

	A-674-91		A-674-91
<b>Ruhrkohle Handel Inter GMBH</b>		<b>Ruhrkohle Handel Inter GMBH</b>	
and		et	
<b>National Steel Corp.</b>		<sup>a</sup> <b>National Steel Corp.</b>	
and		et	
<b>All those persons having an interest in the cargo laden on board the vessel <i>Federal Calumet</i> (Appellants) (Plaintiffs)</b>		<sup>b</sup> <b>Toutes les personnes ayant un droit sur la cargaison du navire <i>Federal Calumet</i> (appelantes) (demanderesses)</b>	
v.		c.	
<b>Fednav Ltd.</b>		<sup>c</sup> <b>Fednav Ltd.</b>	
and		et	
<b>Federal Pacific (Liberia) Ltd.</b>		<sup>d</sup> <b>Federal Pacific (Liberia) Ltd.</b>	
and		et	
<b>The owners and all others interested in the vessel <i>Federal Calumet</i> and her bunkers</b>		<sup>e</sup> <b>Les propriétaires du navire <i>Federal Calumet</i> et de ses soutes et toutes les autres personnes ayant un droit sur ceux-ci</b>	
and		et	
<b>The vessel <i>Federal Calumet</i> and her bunkers (Respondents) (Defendants)</b>		<sup>f</sup> <b>Le navire <i>Federal Calumet</i> et ses soutes (intimés) (défendeurs)</b>	
<b>INDEXED AS: RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH v. FEDERAL CALUMET (THE) (C.A.)</b>		<b>RÉPERTORIÉ: RUHRKOHLE HANDEL INTER GMBH c. FEDERAL CALUMET (LE) (C.A.)</b>	
		<sup>g</sup>	
<b>Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary, J.J.A.—Montréal, May 15; Ottawa, May 29, 1992.</b>		<b>Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 15 mai; Ottawa, 29 mai 1992.</b>	
<i>Practice — Stay of proceedings — Appeal from Trial Division decision affirming Senior Prothonotary's dismissal of application for stay of proceedings — Interrelationship between Federal Court Act, s. 50(1) and Commercial Arbitration Code, arts. 8, 9 — Trial Judge correctly not dealing with staying of counterclaim as stay thereof not asked for by appellants — Stay of proceedings of exceptional nature, must be asked for explicitly — No formal request for arbitration in statement of claim contrary to Code, s. 8(1) — Appellants' request for stay of own proceedings out of time — Trial Judge's discretion under Federal Court Act, s. 50 properly exercised — Case law considered — "Strong reasons" for refusing stay of proceedings — Failure to make request within time prescribed by Code, s. 8(1) significant factor against granting of stay.</i>		<sup>h</sup>	
		<sup>i</sup>	
		<sup>j</sup>	

*Maritime law — Practice — Appeal from Trial Division decision affirming dismissal by Senior Prothonotary of application for stay of proceedings — Arbitration clause in charter-party — Cargo not discharged at agreed port of delivery — Action in rem and in personam — No reference in statement of claim to arbitration clause nor to appellants' intention to refer matter to arbitration — Statement of defence and counterclaim filed by respondents — Appellants failing to make request for arbitration and in timely fashion — Essential requirements of Commercial Arbitration Code, s. 8(1) not met — Trial Judge's discretion properly exercised — No steps taken by appellants to refer to arbitration — "Strong reasons" for not granting stay of proceedings — Appeal dismissed.*

*sion d'instance — Le défaut de présenter la demande dans le délai prescrit à l'art. 8(1) du Code constitue un facteur important jouant contre la suspension.*

*Droit maritime — Pratique — Appel contre le jugement de la Section de première instance confirmant le rejet, par le protonotaire en chef, de la demande de suspension d'instance — La charte-partie comprend une clause compromissoire — Le déchargement de la cargaison n'a pas été effectué au port convenu pour la livraison — Action in rem et in personam — La déclaration ne mentionne ni la clause compromissoire ni l'intention des appelantes de soumettre la question à l'arbitrage — Les intimés ont déposé une défense et une demande reconventionnelle — Les appelantes ont fait défaut de présenter une demande d'arbitrage en temps opportun — Les conditions essentielles de l'art. 8(1) du Code d'arbitrage commercial n'ont pas été remplies — Le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire — Les appelantes n'ont entrepris aucune démarche en vue de renvoyer le différend à l'arbitrage — Il y a des « motifs impérieux » de ne pas accorder la suspension d'instance — Appel rejeté.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, ss. 2, 4, 5.*

*Commercial Arbitration Code, being Schedule to Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 2(f), 8, 9.*

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1).*

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1003 (as am. by SOR/79-57, s. 18), 1025, 1717, 1718.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Jala Godavari (The) v. Canada*, A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, F.C.A., not yet reported; *Munsingwear, Inc. v. Prouvost S.A.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line A.G. et al.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The Trowave*, [1975] F.C. 595 (T.D.).

#### AUTHORS CITED

*Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session — 3-21 June 1985.* UN GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/40/17 (1985).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe à la Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2f), 8, 9.*

*Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2, 4, 5.*

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1).*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1003 (mod. par DORS/79-57, art. 18), 1025, 1717, 1718.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Jala Godavari (Le) c. Canada*, A-112-91, le juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-10-91, C.A.F., encore inédit; *Munsingwear, Inc. c. Prouvost S.A.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*BC Navigation S.A. (Bankrupt) c. Canpotex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Iberfreight S.A. et autres c. Ocean Star Container Line A.G. et autre* (1989), 104 N.R. 164 (C.A.F.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le Trowave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.).

#### DOCTRINE

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la dix-huitième session—3-21 juin 1985.* Doc. off. AG NU, 40<sup>e</sup> sess., Supp. No. 17, Doc. NU A/40/17 (1985).

*Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law*, Vienna, 3-21 June 1985. UN Doc. A/CN.9/264 (1985).

*Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. by Anthony Walton, London: Stevens & Sons, 1979.

APPEAL from a decision of the Trial Division, (1991), 36 C.P.R. (3d) 521, affirming an order of the Senior Prothonotary dismissing an application for a stay of proceedings. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*George J. Pollack* for appellants (plaintiffs).

*Trevor H. Bishop* for respondents (defendants).

SOLICITORS:

*Martineau, Walker*, Montréal, for appellants (plaintiffs).

*Brisset, Bishop*, Montréal, for respondents (defendants).

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

DÉCARY J.A.: This appeal raises the question of the interrelationship between subsection 50(1)<sup>1</sup> of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] (the Act) and articles 8 and 9<sup>2</sup> of the *Commercial Arbitration Code* (the Code) enacted by the *Commercial Arbitra-*

<sup>1</sup> S. 50(1) of the *Federal Court Act* reads as follows:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(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.

<sup>2</sup> Articles 8 and 9 of the *Commercial Arbitration Code* read as follows:

Article 8

*Arbitration Agreement and Substantive Claim before Court*

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(Continued on next page)

*Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Vienne, 3-21 juin 1985, Doc. NU A/CN.9/264 (1985).

*Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. by Anthony Walton, London: Stevens & Sons, 1979.

APPEL contre le jugement de la Section de première instance, (1991), 36 C.P.R. (3d) 521, qui a confirmé l'ordonnance rendue par le protonotaire en chef rejetant une demande de suspension d'instance. Appel rejeté.

AVOCATS:

*George J. Pollack* pour les appelantes (demandereses).

*Trevor H. Bishop* pour les intimés (défendeurs).

PROCUREURS:

*Martineau, Walker*, Montréal, pour les appelantes (demandereses).

*Brisset, Bishop*, Montréal, pour les intimés (défendeurs).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel soulève la question de l'interdépendance du paragraphe 50(1)<sup>1</sup> de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (la Loi) et des articles 8 et 9<sup>2</sup> du *Code d'arbitrage commercial* (le Code) adopté en application

<sup>1</sup> Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

(a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

(b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

<sup>2</sup> Les articles 8 et 9 du *Code d'arbitrage commercial* sont ainsi libellés:

Article 8

*Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal*

(1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

(Suite à la page suivante)

tion Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17 with respect to an application for stay of proceedings made in maritime matters.

The facts are not in dispute. The respondent Federal Pacific (Liberia) Ltd. (Fedpac), a Liberian company having a place of business in Belgium, is the registered owner of the vessel *Federal Calumet* (the vessel), a Liberian ship registered in Monrovia. The respondent Fednav Ltd. (Fednav), a Canadian company having a place of business in Montréal, Quebec, is the time-charterer and operator of the vessel in virtue of a long-term charterparty. The appellants Ruhrkohle Handel Inter GmbH, a German company, and National Steel Corp., an American company, are the owners, shippers and consignees under a bill of lading of a shipment of blast furnace coke (the cargo) loaded on board the vessel at Emden, Germany for carriage aboard said vessel to Detroit, U.S.A.

The charterparty dated at Greenwich, Connecticut on January 18, 1989 contains an arbitration clause (the arbitration clause), which reads as follows:

5. If any dispute or difference should arise under this Charter, same to be referred to three parties in the City of New York, one to be appointed by each of the parties hereto, the third by the two so chosen, and their decision, or that of any two of them, shall be final and binding, and this agreement may, for enforcing the same, be made a rule of court. Said three parties to be commercial men. Should the two so chosen not be able to agree who the third arbitrator shall be, then the Society of Maritime Arbitration, Inc., N.Y., is to appoint such arbitrator;

The bill of lading states, on its face, that it is "subject to all terms, conditions and exceptions of Charter Party dated January 18, 1989 at Greenwich, including Arbitration Clause".

(Continued from previous page)

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

#### Article 9

##### Arbitration Agreement and Interim Measures by Court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, dans le contexte d'une demande de suspension d'instance présentée en matière maritime.

a

Les faits ne sont pas contestés. L'intimée Federal Pacific (Liberia) Ltd. (Fedpac), société libérienne ayant un établissement en Belgique, est la propriétaire enregistrée du navire libérien *Federal Calumet* (le navire), enregistré à Monrovia. L'intimée Fednav Ltd. (Fednav), société canadienne ayant un établissement à Montréal (Québec), est l'affrètement à temps et l'exploitant du navire en vertu d'une charte-partie à long terme. Les appelantes Ruhrkohle Handel Inter GmbH, société allemande, et National Steel Corp., société américaine, sont les propriétaires, expéditeurs et consignataires, en vertu d'un connaissement, d'une cargaison de coke métallurgique (la cargaison) chargée à bord du navire à Emden (Allemagne) en vue d'être transportée à Détroit (É.-U.).

d

La charte-partie signée à Greenwich (Connecticut) le 18 janvier 1989 comprend une clause compromissoire (la clause compromissoire) ainsi libellée:

e

[TRADUCTION] 5. Les litiges ou différends découlant de la présente Charte sont soumis à trois arbitres à New York; chaque partie aux présentes nomme un arbitre, le troisième étant nommé par les deux premiers. Leur décision, ou celle de deux d'entre eux, est finale et obligatoire, et la présente entente peut, aux fins de son exécution, revêtir le caractère d'une ordonnance de la cour. Les trois arbitres doivent être des hommes d'affaires. Si les deux arbitres choisis ne s'entendent pas sur le troisième, la Society of Maritime Arbitration, Inc. (N.Y.), effectue la nomination;

g

Le recto du connaissement mentionne qu'il est applicable [TRADUCTION] «sous réserve des modalités et réserves de la charte-partie signée le 18 janvier 1989 à Greenwich, dont la clause compromissoire».

(Suite de la page précédente)

(2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

#### Article 9

##### Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

Early in the voyage, the vessel lost steering capacity and was towed to Brest for repair. She remained at Brest for a period of three and a half months. As a result of the delay and the intervening closure of the St-Lawrence Seaway for the winter season, she could not proceed to Detroit and proceeded, instead, to New Orleans, where she arrived on January 31, 1990. The cargo was barged to Illinois where the appellant National Steel Corp. was to take delivery of same.

On January 11, 1991, the appellants, through their New York attorneys, wrote to the respondents, requesting "an extension of time . . . in which to commence suit and/or arbitration under the applicable transit documents from February 1, 1991 to May 1, 1991".

On January 15, 1991, Fednav responded on behalf of the respondents, by granting "an extension of time up to and including 1st May, 1991 to commence arbitration in New York as stipulated in charter-party . . .". As can be seen, no extension was granted to commence suit.

On January 30, 1991, the appellants filed an action both *in rem* and *in personam* against the respondents in the Federal Court of Canada, claiming a sum of \$551,000 which represents the damages allegedly suffered by the appellants as a result of the vessel having discharged the cargo at New Orleans instead of at the agreed port of delivery, Detroit. No reference is made in the statement of claim to the arbitration clause nor to the appellants' intention to refer the matter to arbitration.

That same day, the appellants filed an affidavit to lead warrant for the arrest of the vessel and a warrant for the arrest was issued by the Montréal Registry of the Court.

On February 27, 1991, the vessel was arrested at the port of Bécancour, Province of Quebec.

On March 1, 1991, the vessel was released from arrest.

On March 5, 1991, the respondents filed a statement of defence and a counterclaim, pursuant to

Peu après le départ, le navire, qui n'était plus maître de son gouvernail, a été remorqué à Brest pour y être réparé. Il y est demeuré trois mois et demi. Ce retard et la fermeture de la voie maritime du St-Laurent pour l'hiver l'ont empêché de se rendre à Détroit; il s'est plutôt dirigé vers la Nouvelle-Orléans où il est arrivé le 31 janvier 1990. La cargaison a été transportée par péniche jusqu'en Illinois où l'appelante, National Steel Corp., devait en prendre livraison.

Le 11 janvier 1991, les appelantes, par l'entremise de leurs procureurs newyorkais, ont demandé aux intimés, par écrit, [TRADUCTION] «une prorogation de délai, du 1<sup>er</sup> février 1991 au 1<sup>er</sup> mai 1991, . . . pour entamer une poursuite et/ou un arbitrage en vertu des documents de transit pertinents».

Le 15 janvier 1991, Fednav a répliqué au nom des intimés en accordant [TRADUCTION] «une prorogation de délai, jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 1991 inclusivement, pour entamer l'arbitrage à New York comme le stipule la charte-partie . . . ». Les intimés n'ont donc accordé aucune prorogation pour engager une poursuite.

Le 30 janvier 1991, les appelantes ont déposé une action *in rem* et une action *in personam* contre les intimés devant la Cour fédérale du Canada, réclamant une somme de 551 000 \$ pour le préjudice qu'elles auraient subi à la suite du déchargement de la cargaison du navire à la Nouvelle-Orléans plutôt qu'à Détroit, port convenu de livraison. La déclaration ne mentionne ni la clause compromissoire ni l'intention des appelantes de soumettre la question à l'arbitrage.

Le même jour, les appelantes ont déposé un affidavit en vue d'obtenir un mandat de saisie contre le navire. Ce mandat fut décerné par le greffe de la Cour à Montréal.

Le 27 février 1991, le navire a été saisi au port de Bécancour (Québec).

Le 1<sup>er</sup> mars 1991, il y a eu mainlevée de la saisie.

Le 5 mars 1991, les intimés ont déposé une défense et une demande reconventionnelle, confor-

which they seek payment of a sum of \$132,191.50 against the appellants in respect of general average contributions.

On March 6, 1991, the appellants applied for an order, pursuant to section 50 of the Act and to article 8 of the Code, "that this action be stayed". No reference is made to the counterclaim in the application nor in the affidavit filed in support.

By an order dated April 30, 1991, the Senior Prothonotary dismissed the application for a stay of proceedings. That order was affirmed by Pinard J. on July 3, 1991 [(1991), 36 C.P.R. (3d) 521].

I shall first dispose of the appellants' contention that the prothonotary and the Trial Judge erred in not dealing with the staying of the counterclaim. This contention is without foundation. The stay of the counterclaim proceedings was simply not asked for by the appellants, who were satisfied with asking for a stay of the "action". A counterclaim is essentially an independent action that is grafted procedurally onto the existing action (see Rule 1717 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and article 2(f) of the Code), so much that a stay of the action does not entail a stay of the counterclaim (see Rule 1718). A stay of proceedings is of such an exceptional nature that it must be asked for explicitly. Furthermore, an oral request to amend the application at the hearing of the appeal, as was suggested by counsel for the appellants, comes too late.

#### The Commercial Arbitration Code

The appellants' main contention is that under article 8 of the Code, they are entitled to a stay of the proceedings as a matter of right, the Court having no discretion to refuse to refer the parties to arbitration.

In order to succeed, the appellants must demonstrate that they did make a request for arbitration and that such request was made in a timely fashion, i.e. not later than when submitting their first statement on the substance of the dispute (see *BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Ltd* (1987),

mément à laquelle ils demandent 132 191,50 \$ aux appelantes pour contribution d'avarie commune.

a Le 6 mars 1991, les appelantes ont demandé une ordonnance, conformément à l'article 50 de la Loi et de l'article 8 du Code, afin [TRADUCTION] «que la présente action soit suspendue». La demande et l'affidavit déposé à son appui sont muets quant à la demande reconventionnelle.

b Dans une ordonnance rendue le 30 avril 1991, le protonotaire en chef a rejeté la demande de suspension d'instance. Le 3 juillet 1991, le juge Pinard a confirmé cette ordonnance [(1991), 36 C.P.R. (3d) 521].

c Je me prononcerai d'abord sur la prétention des appelantes selon laquelle le protonotaire et le juge de première instance ont commis une erreur en n'abordant pas la suspension de la demande reconventionnelle. Cette prétention est sans fondement. Les appelantes, qui se sont contentées de demander la suspension de l'«action», n'ont tout simplement pas demandé la suspension de la demande reconventionnelle. Celle-ci est essentiellement une action distincte, greffée, du point de vue procédural, à l'action existante (voir la Règle 1717 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] et l'alinéa 2f du Code), à tel point que la suspension de l'action n'entraîne pas celle de la demande reconventionnelle (voir la Règle 1718). La suspension d'instance est tellement exceptionnelle qu'il faut la demander explicitement. En outre, une demande orale présentée lors de l'audition de l'appel en vue de modifier la demande, comme l'a donné à entendre l'avocat des appelantes, est tardive.

#### Le Code d'arbitrage commercial

d Les appelantes soutiennent principalement qu'en vertu de l'article 8 du Code, elles ont droit à la suspension d'instance de plein droit, la Cour n'ayant pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage.

e Pour obtenir gain de cause, les appelantes doivent démontrer qu'elles ont effectivement demandé l'arbitrage et que cette demande a été soumise en temps opportun, soit au plus tard lorsqu'elles ont soumis leurs premières conclusions quant au fond du différend (voir *BC Navigation S.A. (Bankrupt) c. Canpo-*

16 F.T.R. 79 (F.C.T.D.)) The appellants have failed on both counts.

In their view, the request for arbitration mentioned in article 8(1) need not necessarily be made to the Court and it is sufficient for a party to have made such request out of court to the other party before bringing the action. This contention has no merit. On a plain reading of article 8(1), the request therein contemplated is a request to the Court before which the action is brought asking that Court to refer the parties to arbitration. It may well be that a party has already requested arbitration at the time the action is brought, but unless that party formally requests the Court to refer the matter to arbitration, article 8(1) does not come into play (see *Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line A.G. et al.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.A.)). In the instant case, there is no request for arbitration in the statement of claim.

Even if I had held that the request contemplated in article 8(1) could be made out of Court, I would have had difficulty in the case at bar in finding such a request in the letter sent by appellants' counsel on January 11, 1991. That request was for extension of time, not for arbitration, and that request for extension of time was sought for the purpose of commencing "suit and/or arbitration", the appellants obviously not having made up their mind at that time.

The appellants contend that in any event, their application for stay of the action made on March 6, 1991 was a timely application to the Court within the meaning of article 8(1). Their statement of claim filed on January 30, 1991 was not, they argue, their "first statement on the substance of the dispute", because they were then seeking only the arrest of the ship as an interim measure of protection under article 9 of the Code.

Again, I have difficulty in accepting that proposition, even more so where the action filed on January 30, 1991, was both an action *in rem* and *in personam*. It is true that in proceedings before the Federal Court of Canada, the arrest of a ship, which in another forum might be achieved as an interim measure, cannot be authorized unless an action *in rem* against the ship is properly instituted, which presupposes the filing of a statement of claim (Rule 1003 [as am. by

*tex Shipping Services Ltd.* (1987), 16 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Les appelantes ont échoué sur les deux tableaux.

Selon elles, il n'est pas nécessaire de présenter à la Cour la demande d'arbitrage mentionnée à l'article 8(1); il suffit qu'une partie l'ait présentée à l'autre partie sans saisir le tribunal, avant d'intenter l'action. Cette prétention est sans fondement. Il ressort clairement de l'article 8(1) que la demande en cause est une demande adressée au tribunal saisi de l'action visant le renvoi des parties à l'arbitrage. Il est fort possible qu'une partie ait déjà demandé l'arbitrage au moment où l'action est intentée, mais à moins que cette partie ne demande formellement au tribunal de renvoyer la question à l'arbitrage, l'article 8(1) ne s'applique pas (voir *Iberfreight S.A. et autres c. Ocean Star Container Line A.G. et autre* (1989), 104 N.R. 164 (C.A.F.)). En l'espèce, la déclaration n'inclut aucune demande d'arbitrage.

Même si j'avais conclu que la demande visée à l'article 8(1) pouvait être extrajudiciaire, j'aurais difficilement pu, en l'espèce, voir une telle demande dans la lettre envoyée par l'avocat des appelantes le 11 janvier 1991. Il s'agissait d'une demande de prorogation de délai et non d'une demande d'arbitrage, et cette demande était faite en vue d'engager une «poursuite et/ou un arbitrage», les appelantes n'ayant de toute évidence pas pris leur parti à ce moment là.

Les appelantes soutiennent qu'en tout état de cause, au sens de l'article 8(1), leur demande en suspension d'action du 6 mars 1991 a été présentée à la Cour en temps opportun. Leur déclaration déposée le 30 janvier 1991 ne représentait pas, soutiennent-elles, leurs «premières conclusions quant au fond du différend» puisqu'elles ne demandaient alors que la saisie du navire à titre de mesure provisoire ou conservatoire en vertu de l'article 9 du Code.

Encore une fois, j'éprouve quelque difficulté à accepter cette proposition, d'autant plus que l'action déposée le 30 janvier 1991 était à la fois *in rem* et *in personam*. Il est vrai que dans le cas de procédures soumises à la Cour fédérale du Canada, la saisie d'un navire qui, devant un tribunal différent, pourrait être obtenue à titre de mesure provisoire ou conservatoire, ne peut être autorisée à moins qu'une action *in rem* contre le navire soit régulièrement intentée, ce qui

SOR/79-57, s. 18]) and therefore a statement on the substance of the dispute, but that in my view has no impact on the interpretation of the Code.

The Code is an international document, based on the model law adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985 (see section 2 of the *Commercial Arbitration Act*), which has the force of law in Canada (see section 5) and which may be interpreted in the light of the *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session*, held from June 3 to 21, 1985, and the Analytical Commentary contained in the *Report of the Secretary General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law* (see section 4).

The Code, as a matter of law and convenience for the international community, has established in article 8(1) a time frame which is beyond and above the procedural subtleties of the courts of the participating states. For the Code to be effective, parties must know that in whatever court they make a request for reference to arbitration, such request shall be made, in order to deprive that court of any discretion, before or at the very precise moment they submit in that court their first statement on the substance of the dispute. That very precise moment may vary from one jurisdiction to another but it constitutes the very objective standard that must be met in any given jurisdiction. I am comforted in this interpretation with the following passage found at page 24 of the Analytical Commentary previously referred to:

A time element has been added that the request be made at the latest with or in the first statement on the substance of the dispute. It is submitted that this point of time should be taken literally and applied uniformly in all legal systems, including those which normally regard such a request as a procedural plea to be raised at an earlier stage than any pleadings on substance.

In the instant case, the appellants, which were the plaintiffs, took the very unusual step of seeking a stay of the proceedings they had themselves instituted only after the defendants had filed their statement of defence. By no stretch of the imagination can such

présuppose le dépôt d'une déclaration (Règle 1003 [mod. par DORS/79-57, art. 18]) et par conséquent une conclusion quant au fond du différend, mais cela, à mon avis, n'a aucun effet sur l'interprétation du Code.

Le Code est un document international fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (voir l'article 2 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*), qui a force de loi au Canada (voir l'article 5) et qui peut être interprété en fonction du *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, tenue du 3 au 21 juin 1985, et du commentaire analytique figurant dans le *Rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (voir l'article 4).

Le Code, à titre de principe de droit et de commodité pour la communauté internationale, a établi, à l'article 8(1), un échéancier qui se situe au-delà et au-dessus des subtilités procédurales des tribunaux des états participants. Pour que le Code soit efficace, les parties doivent savoir que, pour retirer au tribunal, quel qu'il soit, toute discrétion, la demande de renvoi à l'arbitrage doit être faite au plus tard au moment même où elles soumettent à ce tribunal leurs premières conclusions sur le fond du différend. Ce moment précis peut varier d'une juridiction à une autre, mais il constitue la norme objective précise qu'il faut respecter dans toute juridiction. Le passage suivant de la page 24 du commentaire analytique déjà mentionné appuie mon interprétation:

L'élément temps a été introduit dans le texte puisque la demande doit être présentée au plus tard soit en même temps que les premières conclusions quant au fond du différend, soit même dans les premières conclusions. Nous proposons que ce délai soit entendu au sens strict et appliqué dans tous les systèmes juridiques, y compris dans ceux où l'on considère normalement une telle demande comme une exception devant être soulevée préalablement à tout débat quant au fond.

En l'espèce, les appelantes, soit les demanderesse, ont pris la mesure exceptionnelle qui consiste à demander la suspension de l'instance qu'elles avaient elles-mêmes engagée seulement après que les défendeurs aient eu déposé leur défense. Il est absolument



request be considered as having been made in a timely fashion. I also note that the application, which should have been made under Rules 1025 ff. of the *Federal Court Rules*, is asking that the action be stayed and not, as required by article 8(1) of the Code, that the parties be referred to arbitration. This, in my view, is more than a mere procedural slip and it may well be that the Court in any event would not have been in a position to make the order contemplated by that article.

I therefore fully agree with the view expressed below by Pinard J. in the following words [at pages 523-524]:

Indeed, the plaintiffs, who have chosen to institute proceedings in the Federal Court of Canada in respect of a matter which they had agreed to refer to arbitration in New York City, made no mention of arbitration in their statement of claim and waited until after the defendants had filed their statement of defence and counterclaim before moving for a stay of proceedings. By thus delaying their application for a stay of proceedings, the plaintiffs have failed to meet an essential requirement of art. 8(1) of the *Commercial Arbitration Code*; accordingly, at such a late date, this court no longer had the imperative duty to refer the matter to arbitration at their request. [Footnote omitted.]

#### Section 50 of the *Federal Court Act*

Notwithstanding the comment found at page 24 of the Analytical Commentary to the effect that:

As regards the effect of a party's failure to invoke the arbitration agreement by way of such a timely request, it seems clear that article 8(1) prevents that party from invoking the agreement during the subsequent phases of the court proceedings.

one may see in the decision of the Working Group

... not to incorporate a provision on such general effect because it would be impossible to devise a simple rule which would satisfactorily deal with all the aspects of this complex issue. [*idem.*]

an invitation not to adopt such a large construction of article 8(1) and not to set aside the discretion "to stay proceedings in any cause or matter" given to the Court by section 50 of the Act. I need not however decide this issue because, as we shall see, I am of the view that the Trial Judge did in any event properly exercise his discretion.

impossible de considérer qu'une telle demande a été présentée en temps opportun. Je remarque également que la demande, qui aurait dû être présentée en vertu des Règles 1025 et suivantes des *Règles de la Cour fédérale*, conclut à la suspension de l'action et non, tel que requis à l'article 8(1) du Code, au renvoi des parties à l'arbitrage. Cela, à mon avis, constitue plus qu'une simple faute procédurale, et il est fort possible que la Cour, en tout état de cause, n'aurait pu rendre l'ordonnance prévue à ce paragraphe.

Je suis donc entièrement d'accord avec le juge Pinard lorsqu'il exprime l'opinion suivante [aux pages 523 et 524]:

En effet, les demandereses, qui ont opté pour les procédures devant la Cour fédérale du Canada à l'égard d'une question pour laquelle elles avaient convenu de recourir à l'arbitrage à New York, n'ont nullement fait mention de la convention d'arbitrage dans leur déclaration et elles ont attendu que les défendeurs déposent leur défense et leur demande reconventionnelle pour demander une suspension d'instance. En différant ainsi leur demande de suspension d'instance, les demandereses ont omis de se conformer à une exigence fondamentale du paragraphe 8(1) du *Code d'arbitrage commercial*; en conséquence, à une date aussi tardive, la Cour n'a plus l'obligation impérative de renvoyer l'affaire à l'arbitrage à leur demande. [Renvoi omis.]

#### L'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*

Nonobstant l'observation figurant à la page 24 du commentaire analytique selon laquelle

En ce qui concerne le cas où une partie n'invoquerait pas la convention d'arbitrage par une demande effectuée dans le délai prévu, il semble clair qu'en application de l'article 8.1, ladite partie ne pourrait plus invoquer la convention d'arbitrage à un stade ultérieur de la procédure judiciaire.

on peut voir dans la décision du Groupe de travail

... de ne pas introduire dans le texte une disposition ayant un effet aussi général car il aurait été impossible d'élaborer une règle simple qui traitât de manière satisfaisante de tous les aspects de cette question complexe. [*Idem.*]

une invitation à ne pas adopter une interprétation aussi large de l'article 8(1) et à ne pas écarter le pouvoir discrétionnaire de «suspendre les procédures dans toute affaire» soumise à la Cour en application de l'article 50 de la Loi. Je n'ai toutefois pas à trancher cette question puisque, comme nous le verrons, je suis d'avis que le juge de première instance a, en tout état de cause, exercé correctement son pouvoir discrétionnaire.

The appellants submit that the Trial Judge refused to exercise his own discretion pursuant to section 50 of the Act in holding that the appellants had not established that the Senior Prothonotary's discretion "was based on an incorrect principle, a mistaken application of the law or a complete misapprehension of the facts" [at page 523]. Taken out of context, these words, which reflect an approach that was at the time generally adopted by the Trial Division, would not resist the later pronouncements of this Court in *Jala Godavari (The) v. Canada*, (A-112-91, Hugessen J.A., October 18, 1991, not yet reported) and *Munsingwear, Inc. v. Prouvost S.A.*, [1992] 2 F.C. 541 (C.A.), where it was held that a judge who hears an appeal from a prothonotary on a matter involving the exercise of discretion is called upon to exercise his own discretion and is not bound by the prothonotary's opinion. But I am satisfied that in the instant case the Trial Judge, after using these improper words, nevertheless went on to form his own opinion and the appellants have not persuaded me that this is a case where the Court of Appeal should interfere with the discretion exercised by the Trial Judge.

There is no doubt in my mind that Pinard J. reached the right conclusion when one looks at all the facts of this case. The appellants request from the Federal Court of Canada the stay of proceedings they themselves have instituted in that Court (see *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.)). They have taken no steps whatsoever, from the date of the alleged loss, i.e. January 31, 1990 to the letter seeking an extension of time sent on January 11, 1991, to refer to arbitration. At no time from February, 1990, up to and including January 10, 1991 did they ever inform the respondents that they were considering the possibility of presenting a claim. They waited until the last possible moment, and even then they were unable to make up their minds as to whether they would go to courts or to arbitration. They chose to institute both their proceedings *in rem* and *in personam* in Canada. They did not mention in those proceedings the arbitration clause nor did they reserve their right to arbitration in the statement of claim. They waited until the respondents filed their

Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a refusé d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire conformément à l'article 50 de la Loi en concluant qu'elles n'avaient pas démontré que le protonotaire en chef avait exercé son pouvoir discrétionnaire «en se fondant sur un principe erroné, en appliquant la loi de manière erronée ou en se méprenant totalement sur les faits» [à la page 523]. Hors contexte, ces mots, qui traduisent un principe généralement adopté alors par la Section de première instance, ne sauraient résister aux déclarations subséquentes de cette Cour dans les arrêts *Jala Godavari (Le) c. Canada* (A-112-91, le juge Hugessen, J.C.A., 18 octobre 1991, encore inédit) et *Munsingwear, Inc. c. Prouvost S.A.*, [1992] 2 C.F. 541 (C.A.), dans lesquels on a conclu que le juge saisi d'un appel d'une décision du protonotaire sur une question mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire et n'est pas lié par l'opinion du protonotaire. Mais je considère qu'en l'espèce, le juge de première instance, après s'être exprimé dans ces termes inexacts, n'en a pas moins formé sa propre opinion, et les appelantes ne m'ont pas convaincu qu'il s'agit ici d'un cas où la Cour d'appel devrait intervenir à l'égard du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge de première instance.

À mon avis, le juge Pinard a très certainement tiré la bonne conclusion compte tenu des faits de l'espèce. Les appelantes demandent à la Cour fédérale du Canada de suspendre l'instance qu'elles ont elles-mêmes introduite devant cette Cour (voir *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.)). À compter de la date de la prétendue perte, soit le 31 janvier 1990, jusqu'à l'envoi de la lettre demandant une prorogation de délai le 11 janvier 1991, elles n'ont entrepris aucune démarche en vue de renvoyer le différend à l'arbitrage. En aucun temps, de février 1990 au 10 janvier 1991 inclusivement ont-elles avisé les intimés de la possibilité qu'elles présentent une réclamation. Elles ont attendu jusqu'à la dernière minute, et même alors, elles hésitaient entre le tribunal et l'arbitrage. Elles ont choisi d'introduire leurs actions *in rem* et *in personam* au Canada. Elles n'ont pas fait mention de la clause compromissoire dans leurs procédures et elles n'ont pas réservé leur droit à l'arbitrage dans la déclaration. Elles ont attendu que les intimés déposent leur

statement of defence before asking the Court to stay the proceedings. They did not ask to stay the proceedings with respect to the counterclaim, with the result that through their own volition the same matter would have given rise to court proceedings in Canada and to arbitration in the United States (see *Russell on the Law of Arbitration*, 19th ed. (London: Stevens & Sons, 1979), at page 202). In their application to stay their own action, they failed to indicate that they were now ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration. There is no “natural” location for the settling of the dispute: respondent Fednav, the actual disponent owner of the ship and the contracting defendant in the action has its head office in Montréal and operates from Montréal; one of the appellants is an American company, another is a German company. No evidence was led by the appellants with respect to the respective advantages and disadvantages of court proceedings in Canada and arbitration proceedings in New York. There is no allegation in the application that all the appellants and respondents were parties to or bound by the terms and conditions of the bill of lading and charterparty.

In refusing to intervene and to grant the stay requested, I have not ignored the decision of this Court in *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161, where Pratte J.A. has stated, at page 176, that “As a rule, it is certainly in the interest of justice that contractual undertakings be honoured”. In my view, the factors I have enumerated above constitute “strong reasons”, to use the words of Pratte J.A., at page 177, that invite the Court to depart from the *prima facie* rule and that support the conclusion that it would not be reasonable or just, in the circumstances, to stay the proceedings. I wish to add in passing that *The Seapearl* was decided before the coming into force of the *Commercial Arbitration Act* and that the *prima facie* rule expressed by Pratte J.A. might well have been reversed (assuming, again, that the Court has discretion under section 50 of the Act) where the party seeking the stay has failed to make its request to the Court within the time prescribed by article 8(1) of the Code. In other words, that failure might well constitute, absent strong reasons to the contrary, a significant factor weighing against the granting of a stay.

défense pour demander une suspension d’instance à la Cour. Puisqu’elles n’ont pas demandé une suspension d’instance à l’égard de la demande reconventionnelle, la même question, de par leur propre volonté, aurait entraîné des procédures judiciaires au Canada et un arbitrage aux États-Unis (voir *Russell on the Law of Arbitration*, 19<sup>e</sup> ed. (Londres: Stevens & Sons, 1979), à la page 202). Dans leur demande de suspension de leur propre action, elles ne se sont pas dites prêtes et disposées à faire tout ce qui était nécessaire à la bonne marche de l’arbitrage. Il n’existe aucun endroit «naturel» pour le règlement du litige: l’intimée Fednav, qui dispose véritablement du navire et qui est la défenderesse contractante dans l’action, a son bureau principal à Montréal et c’est de Montréal qu’elle dirige ses opérations; les appelantes comptent une société américaine et une société allemande. Les appelantes n’ont produit aucun élément de preuve sur les avantages et les désavantages respectifs de la procédure judiciaire au Canada et de la procédure arbitrale à New York. La demande ne mentionne pas que les appelantes et les intimés sont tous parties aux modalités du connaissement et de la charte-partie ou qu’ils sont tous liés par ces dernières.

En refusant d’intervenir et d’accorder la suspension demandée, je n’ai pas omis de tenir compte de la décision de cette Cour dans l’arrêt *Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161, où le juge Pratte, J.C.A. a dit, à la page 176, qu’«[e]n règle générale, il est certainement dans l’intérêt de la justice que les engagements conventionnels soient honorés». À mon avis, les facteurs que j’ai énumérés ci-dessus constituent des «motifs impérieux», pour emprunter les termes du juge Pratte, J.C.A., à la page 177, qui invitent la Cour à écarter cette règle et qui permettent de conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste, en l’espèce, de suspendre l’instance. J’aimerais ajouter en passant que les motifs de l’arrêt *Le Seapearl* ont été prononcés avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’arbitrage commercial* et que la règle générale exprimée par le juge Pratte de la Cour d’appel pourrait bien avoir été renversée (en présumant, encore une fois, que la Cour a un pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 50 de la Loi) dans le cas où la partie qui demande la suspension n’a pas présenté sa demande à la Cour dans le délai prescrit à l’article 8(1) du Code. En d’autres termes, le défaut de pré-

senter la demande en temps utile pourrait très bien constituer, en l'absence de motifs sérieux dans le sens contraire, un facteur important jouant contre la suspension.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

MARCEAU J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

<sup>a</sup>

Je rejeterais donc l'appel avec dépens.

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

<sup>b</sup>

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.