

T-1353-81

T-1353-81

Agro Company of Canada Limited, Toshoku America Inc., and Toshoku Ltd. (Plaintiffs)

v.

The Owners and all others interested in the Ship *Regal Scout* and Argonaut Marine Inc. (Defendants)

Trial Division, Walsh J.—Vancouver, April 6 and 12, 1983.

Maritime law — Practice — Motion for stay of proceedings on ground dispute as to liability for damage to cargo to be settled in Japan pursuant to arbitration clause — General endorsement on bill of lading purporting to incorporate all terms and conditions of charter-party — Adoption of consistent British practice of not considering general endorsement on bill of lading sufficient to incorporate arbitration clause — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50(1).

The defendant vessel was chartered from its owner, the defendant company, and subsequently subchartered to the plaintiff Toshoku America Inc. A bill of lading purporting to incorporate, by a general endorsement, all the terms and conditions of the subcharter-party was issued for the voyage during which the plaintiffs' cargo was damaged. The plaintiffs initiated an action for damages in this Court. The defendants present a motion for a stay of proceedings under subsection 50(1) of the *Federal Court Act*, contending that the dispute should be settled by arbitration in Tokyo pursuant to the subcharter-party arbitration clause alleged to have been incorporated in the bill of lading. While there are strong reasons for granting the stay, the issue is whether the arbitration clause has been accepted by the parties as applicable to this contract of carriage.

Held, the motion should be dismissed.

Reading the bill of lading makes it clear that, in spite of the plaintiffs' argument to the contrary, the contract evidenced thereby is between Agro Company of Canada Limited and Argonaut Marine Inc., neither of which has any interest in having the matter litigated in Japan. It is also clear that the charter-party referred to in the bill of lading is the subcharter-party. Although there has been no decision in Canada on the incorporation of arbitration clauses in bills of lading by general terms, it would be wrongful not to adopt what has been consistent practice in Britain in recent years. According to that practice, the general clause in the endorsement on the bill of lading incorporating all the terms, conditions and exceptions of the charter-party does not have the effect of specifically incorporating the arbitration clause which is therefore neither specifically incorporated by the terms of the charter-party itself, nor by the bill of lading. Since the issue of the application of the jurisdiction clause in the bill of lading had not been submitted to the Court, it was decided that it should not be argued at this time, but the defendants' right to invoke it by a new application is preserved.

Agro Company of Canada Limited, Toshoku America Inc., et Toshoku Ltd. (demandereses)

a c.

Propriétaires et autres ayants droit du navire *Regal Scout* et Argonaut Marine Inc. (défendeurs)

b Division de première instance, juge Walsh—Vancouver, 6 et 12 avril 1983.

Droit maritime — Pratique — Requête en sursis d'instance au motif que le litige sur la responsabilité d'une avarie à la cargaison devrait être réglé au Japon en vertu d'une clause compromissoire — Termes généraux du connaissement disant incorporer toutes les modalités de la charte-partie — Adoption de la pratique britannique constante de ne pas considérer une mention générale dans le connaissement comme suffisante pour y incorporer une clause compromissoire — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 50(1).

d Le navire défendeur avait été frété par son propriétaire, la compagnie défenderesse, puis sous-affrété par la demanderesse Toshoku America Inc. Un connaissement, qui devait incorporer, en termes généraux, toutes les conditions de la charte-partie accessoire, fut émis pour le voyage au cours duquel la cargaison des demandereses fut avariée. Les demandereses ont intenté une action en dommages-intérêts en Cour fédérale. Les défendeurs présentent une requête en sursis d'instance en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, soutenant que le litige devrait être réglé par arbitrage à Tokyo conformément à la clause compromissoire de la charte-partie accessoire qui, dit-on, aurait été incorporée dans le connaissement. Quoiqu'il y ait des raisons impérieuses d'accorder le sursis, il s'agit d'abord de savoir si la clause compromissoire a été acceptée par les parties en cause comme s'appliquant au contrat de transport.

Jugement: la requête est rejetée.

g La lecture du connaissement montre clairement qu'en dépit de l'argument des demandereses au contraire, le contrat qu'il constate est intervenu entre Agro Company of Canada Limited et Argonaut Marine Inc. qui, ni l'une ni l'autre, n'ont d'intérêt à ce que l'affaire soit jugée au Japon. Il est clair aussi que la charte-partie mentionnée dans le connaissement est la charte-partie accessoire. Quoiqu'il n'y ait au Canada aucune décision concernant une incorporation des clauses compromissoires dans les connaissements en termes généraux, on aurait tort de ne pas recevoir une pratique britannique relativement uniforme et bien établie depuis quelques années. Selon cette pratique, les termes généraux d'une clause du connaissement incorporant l'ensemble des modalités, conditions et exceptions de la charte-partie n'ont pas pour effet d'incorporer expressément la clause compromissoire qui n'est alors ni expressément incorporée par les stipulations de la charte-partie elle-même ni par le connaissement. Comme la Cour n'avait pas été saisie de l'application éventuelle de la clause attributive de compétence du connaissement, il a été décidé qu'il n'en serait pas débattu, mais les défendeurs conservent le droit de la faire valoir dans une nouvelle demande.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Ship M/V "Seapearl", et al. v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.); *The Rena K*, [1979] 1 All E.R. 397 (Q.B.D.); *The Annefield*, [1971] 1 All E.R. 394 (P.D.A.); *The Emmanuel Colocotronis (No 2)*, [1982] 1 All E.R. 823 (Q.B.D.); *Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; [1922] All E.R. 559 (H.L.); *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.).

CONSIDERED:

Cansulex Limited v. Proteus Shipping Co. Ltd., et al., judgment dated March 31, 1982, Federal Court, Trial Division, T-3023-81, not reported.

REFERRED TO:

Athenee (1922), 11 Ll.L. Rep. 6 (Eng. C.A.).

COUNSEL:

P. J. Lowry for plaintiffs.
D. Brander Smith for defendants.

SOLICITORS:

Ladner Downs, Vancouver, for plaintiffs.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

WALSH J.: UPON motion dated the 30th day of March, 1983 on behalf of the defendant, Argonaut Marine Inc. for an order "staying all proceedings in this action pursuant to Section 50(1) of the Federal Court Act."

REASONS FOR ORDER

This action relates to a shipment of a cargo of feed barley owned by plaintiffs on the ship *Regal Scout* owned by defendant Argonaut Marine Inc., on October 30, 1975 from Vancouver to Otaru and Shiogama, Japan for delivery there to the plaintiff Toshoku Ltd. On arrival it was found to be contaminated by salt water allegedly attributable to negligence on the part of defendant, its servants and employees in failing to make and keep the defendant ship seaworthy and fit for the voyage. It

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Navire M/V «Seapearl», et autres c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago, Chili, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.); *The Rena K*, [1979] 1 All E.R. 397 (Q.B.D.); *The Annefield*, [1971] 1 All E.R. 394 (P.D.A.); *The Emmanuel Colocotronis (No 2)*, [1982] 1 All E.R. 823 (Q.B.D.); *Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; [1922] All E.R. 559 (H.L.); *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Cansulex Limited c. Proteus Shipping Co. Ltd., et autres, jugement en date du 31 mars 1982, Division de première instance de la Cour fédérale, T-3023-81, non publié.

DÉCISION CITÉE:

Athenee (1922), 11 Ll.L. Rep. 6 (C.A. Angl.).

AVOCATS:

P. J. Lowry pour les demandereses.
D. Brander Smith pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Ladner Downs, Vancouver, pour les demandereses.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour les défendeurs.

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

LE JUGE WALSH: Sur requête du 30 mars 1983 présentée au nom de la défenderesse Argonaut Marine Inc. demandant [TRADUCTION] «le sursis d'instance conformément au paragraphe 50(1) de la Loi sur la Cour fédérale.»

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

L'action porte sur une cargaison d'orge de fourrage appartenant aux demandereses, expédiée le 30 octobre 1975 à bord du navire *Regal Scout*, appartenant à la défenderesse Argonaut Marine Inc., de Vancouver à Otaru et Shiogama au Japon pour être livrée à la demanderesse Toshoku Ltd. À son arrivée, on découvrit que la cargaison avait été contaminée par l'eau de mer par le fait, soutient-on, de la négligence de la défenderesse, de ses préposés et employés qui n'avaient pas assuré la

was not until December 31, 1981 that the vessel *Regal Scout* was arrested on entry into Canadian waters at Vancouver and she was released on January 6, 1982 on defendants giving an undertaking in the amount of \$1,400,000 (Can.). Defendants now have filed a conditional appearance seeking a stay of proceedings in this Court contending the dispute should be dealt with by arbitration in Tokyo, Japan.

The vessel was chartered from the defendant, Argonaut Marine Inc. by Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited pursuant to a New York Produce Exchange Charter-party dated March 11, 1974 and was in turn subchartered to plaintiff Toshoku America Inc. pursuant to a Baltimore Berth Grain Charter-party dated July 16, 1975. A bill of lading allegedly incorporating the Baltimore Berth Grain Charter-party was issued for the voyage in question on October 30, 1975.

Clause 17 of the New York Produce Exchange Head Charter-party between the owners, Argonaut Marine Inc. and the charterers Yamashita Shinnihon provides as follows:

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 commercial men.

However, clause 16 of the subcharter-party between Yamashita Shinnihon as disponent owners and Toshoku America Inc. as charterers provides as follows:

Should any dispute arise between Owners and Charterers, the matter in dispute shall be referred to three persons in Tokyo, 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 commercial men.

The bill of lading provides *inter alia* as follows:

All terms, conditions and exceptions of the relative Charter Party are to be deemed incorporated herein, anything to the contrary contained in this Bill of Lading notwithstanding.

The affidavit supporting the motion states that a major issue is the cause of the entry of sea water into the hatches and therefore the condition of the

navigabilité du navire défendeur ni son aptitude à faire le voyage. Ce n'est que le 31 décembre 1981 que le *Regal Scout* a pu être saisi à son entrée dans les eaux canadiennes à Vancouver. La saisie conservatoire fut levée le 6 janvier 1982 contre la fourniture par les défendeurs d'une sûreté de 1 400 000 \$ CAN. Les défendeurs ont produit un acte de comparution conditionnelle, demandant le sursis de l'instance engagée devant notre juridiction, soutenant que le litige devrait être réglé par arbitrage à Tokyo, au Japon.

La défenderesse Argonaut Marine Inc. a frété son navire à Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited en vertu d'une charte-partie du New York Produce Exchange datée du 11 mars 1974, qui à son tour l'a frété à la demanderesse Toshoku America Inc., par une charte-partie de Baltimore Berth Grain, le 16 juillet 1975. Un connaissement, dont on soutient qu'il incorpore la charte-partie de Baltimore Berth Grain, fut émis pour le voyage en cause le 30 octobre 1975.

La clause 17 de la charte-partie du New York Produce Exchange, conclue entre le propriétaire, Argonaut Marine Inc., et les affrêteurs, Yamashita Shinnihon, stipule:

[TRADUCTION] Au cas de litige entre les propriétaires et les affrêteurs, le différend sera renvoyé à trois arbitres à Londres, chaque partie en nommant un et le troisième étant choisi par les deux premiers; leur décision ou celle de deux d'entre eux sera définitive et, afin de rendre la sentence exécutoire, la présente stipulation sera considérée comme une règle de cour. Les arbitres seront des commerçants.

Mais la clause 16 de la charte-partie conclue par Yamashita Shinnihon, sous-fréteur, et Toshoku America Inc., sous-affréteur, stipule:

[TRADUCTION] Tout différend survenant entre les propriétaires et les affrêteurs sera réglé par trois personnes à Tokyo, chaque partie en nommant une, la troisième étant choisie par les deux premières; leur décision, ou celle de deux d'entre elles, sera définitive et, afin de rendre la sentence exécutoire, la présente stipulation sera considérée comme une règle de cour. Les arbitres seront des commerçants.

Le connaissement stipule notamment:

[TRADUCTION] Toutes les modalités, conditions et exceptions de la charte-partie pertinente sont incorporées aux présentes malgré toute stipulation contraire du présent connaissement.

L'affidavit qui appuie la requête déclare qu'un point majeur du litige est la cause de l'entrée de l'eau de mer par les écoutes et donc l'état du

vessel. A survey was carried out for the renewal of the International Load Line Certificate in Japan on May 22, 1975 and a further survey in the form of a special periodical survey was carried out in Japan on July 22, 1975. The evidence relating to these surveys would presumably be used by defendants to rebut any proof made by plaintiffs as to the unseaworthiness of the vessel, having been made within six months prior to the voyage in question.

At discharge at Otaru and Shiogama the cargo was surveyed in Japan to ascertain the damages and it is further contended that aggravation of damage occurred to a portion of the cargo stored in the open on the wharf in Otaru which was inadequately protected by a tarpaulin from snow, rain and birds. It is also suggested that in addition to the survey, lay witnesses in Japan might be able to give evidence relating to the portion of the cargo on the dock at Otaru. It is stated in the Japanese *Carriage of Goods By Sea Act* which incorporates the Hague Rules and is interpreted in a similar manner to the Canadian *Carriage of Goods by Water Act* [R.S.C. 1970, c. C-15], both plaintiff Toshoku Ltd. and Yamashita Shinnihon, which is not a party to the proceedings at this stage in any event, are companies resident in Japan, the plaintiff Toshoku America Inc. being an American branch of Toshoku Ltd., controlled from Tokyo. The plaintiffs' counsel concedes that there is no real reason why it should have been made a plaintiff, having no direct interest in the proceedings, and that if this became an issue he would be prepared to amend so that Toshoku America Inc. would withdraw as a plaintiff.

Defendants confirm that the letter of undertaking of January 6, 1982, posted in Vancouver would stand as security for any arbitration award in the Japanese proceedings and that in any Tokyo arbitration defendant Argonaut Marine Inc. will not rely upon any time-bar defences which it could not raise in litigation proceedings in Vancouver.

It is further stated in the affidavit that if proceedings herein were to proceed, defendant Argonaut Marine Inc. would apply to the Court to

navire. Le navire avait été inspecté aux fins du renouvellement du certificat international de lignes de charge au Japon le 22 mai 1975 et de nouveau, aux fins d'une inspection spéciale périodique, le 22 juillet 1975, au Japon également. On peut supposer que les défendeurs feront valoir les preuves réunies au cours de ces inspections pour répondre à toute tentative des demanderesse de démontrer l'innavigabilité du navire puisque ces inspections ont été faites dans les six mois qui ont précédé le voyage en cause.

Au moment du déchargement à Otaru et à Shiogama (Japon), la cargaison a été inspectée pour établir l'étendue des dommages et on soutient qu'une partie de la cargaison a subi un dommage supplémentaire du fait de son stockage à ciel ouvert sur le quai d'Otaru, sans protection adéquate par bâche contre la neige, la pluie et les oiseaux. On fait aussi valoir qu'outre les experts, des témoins ordinaires pourraient témoigner au Japon sur l'état de la partie de la cargaison entreposée à quai à Otaru. La Loi japonaise sur le transport des marchandises par mer incorpore les Règles de la Haye et est interprétée d'une manière semblable à la *Loi sur le transport des marchandises par eau* [S.R.C. 1970, chap. C-15] canadienne. Tant la demanderesse Toshoku Ltd. que Yamashita Shinnihon, qui n'est pas partie à l'instance en cet état de la cause, sont résidentes au Japon, la demanderesse Toshoku America Inc. étant une filiale de Toshoku Ltd., directement contrôlée de Tokyo. L'avocat des demanderesse reconnaît qu'il n'y avait aucun motif valable de la constituer partie demanderesse puisqu'elle n'a aucun intérêt direct en l'instance; au cas de contestation, il serait prêt à modifier la demande de façon à ce que Toshoku America Inc., ne soit plus constituée demanderesse.

Les défendeurs confirment que la lettre de garantie du 6 janvier 1982 donnée à Vancouver est caution de toute sentence arbitrale japonaise et que la défenderesse Argonaut Marine Inc. n'opposera pas dans un arbitrage tenu au Japon les défenses de prescription qu'elle ne pourrait pas soulever dans une instance engagée à Vancouver.

L'affidavit dit aussi que si la présente instance devait suivre son cours, la défenderesse Argonaut Marine Inc. demanderait à la Cour de mettre en cause l'affréteur Yamashita Shinnihon.

add the charterer Yamashita Shinnihon to these proceedings.

In seeking the stay defendants contend that the damage was ascertained in Japan and all the evidence relating to it will be from witnesses there and that plaintiffs will suffer no prejudice by the stay as defendants have given many extensions of time to plaintiffs within which to institute proceedings which were not instituted until March 5, 1981 and although the vessel was arrested on December 31, 1981, it was not until January 26, 1983 that plaintiffs took any further steps by writing demanding a defence be filed. It was pointed out that although the head charter called for arbitration in London, England, it is in the subcharter to Toshoku America Inc., one of the plaintiffs, that the parties changed the clause, now calling for arbitration in Tokyo and that this was done deliberately, Toshoku Ltd. being the parent company which controls Toshoku America Inc., which is merely its office in New York and it being evident that it preferred arbitration in Tokyo to arbitration in London. Moreover, as defendants contend, paragraph 3 of the bill of lading covering the shipment states:

Jurisdiction

Any dispute arising under this Bill of Lading shall be decided in the Tokyo District Court in Japan according to Japanese law, except only as otherwise agreed herein or as otherwise determined by controlling foreign law.

This bill of lading has an endorsement on the face of it, reading as follows:

All terms, conditions and acceptance of the relative charter-party are to be deemed incorporated herein, anything to the contrary contained in this bill of lading notwithstanding.

This was issued to Agro Company of Canada Limited as shipper by Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited through its agents.

The jurisprudence relating to stay of proceedings to admit arbitration to be held was examined at some length in the case of *Cansulex Limited v. Proteus Shipping Co. Ltd., et al.*, judgment dated March 31, 1982, Federal Court, Trial Division, T-3023-81, not reported. In it reference was made to the principle set out by Mr. Justice Brandon in

En demandant le sursis, les défendeurs soutiennent que le dommage a été constaté au Japon, que l'ensemble des preuves réunies sera administré par des témoins se trouvant au Japon et que les demanderessees ne subiront aucun préjudice du fait du sursis puisque les défendeurs ont accordé plusieurs prorogations de délais aux demanderessees pour leur permettre d'engager la procédure, laquelle n'a été instituée que le 5 mars 1981. Quoique le navire ait été saisi le 31 décembre 1981, les demanderessees ont attendu le 26 janvier 1983 pour passer à l'étape suivante en demandant par écrit la production d'une défense. On a souligné que si la charte principale stipule l'arbitrage en Angleterre, à Londres, c'est la charte subsidiaire consentie à Toshoku America Inc., l'une des demanderessees, qui modifie cette clause pour prévoir un arbitrage à Tokyo; cette modification a été faite délibérément; Toshoku Ltd. est la société mère qui contrôle Toshoku America Inc., simple succursale de New York; l'arbitrage à Tokyo a été de toute évidence préféré à un arbitrage à Londres. En outre, comme le soutiennent les défendeurs, le paragraphe 3 du connaissement émis pour cette cargaison stipule:

[TRADUCTION] Attribution de compétence

Tout litige survenant à propos du présent connaissement sera soumis à la Cour de district de Tokyo au Japon conformément au droit japonais, sauf stipulation contraire des présentes ou d'une loi étrangère applicable.

Le connaissement comporte la mention suivante au recto:

[TRADUCTION] Toutes les modalités, conditions et exceptions de la charte-partie pertinente sont incorporées aux présentes malgré toute stipulation contraire du présent connaissement.

Le connaissement a été émis au chargeur, Agro Company of Canada Limited, par les agents de Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited.

La jurisprudence portant sur les sursis d'instance afin de permettre le recours à un arbitrage a été étudiée assez longuement dans l'affaire *Cansulex Limited c. Proteus Shipping Co. Ltd., et autres*, jugement en date du 31 mars 1982, Division de première instance de la Cour fédérale, T-3023-81, non publié. On y fait référence aux

the case of *The Eleftheria*¹ where he stated at page 242:

The principles established by the authorities can, I think, be summarized as follows: (1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

At page 7 of the unreported judgment in the *Cansulex* case it is stated:

I believe that the jurisprudence is consistent to the effect that arbitration clauses should be applied unless as a matter of convenience or in order to obtain a more just determination of the proceedings they should be brought in a court elsewhere, but the burden is on the party seeking a judicial determination in court rather than determination by arbitration proceedings to establish why this would be preferable.

The word "convenience" is perhaps not entirely accurate in view of the majority decision in the as yet unreported judgment of Federal Court of Appeal in *The Ship M/V "Seapearl", et al. v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 in which Pratte J., rendering the majority judgment stated at pages 176 and 177:

In other words, the Judge decided on a mere balance of convenience. In so doing, the learned Judge applied what I

principes qu'énonçait M. le juge Brandon dans l'affaire *The Eleftheria*¹, à la page 242:

[TRADUCTION] Les principes établis par la jurisprudence peuvent à mon avis être résumés de la manière suivante: (1) lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d'une entente selon laquelle les différends seraient renvoyés à un tribunal étranger, et que les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n'est pas tenu d'accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu'on ne démontre qu'il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment mais sans préjudice du (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées: a) dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de faits, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais ou les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou prennent-ils seulement avantage des procédures? e) Les demandeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire appliquer tout jugement obtenu; (iii) parce qu'il y aurait une prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable.

À la page 7 du jugement *Cansulex*, non publié, on dit:

Je crois qu'il est de jurisprudence constante que les clauses compromissoires doivent en principe être appliquées à moins qu'il ne soit plus commode ou plus juste d'engager une instance devant une autre juridiction, mais alors c'est à la partie qui désire une instance judiciaire plutôt qu'arbitrale que revient la charge de démontrer qu'elle serait préférable.

«Commode» n'est peut-être pas le mot juste si l'on a en mémoire l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale *Navire M/V "Seapearl", et autres c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago, Chili*, [1983] 2 C.F. 161, où le juge Pratte, pour la majorité, disait aux pages 176 et 177:

En d'autres mots, le juge s'est fondé pour statuer sur la simple balance des inconvénients. Ce faisant, il a appliqué un principe

¹ [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.).

¹ [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.).

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 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 [*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.)] and in the United States [*Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederee G.M.B.H. (The Chaparral)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.)] that is also, in my opinion, the principle that should be applied in this Court.

In his dissenting judgment Chief Justice Thurlow [at page 168] refers to the proper criterion as having variously been characterized as

... a "strong" [*The "Fehmarn"*, [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.) per Willmer J. at p. 514], or "exceptional" [*YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.) per Denning L.J. at p. 481] case or a case in which there was a "strong balance of argument" [*The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.) per Brandon J. at p. 112] in favour of permitting the action to proceed ...

He also cites the case of the *Athenee* (1922), 11 Ll.L. Rep. 6 (Eng. C.A.), as an example of a case justifying the refusal of a stay.

Applying this most recent jurisprudence in this Court I would conclude that there are "strong reasons" for granting a stay on the facts of this case assuming, of course, that the arbitration clause has been accepted by the parties as applicable to this contract of carriage, which plaintiffs contend it has not. On the facts plaintiffs point out that neither plaintiff Agro Company of Canada Limited nor defendant Argonaut Marine Inc. are Japanese companies and that with respect to the evidence of the load line survey and the special periodical survey of the vessel made in Japan, this evidence would only become pertinent in the event that there is evidence to the effect that water entered into the hold during the voyage as the result of some defect in the vessel. They further contend that it is not unusual in cargo shipments from a Canadian port such as Vancouver to Japan or elsewhere to have the action heard in Canada

erroné selon moi. *A priori*, une requête en sursis d'instance engagée en Cour fédérale, contrairement à l'engagement de soumettre le litige à 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 [*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.)] et aux États-Unis [*Zapata Offshore Co. v. The "Bremen" and Unterweser Reederee G.M.B.H. (The Chaparral)*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 315 (U.S. Sup. Ct.)]; c'est aussi à mon avis le principe que doit appliquer notre juridiction.

d Dans son opinion dissidente, le juge en chef Thurlow rappelle [à la page 168] que le critère applicable a été diversement qualifié:

... «d'impérieux» [*The "Fehmarn"*, [1957] 1 Lloyd's Rep. 511 (P.D.A.)], le juge Willmer à la p. 514], «d'exceptionnels» [*YTC Universal Ltd. v. Trans Europa*, [1973] 1 Lloyd's Rep. 480 (C.A.)], le lord juge Denning à la p. 481] ou de cas où [TRADUCTION] «le poids des arguments penche fortement» [*The "Adolf Warski" and The "Sniadecki"*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 107 (Q.B.)], le juge Brandon à la p. 112] en faveur d'autoriser l'action à suivre son cours ...

f Il cite aussi l'affaire navire *Athenee* (1922), 11 Ll.L. Rep. 6 (C.A. An gl.), la donnant comme exemple d'un cas où le refus du sursis était justifié.

Appliquant cette jurisprudence très récente de notre juridiction, je conclus qu'il y a des raisons «impérieuses» d'accorder le sursis dans le cas d'espèce pourvu bien sûr que la clause compromissoire soit acceptée par les parties en cause comme s'appliquant au contrat de transport; or les demanderesse soutiennent le contraire. S'appuyant sur les faits, elles rappellent que ni la demanderesse Agro Company of Canada Limited, ni la défenderesse Argonaut Marine Inc. ne sont des sociétés japonaises et qu'en ce qui concerne l'inspection de la ligne de charge et l'inspection spéciale périodique du navire au Japon, les preuves en résultant ne deviendraient pertinentes que s'il était démontré que l'eau a atteint la cale pendant le voyage par suite de quelque vice du bâtiment. Elles soutiennent aussi qu'il n'est pas inhabituel que des cargaisons en provenance d'un port canadien comme Vancouver et destinées au Japon ou ailleurs à

even if cargo damage is only ascertained on arrival in Japan or other foreign country, and that the fact that the surveyor who surveyed the damage is in Japan would not be a serious obstacle to a trial in Vancouver. It was also pointed out, and I agree, that the paragraph in the supporting affidavit referring to the possibility of there being lay witnesses who could give evidence in Japan about the portion of the cargo which was damaged on the docks in Otaru is vague and indefinite and insufficient to indicate that any such witnesses will be available or required to testify in Japan. On the other hand, it is evident that Toshoku Ltd. who subchartered the vessel from Yamashita Shinnihon and the latter company would prefer arbitration in Tokyo and certainly most of the evidence would be more readily available there, where the damage was ascertained and that the proceedings there would be less costly, and apparently, in view of the undertakings with respect to the security and the waiver of any time-bar defence which could not be raised here, would not be prejudicial to plaintiffs. The bill of lading itself is the Japanese form of Yamashita Shinnihon and while signed by Toshoku America Inc., as has been pointed out they are merely American agents of Toshoku Ltd. which is the interested plaintiff along with Agro Company of Canada Limited. The statement of claim states that the "plaintiffs" were at all times material the owners of the cargo and the bill of lading under the heading Consignee and Notify Party states "order of shipper/NFY Toshoku Ltd. Tokyo, Japan".

Paragraph 3 of the bill of lading reads as follows:

Any dispute arising under this Bill of Lading shall be decided in the Tokyo District Court in Japan according to Japanese law, except only as otherwise agreed herein or as otherwise determined by controlling foreign law.

The question of whether the endorsement already referred to incorporating the terms of the "relative charter-party" overcomes this is one which I will deal with below in considering plaintiffs' other arguments in opposing the stay, but whether it is effective or not, reference in the bill of lading to the Tokyo District Court in Japan is further indication of the intent of the parties to have any disputes dealt with in Japan.

l'étranger fassent l'objet d'une action au Canada même si le dommage à la cargaison n'est établi qu'à l'arrivée. Le fait que l'expert qui a constaté l'avarie se trouve au Japon ne serait pas un obstacle sérieux à un procès à Vancouver. On a aussi rappelé, et je partage cet avis, que l'alinéa de l'affidavit indiquant que des témoins ordinaires pourraient vraisemblablement déposer au Japon relativement à la partie de la cargaison qui a été endommagée sur les quais d'Otaru est vague et ambigu; et cette affirmation ne permet pas de conclure que des témoins de ce genre seront cités et pourront témoigner au Japon. En revanche, il est évident que Toshoku Ltd., qui a sous-affrété le navire à Yamashita Shinnihon, ainsi que cette dernière compagnie préféreraient un arbitrage à Tokyo; il est certain que la plupart des preuves seraient plus faciles à réunir là où le dommage a été établi; l'instance serait moins onéreuse et apparemment, les demanderessees ne subiraient pas de préjudice vu les sûretés fournies et la renonciation à toute défense de prescription qui ne pourrait être soulevée ici. Le connaissement lui-même est une formule japonaise de Yamashita Shinnihon et, quoiqu'il ait été signé par Toshoku America Inc., il ne s'agit, comme on l'a rappelé, que des agents américains de Toshoku Ltd., la vraie demanderesse intéressée, au même titre qu'Agro Company of Canada Limited. La déclaration dit que les «demanderessees» étaient, à tout moment pertinent, propriétaires de la cargaison et le connaissement, sous les rubriques «consignataires» et «Partie notifiée», indique [TRADUCTION] «commande de l'expéditeur/NFY Toshoku Ltd., Tokyo, Japon».

Voici l'alinéa 3 du connaissement:

[TRADUCTION] Tout litige survenant à propos du présent connaissement sera soumis à la Cour de district de Tokyo au Japon conformément au droit japonais, sauf stipulation contraire des présentes ou d'une loi étrangère applicable.

Quant à savoir si l'annotation précitée stipulant l'incorporation des termes de la «charte-partie pertinente» prévaut sur cette stipulation, j'en traiterai plus loin en même temps que des autres arguments que font valoir les demanderessees pour s'opposer au sursis; mais, de toute façon, la mention dans le connaissement de la Cour de district de Tokyo constitue une autre indication de l'intention des parties de voir tout litige réglé au Japon.

I therefore conclude that on the facts plaintiffs have failed to show "strong reasons" sufficient to support a conclusion that it would not be reasonable or just to arbitrate the matter in Japan, if, in fact, this is what the parties contracted to do and hence to stay the proceedings here.

However, this is by no means the sole issue raised by plaintiffs in opposing the stay as they contend that plaintiffs never agreed to any such condition, nor, if they did, was it properly incorporated in the bill of lading. Extensive reference was made to British jurisprudence in this connection plaintiffs' counsel indicating that he had been unable to find any Canadian case directly on point. Plaintiffs' counsel contends that plaintiff Agro Company of Canada Limited, the shipper, never agreed either expressly or by implication to arbitration whether in Tokyo or London and that there is no contract between it and defendant Argonaut Marine Inc., owners of the ship *Regal Scout*, the contract as represented by the bill of lading being between it and Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited. However, paragraph 35 of the bill of lading reads as follows:

35. (Identity of Carrier) This contract evidenced by this Bill of Lading is between the shipper and the owner or demise charterer, as the case may be, of the vessel named herein (or substitute) and it is therefore agreed that said shipowner or demise charterer only shall be liable for any damage or loss due to any breach or non-performance of any obligation arising out of the contract of carriage, whether or not relating to the vessel's seaworthiness. If, despite the foregoing, it is adjudged that any other is liable as carrier and/or bailee of the goods shipped hereunder, then all rights, exemptions, immunities or limitation of, and exoneration from, liability provided for by law or by this Bill of Lading shall be available to such other.

It is further understood that as the line, company or agents who has executed this Bill of Lading for and on behalf of the Master is not a principal in the transaction, said line, company or agents shall not be under any liability arising out of the contract of carriage, nor as carrier nor bailee of the goods.

Since Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited is not a demise charterer, the contract evidence by the bill of lading is between plaintiff Agro Company of Canada Limited and defendant, Argonaut Marine Inc., neither of whom has any interest in having the matter litigated in Japan.

Je conclus donc d'après les faits que les demanderessees n'ont pas réussi à établir quelque raison «impérieuse» permettant de conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste de soumettre l'affaire à un arbitrage au Japon, si c'est bien là ce dont les parties étaient convenues, et donc de sursoir à l'instance en cause.

Mais ce n'est nullement là l'unique point que soulèvent les demanderessees lorsqu'elles s'opposent au sursis; elles soutiennent qu'elles n'ont jamais donné leur accord à une telle condition et que celle-ci n'a pas été régulièrement incorporée au connaissement. On a abondamment cité la jurisprudence britannique à cet égard, l'avocat des demanderessees ayant affirmé avoir été incapable de trouver un précédent canadien directement applicable. L'avocat des demanderessees soutient que la demanderesse Agro Company of Canada Limited, le chargeur, n'a jamais convenu, ni expressément ni tacitement, d'un arbitrage, à Tokyo ou à Londres, et qu'il n'existe aucun contrat la liant à la défenderesse Argonaut Marine Inc., la propriétaire du navire *Regal Scout*, le contrat que constaterait le connaissement n'étant intervenu qu'entre elle et Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited. Cependant, l'alinéa 35 du connaissement dit:

[TRADUCTION] 35. (Identité du transporteur) Le présent contrat que constate le présent connaissement est conclu entre le chargeur et le propriétaire ou affrèteur coque nue, selon le cas, du navire désigné aux présentes (ou son substitut) et il est ainsi convenu que ledit propriétaire ou affrèteur coque nue sera seul responsable de tout dommage ou avarie résultant d'une violation ou de l'inexécution d'une obligation née du contrat de transport, qu'elle ait ou non rapport à la navigabilité du bâtiment. S'il advient, en dépit de ce qui précède, qu'il soit jugé qu'un autre est responsable à titre de transporteur ou de caution des marchandises expédiées sur la foi des présentes, il bénéficiera de tous les droits, exemptions, immunités, limitations ou exonérations de responsabilité prévues par la loi ou le présent connaissement.

Il est en outre bien entendu qu'étant donné que la ligne, la compagnie ou les agents signataires du présent connaissement pour et au nom du maître ne sont pas parties à l'accord, lesdits agents, lignes ou compagnies n'encourent aucune responsabilité aux termes du contrat de transport que ce soit à titre de transporteur ou de caution des marchandises.

Comme Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited n'est pas affrèteur coque nue, les parties au contrat que constate le connaissement sont la demanderesse Agro Company of Canada Limited et la défenderesse Argonaut Marine Inc., qui, ni l'une ni l'autre, n'ont d'intérêt à ce que l'affaire soit jugée au Japon.

Moreover, plaintiffs contend that the words "the relative charter-party" in the endorsement on the face of the bill of lading incorporating the terms and conditions of the charter-party notwithstanding anything to the contrary in the bill of lading, are ambiguous and might just as well refer to the head charter-party calling for arbitration in London as to the subcharter calling for arbitration in Tokyo. I find little merit in this argument, however, since, as Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited was one of the parties to the bill of lading undertaking the carriage for Agro Company of Canada Limited to be delivered to Toshoku Ltd. in Tokyo, it is evident that the charter-party to which reference is made must be the subcharter between Yamashita Shinnihon and Toshoku Ltd.'s New York agents, Toshoku America Inc. While the wording is not as clear as it might be, this would be the only charter-party in which the parties are interested. It is in this charter-party in which reference to arbitration in London was specifically struck out so as to insert the word "Tokyo". It is of interest to note that it was entered into in Tokyo on July 16, 1975.

Plaintiffs argue further, however, that this general endorsement is not specific enough to bring into play the arbitration clause 16 in the subcharter-party. It is in this connection that the British jurisprudence is referred to. Plaintiffs make four points in connection with this argument.

1. General words of incorporation in a bill of lading are apt to incorporate only those charter-party clauses which are directly germane to the subject matter of the bill of lading which deals with the shipment, carriage and delivery of goods.

2. Explicit words of incorporation in the bill of lading or the charter-party are required to incorporate any charter-party clauses which are not directly germane.

3. The arbitration clause is not directly germane to the subject matter of the bill of lading governing only settlement of disputes between the owners and charterers and not claims from the shipment, carriage or delivery of goods.

De plus, les demandereses font valoir que les termes [TRADUCTION] «la charte-partie pertinente» de la mention portée au recto du connaissement, qui y incorpore les modalités et conditions de la charte-partie indépendamment de toute clause contraire de celui-ci, sont ambigus et peuvent tout aussi bien renvoyer à la charte-partie principale qui prévoit un arbitrage à Londres qu'à la charte-partie accessoire qui le prévoit à Tokyo. Mais cet argument ne me semble pas convaincant. Puisque Yamashita Shinnihon Steamship Company Limited est l'une des parties contractantes du connaissement, s'engageant à transporter la cargaison pour Agro Company of Canada Limited et à la livrer à Toshoku Ltd. à Tokyo, il est évident que la charte-partie visée doit être la charte-partie accessoire, conclue entre Yamashita Shinnihon et les agents newyorkais de Toshoku Ltd., Toshoku America Inc. Le texte n'est pas aussi clair qu'il pourrait l'être, mais c'est là l'unique charte à laquelle les parties soient parties intéressées. C'est dans cette charte que l'on a expressément rayé la clause compromissoire londonienne pour y insérer le terme «Tokyo». Il faut noter qu'elle a été signée le 16 juillet 1975 à Tokyo.

Cependant les demandereses soutiennent que cette mention générale n'est pas suffisamment précise pour faire jouer la clause compromissoire n° 16 de la charte-partie subsidiaire. C'est à ce sujet que l'on renvoie à la jurisprudence britannique. L'argumentation de la demanderesse comporte quatre points.

1. L'incorporation en termes généraux dans un connaissement ne permet d'incorporer que les clauses d'une charte-partie qui se rapportent directement au sujet du connaissement, lequel traite d'expédition, de transport et de livraison de marchandises.

2. Il faut une incorporation en termes exprès dans le connaissement ou la charte-partie pour qu'y soient incorporées des clauses ne s'y rapportant pas directement.

3. La clause compromissoire ne porte pas directement sur l'objet du connaissement car elle régit le règlement des litiges entre propriétaires et affrèteurs et non les réclamations nées de l'expédition, du transport ou de la livraison des marchandises.

4. An arbitration clause can only be incorporated if one of two conditions are present:

- (a) it is expressly incorporated,
- (b) it is explicitly stated in the charter-party that the arbitration clause is to be incorporated in the bill of lading.

In this connection reference was made to *Halsbury*, 3rd ed., Vol. 35, No. 514, dealing with incorporation of the charter-party in the bill of lading where it is stated:

514. Where contract to be found. As between the shipowner and the charterer, the contract of carriage is contained in the charterparty in the absence of an agreement to vary it by the bill of lading or otherwise; as regards other persons, it is prima facie, to be found in the bill of lading. The terms of the charterparty are not as such binding either on the shipper, where he is not the charterer, or on the consignee or endorsee of the bill of lading, whether he knows of its existence or not.

And again, under the same number:

The terms of the charterparty may, however, be incorporated in the bill of lading by express reference, and in this case they become terms of the contract contained in the bill of lading, capable of being enforced by or against the shipper, consignee, or endorsee as the case may be.

Under No. 515 we find the statement:

Liens for demurrage at the port of loading or for dead freight may also be incorporated. On the other hand, conditions such as, for instance, arbitration clauses, or cesser clauses, which are intended to relate solely to the contract between the charterer and the shipowner, and thus are not applicable to a bill of lading at all, are inoperative.

In support of this reference was made to the case of *The Rena K²* in which Brandon J. states at page 404:

A long series of authorities has established that, where a charterparty contains an arbitration clause providing for arbitration of disputes arising under it, general words in a bill of lading incorporating into it all the terms and conditions, or all the terms, conditions and clauses, of such charterparty, are not sufficient to bring such arbitration clause into the bill of lading so as to make its provisions applicable to disputes arising under that document: see *Hamilton v Mackie & Sons Ltd.* ((1889) 5 TLR 677), *T.W. Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC 1), *The Njegos* ([1936] P 90, [1935] All ER Rep 863), *The Phonizien* ([1966] 1 Lloyd's Rep 150) and *The Annefield* ([1971] 1 All ER 394, [1971] P 160).

By contrast it has been held that, where an arbitration clause in a charter-party provides for arbitration of disputes arising

4. Une clause compromissoire ne peut être incorporée que si une des deux conditions suivantes est remplie:

- a) l'incorporation est expresse;
- b) la charte-partie stipule expressément que la clause compromissoire sera incorporée au connaissement.

À cet égard, on cite *Halsbury*, 3^e éd., vol. 35, n^o 514, qui traite de l'incorporation d'une charte-partie dans un connaissement:

[TRADUCTION] 514. Où trouver le contrat. Entre l'armateur et l'affrètement, le contrat de transport est contenu dans la charte-partie sauf convention de la modifier par connaissement ou autrement; quant aux autres parties contractantes, c'est en principe le connaissement qui constate le contrat. Les conditions de la charte-partie ne lient donc ni le chargeur, lorsqu'il n'est pas affrètement, ni le consignataire ou endosseur du connaissement, qu'ils en connaissent ou non l'existence.

Et plus loin, au même numéro:

[TRADUCTION] Les stipulations de la charte-partie peuvent cependant être incorporées au connaissement par renvoi exprès; elles font alors partie intégrante du contrat que constate le connaissement et elles sont opposables, selon le cas, au chargeur, au consignataire ou à l'endorseur, qui peuvent aussi s'en prévaloir.

Puis au numéro 515:

[TRADUCTION] Il peut aussi y avoir incorporation de privilèges pour les staries au port d'embarquement ou pour faux fret. Par ailleurs, d'autres stipulations, comme les clauses compromissoires ou les clauses de non-exécution, que l'on veut lier uniquement au contrat intervenu entre l'affrètement et l'armateur, et qui donc ne sont nullement applicables au connaissement, sont inopérantes.

On a cité à l'appui de cela l'affaire *The Rena K²* dans laquelle le juge Brandon dit à la page 404:

[TRADUCTION] Une jurisprudence constante a établi que lorsqu'une charte-partie comporte une clause compromissoire stipulant l'arbitrage des litiges à son sujet, l'incorporation en termes généraux dans un connaissement de toutes ses conditions ou de toutes ses modalités, conditions et clauses ne suffit pas à inclure la clause compromissoire dans le connaissement et à la rendre applicable au litige survenant à son sujet: voir *Hamilton v Mackie & Sons Ltd.* ((1889) 5 TLR 677), *T.W. Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC 1), *The Njegos* ([1936] P 90, [1935] All ER Rep 863), *The Phonizien* ([1966] 1 Lloyd's Rep 150) et *The Annefield* ([1971] 1 All ER 394, [1971] P 160).

En revanche, la clause compromissoire d'une charte-partie qui stipule l'arbitrage des litiges survenant non seulement à son

² [1979] 1 All E.R. 397 (Q.B.D.).

² [1979] 1 All E.R. 397 (Q.B.D.).

not only under the charter-party itself but also under any bill of lading issued pursuant to it general words of incorporation in such a bill of lading of the kind referred to above are sufficient to bring in the arbitration clause so as to make it applicable to disputes arising under that bill of lading: see *The Merak* ([1965] 1 All ER 230, [1965] P 223).

In the authorities mentioned above a distinction has been drawn between clauses in the relevant charterparty which are directly germane to the shipment, carriage and delivery of the goods covered by the bill of lading and other clauses which are not directly germane to such matters.

In that case bills of lading contained clauses incorporating all the terms, clauses, conditions and exceptions of the charter-party including, by express description, the arbitration clause contained in the latter contract. Reference was made to the judgment of Lord Denning M.R. in *The Annefield*³ which at page 406 makes a distinction between the jurisprudence in which the words incorporating the words of the charter in the bill of lading were general words and the case before him in which there were added to the general words of incorporation the further specific words "including the arbitration clause".

In the case of *The Emmanuel Colocotronis (No 2)*⁴ the judgment again refers at page 832 to the judgment of Brandon J. in *The Rena K*, specifically citing the passage to which reference has been made (*supra*). The learned judge goes on to state:

I respectfully follow and adopt that passage. It accords with *The Northumbria*, *The Merak* and dicta that I have cited from *The Annefield*. Counsel for the receivers submits that the word "conditions" does not come within the term "general words" there used. In my judgment the contrast is between general words and specific words, and "conditions" is clearly a general word in the context.

In *The Annefield (supra)*, Lord Denning stated at page 406:

Applying this test, it is clear that an arbitration clause is not directly germane to the shipment, carriage and delivery of goods. That appears from the decision of the House of Lords in *Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC 1). It is, therefore, not incorporated by general words in the bill of lading. If it is to be incorporated, it must be either by express words in the bill of lading itself (e.g. if there were added in this case: "including the arbitration clause as well as the negligence clause"), or by express words in the charterparty itself (as indeed happened in *The Merak* ([1965] 1 All ER 230, [1965] P 223) where the words were: "Any dispute arising out of this charter or any bill of lading issued hereunder"). If it is desired

sujet mais aussi au sujet de tout connaissance émis sur son fondement peut être incorporée dans ce connaissance en des termes généraux du genre précité et être applicable au litige survenant sous le connaissance: voir *The Merak* ([1965] 1 All ER 230, [1965] P 223).

La jurisprudence précitée distingue les clauses de la charte-partie qui portent directement sur l'expédition, le transport et la livraison de la marchandise visée par le connaissance des autres clauses qui ne portent pas directement sur ces sujets.

Dans cette espèce, les connaissances comportaient des clauses d'incorporation de l'ensemble des modalités, clauses, conditions et exceptions de la charte-partie y compris, expressément, la clause compromissoire de ce dernier contrat. On a cité l'arrêt *The Annefield*³ où lord Denning, maître des rôles, distingue à la page 406 la jurisprudence traitant de l'incorporation des termes d'une charte dans un connaissance en termes généraux, de l'espèce dont il était saisi, où étaient ajoutés à ces termes généraux d'incorporation les termes exprès: [TRADUCTION] «y compris la clause compromissoire».

Dans l'affaire *The Emmanuel Colocotronis (No 2)*⁴, le jugement se réfère à nouveau à la page 832 au jugement du juge Brandon dans l'affaire *The Rena K*, citant expressément le passage susmentionné. Le juge poursuit:

[TRADUCTION] Avec déférence, je souscris à cette analyse. Elle est en accord avec les affaires *The Northumbria*, *The Merak* et les *obiter dicta* que j'ai tirés de l'affaire *The Annefield*. Les avocats des séquestres font valoir que le terme «conditions» ne saurait être considéré comme un des «termes généraux», dont on se sert. Selon moi, on veut opposer termes généraux et termes spécifiques et le terme «conditions» est manifestement un terme général dans ce contexte.

Dans l'affaire *The Annefield* (précitée), lord Denning dit à la page 406:

[TRADUCTION] Appliquant ce critère, il est clair qu'une clause compromissoire ne porte pas directement sur une question d'expédition, de transport ou de livraison de marchandises. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Chambre des lords *Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC 1). Elle n'est donc pas incorporée au connaissance par des termes généraux. Pour être incorporée, elle doit l'être soit en termes exprès dans le connaissance (c'est-à-dire en ajoutant dans le cas d'espèce «y compris la clause compromissoire de même que la clause de négligence»), soit, toujours en termes exprès, dans la charte-partie (comme ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire *The Merak* ([1965] 1 All ER 230, [1965] P 223) où avait été

³ [1971] 1 All E.R. 394 (P.D.A.).

⁴ [1982] 1 All E.R. 823 (Q.B.D.).

³ [1971] 1 All E.R. 394 (P.D.A.).

⁴ [1982] 1 All E.R. 823 (Q.B.D.).

to bring in an arbitration clause, it must be done explicitly in one document or the other. As Lord Loreburn LC said in *Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC at 6):

“... if it is desired to put upon the holders of a bill of lading an obligation to arbitrate because that obligation is stated in the charter-party, it must be done explicitly.”

In this case the words in the charterparty are “any disputes under this contract”. Those words, in this context, meant: “under this charterparty contract.” They do not include the bill of lading contract. In any case they are not so explicit as to bring in disputes under the bill of lading.

While it is true that in the present case clause 16 does not include the words “any dispute under this contract” I question whether the absence of these words would result in a different finding as to the necessity of including this clause in the bill of lading by specific reference, rather than as a general clause used in the endorsement.

In *The Emmanuel Colocotronis* (*supra*), there was a clause in the charter-party reading as follows [at page 826]:

“It is also mutually agreed that this contract shall be completed and superseded by the signing of Bills of Lading in the form customary for such voyages for grain cargoes, which Bills of Lading shall contain the following clauses. . .”

These words were specifically struck out in the charter-party in question here. It is true that only certain of the following clauses are then struck and it is stated that clauses 7 to 29 inclusive in the attached riders are incorporated into the charter-party which of course includes the arbitration clause 16. The striking of the words in the preamble, however, would appear to have the effect of not specifically requiring that these clauses be incorporated in the bill of lading even though they remain as an issue in the charter-party, and if the British jurisprudence is followed, the general clause in the endorsement on the bill of lading incorporating all the terms, conditions and exceptions of the charter-party does not have the effect of specifically incorporating the arbitration clause which is therefore neither specifically incorporated by the terms of the charter-party itself, nor by the bill of lading. In the case of *The Annefield* (*supra*) Phillimore L.J. at pages 406-407

utilisée la mention suivante: «Tout différend portant sur la présente charte-partie ou tout connaissance émis sur son fondement»). Si l'on veut faire jouer une clause compromissoire, on doit le faire expressément dans l'un ou l'autre document. Comme lord Loreburn, L.C., le disait dans l'arrêt *a* *Thomas & Co Ltd v Portsea Steamship Co Ltd* ([1912] AC, à la p. 6):

«... si l'on veut imposer aux porteurs d'un connaissance l'obligation d'aller en arbitrage parce que cette obligation est stipulée dans la charte-partie, il faut le mentionner explicitement.»

b En l'espèce, les termes de la charte-partie sont: «tout différend portant sur le présent contrat». Ces termes, dans le contexte, signifient: «portant sur le présent contrat de charte-partie». Ils n'incluent pas le contrat de connaissance. En tout cas, ils ne sont pas assez explicites pour viser les différends portant sur le connaissance.

c Certes, il est vrai qu'en l'espèce la clause 16 n'inclut pas les termes «tout différend portant sur le présent contrat», mais je me demande si leur absence permettrait une conclusion différente quant à la nécessité d'inclure la clause dans le connaissance par renvoi exprès, plutôt que dans une clause générale stipulée à l'endos.

d Dans l'affaire *The Emmanuel Colocotronis* (*supra*), la clause suivante apparaissait dans la charte-partie [à la page 826]:

[TRADUCTION] «Il est aussi mutuellement convenu que le contrat sera parachevé et remplacé par la signature de connaissances en la forme habituelle pour ces transports de cargaisons de grains, connaissances qui comporteront les clauses suivantes . . .»

e Ces termes ont expressément été rayés de la charte-partie en cause. Il est vrai que seules certaines des clauses suivantes sont supprimées et il est déclaré que les clauses 7 à 29 inclusivement des avenants annexés sont incorporées à la charte-partie, qui naturellement comporte la clause compromissoire 16. Mais la radiation de ces termes dans la clause liminaire semble avoir pour effet de ne pas obliger d'incorporer expressément les clauses dans le connaissance, même si elles demeurent en cause au niveau de la charte-partie; or, si l'on devait suivre la jurisprudence britannique, la clause générale de l'endos du connaissance incorporant l'ensemble des conditions et exceptions de la charte-partie n'aurait pas pour effet d'incorporer expressément la clause compromissoire qui alors n'est incorporée expressément ni par la charte-partie ni par le connaissance. Dans l'affaire *The Annefield* (*supra*), le lord juge Phillimore cite et approuve, aux pages 406 et 407,

referred with approval to the opinion of Lord Dunedin in *Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*⁵ Where he said at page 257:

... in these commercial cases it is, I think of the highest importance that authority should not be disturbed, and if your Lordships find that a certain doctrine has been laid down in former cases and presumably acted on in the framing of other contracts you will not be disposed to alter that doctrine unless you think it is clearly wrong.

Cairns L.J. at page 407 makes a statement to the same effect when he says:

There is no decision binding on this court which is on all fours with the present case or with *The Njegos* ([1936] P 90, [1935] All ER Rep 863). But a case which has stood unchallenged so long as *The Njegos* has and which was decided on consideration of a practice which had existed for many years before should not be overruled unless it is clearly wrong. I do not think it was wrong at all; I think it was right.

Although, according to counsel, there has been no decision in Canada on the point, I too think it would be wrongful not to adopt what has been consistent practice in Britain for some time and especially in recent years.

Having reached this conclusion it follows that I must find that plaintiffs are not bound by clause 16 in the charter-party calling for arbitration in Tokyo and that plaintiffs are justified in bringing the present proceedings in Canada.

Had I not reached this conclusion a subsidiary question would have arisen in the event that I had found that there was ambiguity with respect to the words "the relative charter-party" in the endorsement on the bill of lading and hence did not express what was common in the minds of the parties to the bill of lading, so should be disregarded. In this event defendants' counsel indicated that he would rely on paragraph 3 of the bill of lading, the jurisdiction clause (*supra*), providing any dispute arising under it should be decided in the Tokyo District Court in Japan according to Japanese law. It was his contention that since the application for stay was general in nature and did not specify the grounds on which the stay was asked, defendants were entitled to rely on this alternative argument. Plaintiffs' counsel vigorously opposed this, stating that it was clear that what was being sought was a stay to allow arbitra-

l'opinion de lord Dunedin dans l'arrêt *Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*⁵, à la page 257:

a [TRADUCTION] ... dans ces affaires commerciales, il est, je pense, de la plus haute importance que le précédent soit respecté et si vos Seigneuries constatent qu'une doctrine a été énoncée dans la jurisprudence et qu'on s'y est fié dans la rédaction des contrats ultérieurs, il convient de ne pas la modifier à moins qu'elle ne soit considérée manifestement erronée.

b Le lord juge Cairns, à la page 407, dit à peu près la même chose:

c [TRADUCTION] Il n'y a aucune décision obligatoire pour la Cour qui cadre parfaitement avec l'espèce ou l'affaire *The Njegos* ([1936] P 90, [1935] All ER Rep. 863). Mais un précédent qui demeure incontesté aussi longtemps que l'affaire *The Njegos*, décidée en fonction d'une pratique uniforme et remontant à plusieurs années, ne doit être renversée que si elle est manifestement mal fondée. Je ne crois pas que ce soit le cas; je la crois bien fondée.

d Quoiqu'il n'y ait au Canada aucune décision pertinente d'après les avocats, je crois qu'on aurait tort de ne pas recevoir une pratique britannique relativement uniforme et bien établie depuis quelques années.

e De cette conclusion il découle, je crois, que les demanderessees ne sont pas liées par la clause 16 de la charte-partie prévoyant un arbitrage à Tokyo; elles étaient en droit d'engager l'instance présente au Canada.

f Si je n'en n'étais pas arrivé à cette conclusion, une question subsidiaire se serait posée si j'avais jugé que les termes «la charte-partie pertinente» à l'endos du connaissement étaient ambigus, n'exprimaient pas l'accord des parties au connaissement et qu'en conséquence il ne fallait pas en tenir compte. En ce cas, l'avocat des défendeurs a laissé entendre qu'il aurait invoqué l'alinéa 3 du connaissement, la clause attributive de compétence (précitée) qui stipule que tout litige au sujet du connaissement doit être jugé par la Cour de district de Tokyo au Japon, conformément au droit japonais. Il soutenait que la demande de sursis était de nature générale et ne spécifiait pas les motifs pour lesquels il était demandé, et qu'en conséquence les défendeurs avaient le droit d'invoquer ce moyen subsidiaire. L'avocat des demanderessees s'y est vigoureusement opposé disant qu'il était évident que l'on demandait un sursis pour pouvoir aller en

⁵ [1922] 2 A.C. 250; [1922] All E.R. 559 (H.L.).

⁵ [1922] 2 A.C. 250; [1922] All E.R. 559 (H.L.).

tion in Tokyo and if this other ground for a stay were now invoked, he was unprepared to argue it at this time and in fact would have extensive affidavit material to submit in opposition to it. In fairness to both parties it was decided that the secondary issue not be argued at this time so that, as a matter of convenience to all parties the Court would not be seized with it but the defendants' right to invoke it by a new and further application for stay if this became necessary should be preserved. In view of the grounds on which I reach the decision that the stay should not be granted which do not result from any ambiguity in the endorsement clause this reservation is most probably unnecessary, but having agreed to reserve defendants' rights to make such further motion if they so desire, I will do so in the order.

ORDER

Defendants' motion pursuant to section 50(1) of the *Federal Court Act* for a stay of proceedings is dismissed with costs. Having been argued, however, only with respect to the stay sought to permit arbitration in Tokyo, defendants' rights are preserved and if they so desire may make a further application for a stay in order to invoke the jurisdiction of the Tokyo District Court in Japan, which matter can be dealt with by a new motion, the Court not being seized with this issue on the present motion.

arbitrage à Tokyo et que si cet autre moyen devait être invoqué, il n'était pas prêt à en débattre mais en fait pourrait produire plusieurs affidavits s'y opposant. En toute justice pour les deux parties, il a été décidé de ne pas débattre de ce moyen subsidiaire et, dans l'intérêt de celles-ci, de n'en pas saisir la Cour; les défendeurs conserveraient le droit de le faire valoir, au besoin, dans une nouvelle demande. Puisque j'ai fondé ma décision de refuser le sursis sur d'autres motifs que l'ambiguïté de l'endos, cette réserve n'est probablement plus nécessaire; toutefois, ayant convenu de réserver les droits des défendeurs de présenter une telle requête s'ils le désiraient, je le ferai dans l'ordonnance.

ORDONNANCE

La requête des défendeurs sollicitant le sursis de l'instance en vertu de l'article 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est rejetée avec dépens. Cependant, ce sursis n'ayant été débattu que pour permettre un arbitrage à Tokyo, les défendeurs conservent le droit de demander dans une nouvelle requête le sursis de l'instance afin de faire valoir la compétence de la Cour de district de Tokyo au Japon, puisque la Cour n'a pas été saisie de cette question en la présente requête.