelé la nécessité de motifs impérieux ou exceptionnels, d'une situation injuste, pour que les parties puissent être libérées de leur obligation de respecter la clause de leur contrat stipulant l'arbitrage, clause dont la simple consultation montre, puisqu'on a modifié le texte imprimé de la formule pour substituer Londres à New York, que les parties en ont discuté et l'ont considérée comme un élément essentiel du contrat intervenu entre elles.

Il y aurait beaucoup à dire à ce sujet, particulièrement quand on se souvient que les parties ont choisi un arbitrage dans un pays avec lequel elles n'avaient aucun lien. Mais, tout en donnant à cet argument le poids qu'il doit avoir, on ne m'a convaincu ni que le docte juge de première instance ignorait la force de la position des appelants ni qu'il ne pouvait arriver à la conclusion à laquelle il est arrivé, compte tenu du dossier dont il était saisi. En outre, je ne trouve dans ses motifs, si laconiques et lapidaires soient-ils, rien qui permette de réformer son ordonnance.

La preuve administrée au sujet de la disponibilité des témoins nécessaires et au sujet des débours à engager à cet égard favorise fortement, à mon avis, la position de l'intimée. La plupart des témoins dont on aura besoin se trouvent à Québec. Les inspecteurs des deux parties y sont. Les frais de transport des témoins chiliens jusqu'à Québec seraient considérablement moindres que ceux de leur transport à Londres. Il se peut que soient nécessaires aussi certains témoins vivant à Londres, mais le distingué juge du fond n'ignorait pas cela; aussi je dois présumer qu'il a apprécié de quel côté penchait la balance. Il a mentionné le fardeau qui pèse sur l'intimée et la balance des inconvénients, comme l'avait fait le lord juge Atkins dans l'espèce navire "*Athenee*". Dans le contexte, celui des motifs du docte premier juge, je ne pense pas

made out its case and tipped the scale in favour of refusing a stay.

The learned Trial Judge also mentioned the letter of guarantee in a sentence which leaves uncertain how much weight he attributed to it and how he regarded the matter of the security obtained by the respondent on the release of the vessel from arrest. In my view, the fact that the respondent, having lawfully obtained that security, may well lose it if the action is stayed supports the learned Trial Judge's conclusion and is, in itself, a strong reason for refusing a stay. The ship having been sold by the appellant, there is no way the respondent can obtain other security or enforce its claim by arresting the ship in this country or elsewhere after the arbitration and nothing in the record indicates that there are assets of the appellant in Canada or in England from which an arbitration award in favour of the respondent could be recovered.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

PRATTE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division refusing to stay an action brought by the respondent against the appellant.

The appellant, Patmos Navigation Company, is a corporation having its principal place of business in Limassol, Cyprus; it is the owner of the *Seapearl*, a vessel registered in Cyprus. The respondent, Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation, has its principal place of business at Santiago, Chile. Neither the appellant nor the respondent has any connection with Canada.

Pursuant to a time charterparty made at Hamburg, West Germany, on October 14, 1981, the appellant Patmos chartered its ship to the respondent for one voyage from Tocopilla, Chile, to Quebec City. The ship was to carry "a cargo of copper concentrate to be loaded, stowed and trimmed, carried and discharged as per IMCO

que cette mention de la balance des inconvénients doit être interprétée comme signifiant autre chose que, tout compte fait, l'intimée a démontré ses prétentions et a fait pencher la balance en faveur d'un refus du sursis.

Le docte premier juge a aussi mentionné la lettre de garantie dans une phrase qui ne nous permet pas de connaître le poids qu'il lui attribuait ni son opinion au sujet de la sûreté obtenue par l'intimée lorsque mainlevée de la saisie du navire a été accordée. À mon avis, le fait que l'intimée, ayant licitement obtenu cette garantie, puisse la perdre si l'on surseoit à l'action, confirme la conclusion du premier juge et est en lui-même un motif impérieux de refuser le sursis. Le navire ayant été vendu par l'appelante, l'intimée ne peut obtenir aucune autre sûreté ni non plus le paiement de sa créance en saisissant le navire dans notre pays ou ailleurs, après l'arbitrage; or rien dans le dossier n'indique que l'appelante possède des biens quelconques, au Canada ou en Angleterre, à même lesquels l'intimée pourrait recouvrer le paiement d'une sentence arbitrale éventuellement rendue en sa faveur.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE PRATTE: Par jugement, la Division de première instance a refusé de surseoir à l'action qu'avait engagée l'intimée contre l'appelante. Appel est formé de ce jugement.

L'appelante, Patmos Navigation Company, est une société dont la principale place d'affaires est Limassol, à Chypre; elle est propriétaire du navire *Seapearl* immatriculé à Chypre. L'intimée, Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation, a sa principale place d'affaires à Santiago (Chili). Ni l'appelante, ni l'intimée n'ont un lien quelconque avec le Canada.

Conformément à une charte-partie à temps, conclue à Hambourg, en Allemagne fédérale, le 14 octobre 1981, l'appelante Patmos prêta son navire à l'intimée pour un voyage allant de Tocopilla, au Chili, à la ville de Québec. Le navire devait transporter [TRADUCTION] «une cargaison de concentrés de cuivre à charger, arrimer et équilibrer,

regulations". The charterparty contained a guarantee that the vessel could "load/carry 10,700 metric tons copper concentrate in lower holds". It also contained an arbitration clause reading as follows:

17. That should any dispute arise between Owners and the Charterers, the matter in dispute shall be referred to three persons at London, one to be appointed by each of the parties hereto, and the third by the two so chosen; their decision or that of any two of them shall be final, and for the purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. The Arbitrators shall be Baltic Exchange Members.

After the arrival of the ship at Quebec, a dispute arose between the parties. It was the respondent's contention that the *Seapearl* did not possess the characteristics described in the charterparty and had, for that reason, carried less cargo at a higher cost. The respondent brought an action in the Trial Division claiming \$413,109.46 U.S. from the appellant as damages for breach of the charterparty; it also arrested the *Seapearl*. Those proceedings were commenced on November 27, 1981.

On December 1, 1981, the appellant, acting pursuant to clause 17 of the charterparty, referred the dispute to arbitration and appointed a Mr. Kazantzis as its arbitrator. A few days later, the respondent, Seven Seas, appointed a Mr. Clark to act as its arbitrator in the event that the proceedings commenced in the Trial Division were stayed.

On December 7, 1981, counsel for the appellant supplied counsel for the respondent with a letter of guarantee from the Bank of Montreal. As a consequence, the respondent consented to the release of the appellant's ship.

A short time later, the appellant applied to a Judge of the Trial Division for an order staying the action on the ground that the claim raised in it was a claim that, under clause 17 of the charterparty, was to be decided by arbitration in London. The Judge dismissed the application by an order reading as follows:

ORDER

There appears [*sic*] to be witnesses in both London and here, and, if Plaintiff agreed to arbitration in London it did so conditionally and to protect its rights there but at the same time indicating it wished to proceed in the Federal Court. Defendant's counter-claim filed with the arbitrator in London

transporter et décharger, conformément à la réglementation de l'OMCI». La charte-partie garantissait que le navire pouvait [TRADUCTION] «charger et transporter 10 700 tonnes métriques de concentrés de cuivre dans ses cales inférieures». Elle comportait aussi une clause d'arbitrage, la voici:

17. Qu'advenant que surgisse un litige entre les propriétaires et les affrêteurs, celui-ci sera soumis à trois arbitres à Londres, chaque partie en nommant un, le troisième l'étant par les deux premiers; leur décision, ou celle de deux d'entre eux, sera définitive et, afin de rendre exécutoire toute sentence arbitrale, la présente convention peut être homologuée. Les arbitres devront être membres du «Baltic Exchange».

L'arrivée du navire à Québec fut suivie d'un litige entre les parties. D'après l'intimée, le *Seapearl* ne possédait pas les caractéristiques que décrivait la charte-partie et, pour cette raison, avait transporté une cargaison moindre, à un coût plus élevé. L'intimée engagea donc une action en Division de première instance, réclamant 413 109,46 US de l'appelante en dommages-intérêts pour inexécution de la charte-partie; elle fit aussi saisir le *Seapearl*. Cette instance fut intentée le 27 novembre 1981.

Le 1<sup>er</sup> décembre 1981, l'appelante, se fondant sur la clause 17 de la charte-partie, demanda l'arbitrage du litige et nomma M. Kazantzis comme arbitre. Quelques jours plus tard, l'intimée, Seven Seas, nommait M. Clark comme son arbitre, au cas où l'on surseoirait à l'instance engagée en première instance.

Le 7 décembre 1981, l'avocat de l'appelante a remis à l'avocat de l'intimée une lettre de garantie de la Banque de Montréal; en conséquence, l'intimée a consenti à donner mainlevée de la saisie du navire de l'appelante.

Peu de temps après, l'appelante demanda à un juge de la Division de première instance de surseoir à l'action, motif pris que la demande en cause en était une qui, d'après la clause 17 de la charte-partie, devait être décidée par arbitrage, à Londres. Le juge rejeta la requête par l'ordonnance que voici:

ORDONNANCE

Certains témoins sont à Londres, d'autres ici; d'ailleurs, si la demanderesse a acquiescé à l'arbitrage à Londres, ce fut sous condition et afin de réserver ses droits là-bas, tout en indiquant qu'elle désirait agir devant la Cour fédérale. La demande reconventionnelle que la défenderesse a présentée pour arbi-

can equally be invoked here. The letter of guarantee specifies that Plaintiff invokes the Federal Court jurisdiction (this does not of course bind Defendant). While the burden is on Plaintiff to establish that the proceedings should be carried on here rather than by arbitration in London, it appears that the balance of convenience suggests that this is the case. In the exercise of my discretion therefore I dismiss Defendant's motion to stay the proceedings with costs.

This appeal is directed against that order.

Contractual undertakings whereby parties agree to submit their disputes to a foreign court or to arbitration do not deprive the Federal Court of its jurisdiction. However, when proceedings are commenced in defiance of such an undertaking the Court has the discretion to order that the proceedings be stayed. Paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* confers on the Court the discretionary power to stay proceedings where "it is in the interest of justice that the proceedings be stayed." As a rule, it is certainly in the interest of justice that contractual undertakings be honoured.

It is well established that in reviewing a discretionary decision of a judge of first instance upon an application to stay proceedings on the ground that the parties have agreed to submit their disputes to arbitration or to a foreign jurisdiction, a court of appeal must uphold the decision made by the judge "unless it was arrived at on a wrong basis or was plainly a wrong decision."<sup>8</sup>

On what basis or according to what principle did the motion Judge exercise his discretion in this case? As I read his order, it was made on the basis that the proceedings commenced in the Trial Division had to be stayed unless it appeared more convenient that the issues between the parties be decided by the Court in Canada rather than by arbitration in London. In other words, the Judge decided on a mere balance of convenience. In so doing, the learned Judge applied what I consider to be a wrong principle. *Prima facie*, an application to stay proceedings commenced in the Federal Court in defiance of an undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court must

<sup>8</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.), at p. 245, per Cairns L.J.

trage à Londres peut aussi être instruite ici. La lettre de garantie précise que la demanderesse invoque la compétence matérielle de la Cour fédérale (ce qui naturellement ne saurait lier la défenderesse). Certes, il appartient à la demanderesse d'établir que l'instance devrait suivre son cours et non l'arbitrage le sien à Londres; mais la balance des inconvénients penche apparemment en ce sens. Dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je rejette donc la requête de la défenderesse en sursis d'instance, avec dépens.

<sup>a</sup> La Cour statue maintenant sur l'appel interjeté de cette ordonnance.

<sup>b</sup> Les engagements conventionnels par lesquels les parties conviennent de soumettre leur litige à une juridiction étrangère ou à l'arbitrage n'ont pas pour effet de priver la Cour fédérale de sa compétence à ce sujet. Toutefois, lorsqu'une instance est engagée contrairement à un tel engagement, la Cour détient le pouvoir discrétionnaire d'ordonner de surseoir à la procédure. L'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance lorsque «il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les procédures». En règle générale, il est certainement dans l'intérêt de la justice que les engagements conventionnels soient honorés.

<sup>c</sup> Il est bien établi qu'une juridiction d'appel, saisie d'une décision discrétionnaire d'un juge de première instance portant sur une requête en sursis d'instance, motif pris de convention par les parties de soumettre leur litige à un arbitrage ou à une juridiction étrangère, doit confirmer la décision du premier juge [TRADUCTION] «à moins qu'elle soit mal fondée ou manifestement erronée»<sup>8</sup>.

<sup>d</sup> Sur quelle base, en vertu de quel principe, le juge saisi de la requête a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire en l'espèce? Selon moi, l'ordonnance aurait été rendue en prenant pour acquis qu'il fallait surseoir à l'instance engagée en Division de première instance à moins qu'il ne paraisse plus pratique de résoudre le litige séparant les parties devant une juridiction canadienne plutôt qu'en arbitrage à Londres. En d'autres mots, le juge s'est fondé pour statuer sur la simple balance des inconvénients. Ce faisant, il a appliqué un principe erroné selon moi. A priori, une requête en sursis d'instance engagée en Cour fédérale, contrairement à l'engagement de soumettre le litige à

<sup>8</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.), lord Cairns, juge, à la p. 245.



succeed because, as a rule, contractual undertakings must be honoured. In order to depart from that *prima facie* rule, "strong reasons" are needed, that is to say reasons that are sufficient to support the conclusion that it would not be reasonable or just, in the circumstances, to keep the plaintiff to his promise and enforce the contract he made with the defendant. This is the principle which is now applied in England<sup>9</sup> and in the United States;<sup>10</sup> that is also, in my opinion, the principle that should be applied in this Court.

The decision under attack having been based on a wrong principle, it is necessary for this Court to determine whether the circumstances of this case are such that it can be said that there are strong reasons for not complying with the arbitration clause. Four circumstances are invoked by the respondent as constituting "strong reasons" for not complying with the arbitration clause:

1. Many of the witnesses are from Quebec City;
2. the appellant (defendant in first instance) has submitted to the arbitrators a cross-demand that cannot be disposed of by arbitration;
3. the respondent brought its action in the Trial Division before the commencement of the arbitration proceedings and, when those proceedings were commenced, appointed its arbitrator conditionally; and
4. the respondent would be deprived of security if its claim were to be decided by arbitration in London since the letter of guarantee from the Bank of Montreal supplied by the appellant merely guaranteed the payment of sums to be awarded by the Court.

<sup>9</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), affirmed [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.); *Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd. et al. v. A/S Falkefjell et al. (The "Makefjell")*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 528 (Q.B.); [1976] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A.); *Owners of Cargo Lately Laden on Board The Ship or Vessel Eleftheria v. The Eleftheria (Owners)*, [1969] 2 All E.R. 641; [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *The "Fehmarn"*, [1957] 2 All E.R. 707 (P.D.A.); [1958] 1 All E.R. 333 (C.A.).

<sup>10</sup> *Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederei G.M.B.H. (The Chaparrall)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.).

l'arbitrage ou à une juridiction étrangère, devrait être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements. Pour écarter cette règle, il faut [TRADUCTION] «des motifs impérieux», c'est-à-dire des motifs permettant de conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste, dans le cas d'espèce, de forcer la demanderesse à respecter sa promesse et de donner effet au contrat conclu avec la défenderesse. C'est le principe qu'on applique maintenant en Angleterre<sup>9</sup> et aux États-Unis<sup>10</sup>; c'est aussi à mon avis le principe que doit appliquer notre juridiction.

La décision entreprise ayant été fondée sur un principe erroné, il est nécessaire que la Cour statue sur l'existence ou non, dans le cas d'espèce, de motifs impérieux de ne pas respecter la clause d'arbitrage. L'intimée invoque quatre circonstances, qui constitueraient selon elle des «motifs impérieux», de ne pas respecter la clause d'arbitrage:

1. Plusieurs des témoins habitent Québec;
2. l'appelante (défenderesse en première instance) a saisi les arbitres d'une demande reconventionnelle qui ne peut être tranchée par arbitrage;
3. l'intimée a engagé son action devant la Division de première instance avant que ne soit intentée la procédure d'arbitrage et, lorsque celle-ci l'a été, n'a nommé un arbitre que conditionnellement;
4. l'intimée serait privée de sa sûreté si on devait statuer sur sa demande par arbitrage à Londres puisque la lettre de garantie de la Banque de Montréal fournie par l'appelante ne fait que garantir le paiement des sommes qu'accordera le jugement de la Cour.

<sup>9</sup> *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), confirmée par [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.); *Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd. et al. v. A/S Falkefjell et al. (The "Makefjell")*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 528 (Q.B.); [1976] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A.); *Owners of Cargo Lately Laden on Board The Ship or Vessel Eleftheria v. The Eleftheria (Owners)*, [1969] 2 All E.R. 641; [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *The "Fehmarn"*, [1957] 2 All E.R. 707 (P.D.A.); [1958] 1 All E.R. 333 (C.A.).

<sup>10</sup> *Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederei G.M.B.H. (The Chaparrall)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.).

I do not think that the fact that many witnesses are from Quebec City is very important in this case. Certainly it could not be expected when the charterparty for the voyage from Chile to Canada was signed in Hamburg that the arbitration clause would only apply to cases where all or most of the evidence would be found in England.

As to the cross-demand made by the appellant in the arbitration proceedings, it does not, in my view, help the respondent's case. By that cross-demand the appellant claims from the respondent a sum representing the hire due for the period during which the ship *Seapearl* was under arrest and, in the alternative, damages for the wrongful arrest of the ship. Counsel for the respondent argued that this claim could not be disposed of by the arbitrators because, in his view, a claim for wrongful arrest of a ship cannot be decided unless the proceedings in which the arrest was made have terminated in favour of the persons aggrieved by the arrest. He said that, for that reason, it would be preferable if both the respondent's claim and the appellant's counterclaim were decided by the Federal Court. I reject that argument. If the counterclaim made by the appellant is a claim which, under clause 17 of the charterparty, had to be referred to arbitration, I do not see why the arbitrators could not dispose of it.

Respondent's counsel also invoked, in support of his contention that the action in the Trial Division should be allowed to proceed, the fact that the respondent brought its action in the Trial Division before the commencement of the arbitration proceedings and the additional fact that, when those proceedings were commenced, he appointed its arbitrator conditionally. I do not understand how these facts may help the respondent. All that I can infer from them is that the respondent, by its conduct, has not impliedly agreed that the arbitration clause was to be complied with.

The last argument put forward by counsel for the respondent was based on the assumption that, if the case were to be decided by foreign arbitrators, the respondent would lose the benefit of the letter of guarantee supplied by the appellant to obtain the release of its ship. Counsel for the

Je ne pense pas que la présence de plusieurs témoins à Québec soit très importante en l'espèce. Certainement, on ne pouvait s'attendre, lorsque la charte-partie pour le voyage du Chili au Canada a été signée à Hambourg, que la clause d'arbitrage ne s'appliquerait qu'aux espèces où la plus grande partie de la preuve à administrer, sinon toute, serait présente en Angleterre.

Quant à la demande reconventionnelle que l'appelante a présentée en l'instance arbitrale, elle n'ajoute rien, à mon avis, à la cause de l'intimée. Par cette demande reconventionnelle, l'appelante réclame de l'intimée le prix de la location du *Seapearl* pour la période pendant laquelle le navire a été saisi ou, subsidiairement, des dommages-intérêts motif pris de saisie irrégulière. L'avocat de l'intimée a soutenu qu'on ne pouvait saisir les arbitres de cette demande car, à son avis, on ne pouvait statuer sur une opposition à la saisie d'un navire que si, dans l'instance au sujet de laquelle la saisie avait été faite, ceux à qui la saisie avait porté préjudice avaient gain de cause. Pour cette raison, il était préférable que la Cour fédérale statue et sur la demande de l'intimée et sur la demande reconventionnelle de l'appelante. Cet argument est mal fondé. Si la demande reconventionnelle de l'appelante en est une qui, d'après la clause 17 de la charte-partie, devait être renvoyée à l'arbitrage, je ne vois pas pourquoi les arbitres ne pourraient statuer à son égard.

L'avocat de l'intimée a aussi fait valoir, à l'appui de sa prétention, soit laisser l'action en Division de première instance suivre son cours, que l'intimée avait engagé cette instance avant la mise en mouvement de l'arbitrage et que, facteur supplémentaire, lorsque ce dernier avait été intenté, elle n'avait nommé son arbitre que conditionnellement. Je ne vois pas en quoi cela peut venir en aide à l'intimée. Tout ce que je saurais en déduire c'est que l'intimée, par sa conduite, n'a pas tacitement acquiescé à l'obligation de donner effet à la clause d'arbitrage.

Enfin, dernier argument, l'avocat de l'intimée présume que, si l'affaire devait être jugée par des arbitres étrangers, l'intimée perdrait le bénéfice de la lettre de garantie fournie par l'appelante pour obtenir mainlevée de la saisie du navire. L'avocat de l'appelante répond que c'est là une supposition

appellant answered that this assumption was gratuitous and that, in his view, the stay of the proceedings in the Trial Division would not deprive the respondent of its security. I am not too sure of that. The terms of the letter of guarantee are such, in my view, as not to guarantee the payment of an award made by an authority other than the Federal Court. And that Court may lack the authority to give judgment in the proceedings before it on the sole basis of a foreign award. Moreover, in any event, if the proceedings in the Trial Division are stayed, the appellant may be entitled to be released from the guarantee that has been given to obtain the release of its ship.<sup>11</sup> However, it is not necessary to resolve those questions because, in my view, even if it is assumed that the stay of the proceedings in the Trial Division would, in effect, deprive the respondent of its security, this is not a factor which, in the circumstances of this case, I would consider sufficient to justify a refusal of the stay. If the material before us showed or suggested that, in the absence of security, the respondent will not be able to obtain payment of the amount that may be awarded by the arbitrators, then the proper course, in my view, would not be to reject the application for a stay of the proceedings but to grant that application on the term that alternative security be provided outside the Court to satisfy the award of the arbitrator. However, I do not think that the Court would be justified in imposing such a term on the appellant because I cannot find anything in the record showing that the respondent will suffer a real prejudice from the loss of the security.

I am, for those reasons, of the opinion that the respondent failed to show sufficiently strong reasons why it should not be held to its contract. I would, therefore, allow the appeal with costs, set aside the decision of the Trial Division and, pronouncing the decision that should have been pronounced, grant the appellant's application with costs and order that the proceedings in this case be stayed until the issues between the parties have been decided by arbitrators in accordance with clause 17 of the charterparty.

\* \* \*

<sup>11</sup> See: *The Golden Trader*, [1975] 1 Q.B. 348.

gratuite; à son avis, le sursis d'instance en Division de première instance ne priverait pas l'intimée de sa sûreté. Je n'en suis pas aussi sûr. Les termes de la lettre de garantie ne garantissent pas le paiement d'une sentence rendue par une autorité autre que la Cour fédérale. Et la Cour ne détient peut-être pas le pouvoir de rendre jugement dans une instance sur l'unique fondement d'une sentence arbitrale étrangère. D'ailleurs, de toute façon, s'il y a sursis en première instance, il se peut que l'appelante n'ait plus à fournir la garantie donnée pour obtenir mainlevée de la saisie du navire<sup>11</sup>. Toutefois, il n'est pas nécessaire de répondre à ces questions car, à mon avis, même si l'on devait présumer que le sursis en Division de première instance aurait pour effet de priver l'intimée de sa garantie, ce n'est pas là un facteur suffisant, dans le cas d'espèce, pour justifier de le refuser. Si les pièces dont nous sommes saisis montrent, ou laissent craindre, qu'en l'absence de sûreté l'intimée ne pourra obtenir le paiement, le cas échéant, de la sentence arbitrale, il ne faut pas alors, à mon avis, refuser le sursis; il faut l'accorder sous la condition qu'une sûreté alternative, n'ayant aucun lien avec la Cour, sera fournie pour satisfaire à la sentence arbitrale. Toutefois, je ne pense pas que la Cour serait justifiée d'imposer une semblable condition à l'appelante car rien au dossier n'indique que l'intimée subira un préjudice réel par suite de la perte de la sûreté.

g

Par ces motifs, j'estime que l'intimée n'a pas réussi à établir l'existence de motifs suffisamment impérieux pour être dispensée d'exécuter son contrat. En conséquence, j'accueillerais l'appel avec dépens, réformerais la décision de la Division de première instance et, prononçant la décision qui aurait dû être prononcée, accueillerais la requête de l'appelante, avec dépens, et ordonnerais de surseoir à la procédure dans cette affaire jusqu'à ce que les arbitres, constitués conformément à la clause 17 de la charte-partie, aient statué sur ce litige.

\* \* \*

<sup>11</sup> Voir *The Golden Trader*, [1975] 1 Q.B. 348.

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

LALANDE D.J.: I have read the reasons for judgment of the Chief Justice and those of Mr. Justice Pratte.

I agree with Mr. Justice Pratte's statement of the principle to be applied in this appeal from an order refusing a stay under subsection 50(1) of the *Federal Court Act*, and that the respondent has not shown a strong enough case to allow it to disregard the arbitration clause in the charterparty.

In my respectful view the respondent's case is weak when one compares it to the cases in the English courts, referred to in my colleagues' reasons, where stays were refused to allow claims to proceed in foreign courts designated in bills of lading covering goods delivered to consignees in England who were parties to the proceedings.

Here we have a dispute between a foreign owner and a foreign charterer centred on the carrying capacity and structural features of a vessel built in England. The consignee of the cargo delivered in Quebec is not a party to the dispute. Regulations of the International Maritime Consultative Organization concerning carriage of copper concentrates are also involved. IMCO's headquarters are in London. I doubt very much any Quebec witnesses will need go to London for the arbitration.

As to the security that respondent obtained in Quebec by arresting the vessel, I give it no weight in the balance of argument<sup>12</sup> because it was obtained as a consequence of action heedless of provisions of the charterparty.

I would dispose of the appeal as proposed by Mr. Justice Pratte.

<sup>12</sup> The expression "strong balance of argument" in order to overcome a *prima facie* case for a stay, such as this one is, is Mr. Justice Brandon's at first instance in *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), affirmed [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.).

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

LE JUGE SUPPLÉANT LALANDE: J'ai lu l'opinion du juge en chef et celle de M. le juge Pratte.

Je souscris à l'énoncé que fait M. le juge Pratte du principe à appliquer en cette ordonnance, dont appel, laquelle refuse le sursis demandé conformément au paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*: l'intimée n'a pas démontré de motifs suffisamment impérieux pour autoriser d'ignorer la clause d'arbitrage de la charte-partie.

À mon humble avis, la cause de l'intimée est faible si on la compare aux espèces anglaises mentionnées dans les motifs de mes collègues; là, le sursis d'instance fut souvent refusé afin de permettre aux demandes de suivre leurs cours devant des juridictions étrangères, conformément aux stipulations de connaissements visant des marchandises livrées à des consignataires en Angleterre, lesquels étaient parties à l'instance.

En l'espèce, nous sommes saisis d'un litige entre un propriétaire et un affrèteur, tous deux étrangers, portant sur la capacité de transport et les caractéristiques structurelles d'un navire construit en Angleterre. Le consignataire de la cargaison livrée à Québec n'est pas partie au litige. La réglementation de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime relative aux transports de concentrés de cuivre est aussi en cause. Le siège de l'OMCI est à Londres. Je doute fort qu'il soit nécessaire d'envoyer à Londres pour l'arbitrage les témoins de Québec.

Quant à la sûreté obtenue par l'intimée à Québec par suite de la saisie du navire, je ne lui accorde aucune prépondérance comme motif<sup>12</sup>, car elle a été obtenue par un comportement qui ignorait les stipulations de la charte-partie.

Je disposerais de l'appel comme le propose M. le juge Pratte.

<sup>12</sup> L'expression [TRADUCTION] «motif fortement prépondérant» nécessaire pour réfuter la présomption qu'il y a lieu à sursis d'instance, comme en l'espèce, est de M. le juge Brandon, dans la première instance de l'affaire *The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.), confirmée par [1976] 2 Lloyd's Rep. 241 (C.A.).