

A-378-11  
2012 FCA 284

A-378-11  
2012 CAF 284

**Canada Moon Shipping Co. Ltd. and Fednav International Ltd. (*Appellants*)**

**Canada Moon Shipping Co. Ltd. et Fednav International Ltd. (*appelantes*)**

v.

c.

**Companhia Siderurgica Paulista – COSIPA (*Respondent*)**

**Companhia Siderurgica Paulista – COSIPA (*intimée*)**

and

et

**T. Co. Metals LLC (*Plaintiff*)**

**T. Co. Metals LLC (*demanderesse*)**

**INDEXED AS: T. CO. METALS LLC v. FEDERAL EMS (*VESSEL*)**

**RÉPERTORIÉ : T. CO. METALS LLC c. FEDERAL EMS (*NAVIRE*)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and Mainville JJ.A.—Montréal, March 26; Ottawa, November 8, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et Mainville, J.C.A.—Montréal, 26 mars; Ottawa, 8 novembre 2012.

*Maritime Law — Carriage of Goods — Contracts — Construction of statutes — Practice — Stay of proceedings — Appeal from Federal Court decision allowing appeal from prothonotary's order, granting respondent's (COSIPA) motion for stay of third party proceedings against it in favour of arbitration — COSIPA entering into voyage charter party with Fednav International Ltd. (Fednav) regarding carriage of steel products on ship owned by Canada Moon Shipping Co. Ltd. (Canada Moon) — COSIPA issuing letter of indemnity (LOI) holding Fednav harmless for any possible cargo damage — Bills of lading incorporating provision subject to charter party, arbitration clause — Plaintiff (T. Co. Metals LLC) commencing action in Federal Court seeking compensation from Canada Moon, Fednav for damage to the cargo — Canada Moon, Fednav denying responsibility, alleging COSIPA responsible, filing common third party claim against COSIPA — COSIPA filing motion to stay third party proceedings based on charter party agreement to submit disputes to arbitration — Federal Court finding Marine Liability Act (Act), s. 46(1) not applying to charter parties, hence arbitration clause applying — Issues herein whether (1) COSIPA entitled to stay of proceedings of third party claim brought against it by Fednav, (2) COSIPA entitled to stay of proceedings of third party claim brought against it by Canada Moon (3) Canada forum non conveniens for third party claim — Expression "contract for the carriage of goods by water" in Act, s. 46(1) not including charter parties — Considering general purpose of MLA, Part 5, mischief Act s. 46 meant to cure (i.e. boilerplate jurisdiction, arbitration clauses dictated by carriers), different commercial reality that lead to*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Contrats — Interprétation des lois — Pratique — Suspension des procédures — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant l'appel de l'ordonnance d'un protonotaire et accordant la suspension de la procédure de mise en cause en faveur d'un arbitrage demandée par l'intimée (COSIPA) — COSIPA et Fednav International Ltd. (Fednav) ont conclu une charte-partie au voyage visant le transport de produits de l'acier par un navire appartenant à Canada Moon Shipping Co. Ltd. (Canada Moon) — COSIPA a délivré une lettre de garantie exonérant Fednav de toute responsabilité pour tout éventuel dommage causé à la marchandise — Des connaissances renfermaient une disposition stipulant que les parties étaient assujetties à la charte-partie au voyage et à la clause d'arbitrage — La demanderesse, T. Co. Metals, a introduit contre Canada Moon et Fednav une action devant la Cour fédérale pour les dommages causés à la cargaison — Canada Moon et Fednav ont nié toute responsabilité, ont affirmé que COSIPA était responsable et ont conjointement mis en cause COSIPA — COSIPA a présenté une requête en suspension de la procédure de mise en cause au motif que les parties avaient convenu de soumettre à l'arbitrage tout différend qui pourrait résulter de la charte-partie — La Cour fédérale a conclu que l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (la Loi) ne s'appliquait pas aux chartes-parties, et donc que la clause d'arbitrage s'appliquait — Il s'agissait de déterminer en l'espèce 1) si COSIPA avait droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Fednav, 2) si COSIPA avait droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Canada Moon et 3) si le*

*conclusion of charter parties, Federal Court's conclusion voyage charter party not covered by s. 46(1) correct — Federal Court's conclusion LOI amendment to charter party with Fednav logical, supported by evidence herein — Fednav bound to arbitrate disputes with COSIPA — Not so for Canada Moon — Not possible for COSIPA to rely on arbitration clause in charter party as Canada Moon not a party thereto — As to LOI, not requiring Canada Moon pursue indemnity in arbitration proceedings — Canada Moon not bound to arbitrate disputes — Forum non conveniens allegation not made out — Appeal allowed.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the appeal from a prothonotary's decision and granting the respondent's (COSIPA) motion for a stay of the third party proceedings brought against it in favour of arbitration.

COSIPA entered into a voyage charter party with Fednav in respect of steel products to be carried from Brazil to Canada. The ship used to carry the cargo was the M/V *Federal Ems*, owned by Canada Moon. A dispute arose between COSIPA and Fednav with respect to the use of plastic covers on the cargo prior to loading. As a result, COSIPA issued a letter of indemnity (LOI) holding Fednav harmless for any possible cargo damage due to moisture. Two bills of lading incorporated a provision that they were subject to the charter party and to the arbitration clause. The plaintiff, as holder and endorsee of the bills of lading, commenced an action in the Federal Court seeking compensation from Canada Moon and Fednav for damage to the cargo. Canada Moon and Fednav denied having loaded the cargo, stating that these operations had been undertaken by COSIPA or the plaintiff, and argued that the bills of lading were expressly subject to the terms and conditions of the charter party. At the same time, they filed a common third party claim against COSIPA in which they plead that if the loss was caused by the use of plastic sheeting to cover the cargo, COSIPA had agreed to indemnify them for such loss pursuant to the LOI. COSIPA responded to the third party claim by bringing a motion for a stay of proceedings based on the charter party agreement to submit disputes to arbitration in New York.

*Canada était un forum non conveniens quant à la mise en cause — L'expression « contrat de transport de marchandises par eau » à l'art. 46(1) de la Loi n'inclut pas les chartes-parties — Compte tenu de l'objet général de la partie 5 de la LRMM et de la situation que l'art. 46 visait à réformer (c.-à-d. les clauses de compétence et d'arbitrage types dictées par les transporteurs), et compte tenu de la réalité commerciale particulière qui conduit à la conclusion de chartes-parties, la Cour fédérale a eu raison de conclure que la charte-partie au voyage en cause n'était pas visée par l'art. 46(1) — La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la lettre de garantie était une modification de la charte-partie conclue avec Fednav était logique et étayée par la preuve en l'espèce — Fednav était tenue de soumettre à l'arbitrage ses différends avec COSIPA — Ce n'était pas le cas de Canada Moon — COSIPA ne pouvait pas se fonder sur la clause d'arbitrage de la charte-partie puisque Canada Moon n'est pas partie à ce contrat — Quant à la lettre de garantie, elle n'oblige pas Canada Moon à recourir à l'arbitrage pour bénéficier de l'indemnisation — Canada Moon n'était pas tenue de soumettre les différends à l'arbitrage — Le bien-fondé de l'allégation selon laquelle le Canada est un forum non conveniens n'a pas été démontré — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale d'accueillir l'appel de la décision d'un protonotaire et d'accorder la suspension de la procédure de mise en cause en faveur d'un arbitrage demandée par l'intimée (COSIPA).

COSIPA et Fednav ont conclu une charte-partie au voyage visant le transport du Brésil au Canada de produits de l'acier. Le MS *Federal Ems*, navire appartenant à Canada Moon, a servi au transport de la cargaison. Un différend est survenu entre COSIPA et Fednav avant le chargement quant à l'utilisation de membranes de plastique protégeant la cargaison. Par conséquent, COSIPA a délivré une lettre de garantie exonérant Fednav de toute responsabilité pour tout éventuel dommage causé à la marchandise en raison de l'humidité. Deux connaissements renfermaient une disposition stipulant que les parties étaient assujetties à la charte-partie au voyage et à la clause d'arbitrage. La demanderesse, à titre de détentrice et d'endossataire des connaissements, a introduit contre Canada Moon et Fednav une action devant la Cour fédérale pour les dommages causés à la cargaison. Canada Moon et Fednav ont nié avoir chargé la cargaison et ont affirmé que COSIPA ou la demanderesse avaient effectué cette opération. Elles ont également soutenu que les connaissements étaient expressément assujettis aux modalités et aux conditions stipulées à la charte-partie. En même temps, elles ont conjointement mis en cause COSIPA et ont déclaré que, si l'utilisation de membranes de plastique pour emballer la cargaison avait causé les dommages, COSIPA avait convenu par la lettre de garantie de les indemniser pour les pertes. COSIPA

The Prothonotary dismissed COSIPA's motion for a stay. He determined that the contract between COSIPA and Fednav is found primarily in the voyage charter party and not in the bills of lading; and that the LOI issued by COSIPA to Fednav was an amendment to their voyage charter party agreement. The Prothonotary refused to give effect to the arbitration clause of the voyage charter party since he found that the latter was a "contract for the carriage of goods by water" within the meaning of section 46 of the *Marine Liability Act* (MLA). With respect to COSIPA's argument that the Canadian courts were *forum non conveniens*, the Prothonotary examined the factors identified in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.* and concluded that they were not of sufficient weight to displace the choice of forum. As a result, he dismissed the motion for a stay of the third party proceedings.

In allowing COSIPA's appeal, the Federal Court concluded that subsection 46(1) did not apply to charter parties. The Federal Court also confirmed that the source of the contract between Fednav and COSIPA was found primarily in the charter party rather than the bills of lading and agreed with the Prothonotary that the LOI was an amendment to the charter party rather than a stand-alone agreement. In the result, the Federal Court stayed the third party claim in the Federal Court pending the conclusion of the arbitration in New York under the terms of the voyage charter party. In light of this conclusion, he did not have to address the motion based on *forum non conveniens*.

The issues were (1) whether COSIPA was entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Fednav, (2) whether COSIPA was entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Canada Moon and, (3) if the answer is no in either case, was Canada *forum non conveniens* for the third party claim.

*Held*, the appeal should be allowed.

With respect to the proper interpretation of subsection 46(1), the Federal Court's general approach was justified. To give effect to the modern rule of construction, one must consider the entire context before concluding that there is no ambiguity in a legislative provision. A court must consider all evidence, direct and indirect, in respect of the purpose of the Act and the provision under review, as well as the legal

a répondu en présentant une requête en suspension de la procédure de mise en cause au motif que les parties avaient convenu de soumettre à l'arbitrage, à New York, tout différend qui pourrait résulter de la charte-partie.

Le protonotaire a rejeté la requête en suspension de COSIPA. Il a conclu que le contrat liant COSIPA et Fednav était avant tout la charte-partie au voyage et non les connaissements, et que la lettre de garantie remise par COSIPA à Fednav devait être vue comme une modification à la charte-partie au voyage conclue entre celles-ci. Le protonotaire a refusé de donner effet à la clause d'arbitrage de la charte-partie au voyage, étant donné qu'il a conclu que cette charte-partie était un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (LRMM). En ce qui concerne l'argument de COSIPA selon lequel les tribunaux canadiens constituaient un *forum non conveniens*, le protonotaire a examiné les facteurs énoncés dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, puis a conclu que ces facteurs n'étaient pas d'un poids suffisant pour écarter le tribunal choisi. Il a par conséquent rejeté la requête en suspension de la procédure de mise en cause.

En accueillant l'appel de COSIPA, la Cour fédérale a conclu que le paragraphe 46(1) ne s'appliquait pas aux chartes-parties. La Cour a également confirmé que le contrat conclu entre Fednav et COSIPA était principalement fondé sur la charte-partie plutôt que sur les connaissements et a conclu comme le protonotaire que la lettre de garantie devait être considérée comme une modification de la charte-partie et non comme une entente distincte. En conséquence, elle a suspendu la procédure de mise en cause devant la Cour fédérale en attendant l'issue de l'arbitrage à New York en conformité avec les modalités de la charte-partie au voyage. Étant donné cette conclusion, le juge n'avait pas à traiter de la requête fondée sur le principe du *forum non conveniens*.

Les questions à trancher étaient donc les suivantes : 1) COSIPA avait-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Fednav? 2) COSIPA avait-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Canada Moon? 3) S'il est répondu par la négative à l'une ou l'autre question, le Canada était-il un *forum non conveniens* quant à la mise en cause?

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

En ce qui a trait à l'interprétation du paragraphe 46(1), l'approche générale de la Cour fédérale était justifiée. En conformité avec la règle moderne d'interprétation, il faut lire la disposition légale en cause dans son contexte global avant de conclure qu'il n'y a pas d'ambiguïté. Une cour doit examiner l'ensemble de la preuve, directe et indirecte, relative à l'objet de la Loi et de la disposition en cause ainsi que le

context in which it was adopted, which includes the mischief to be addressed. All the elements considered by the Federal Court were admissible, and the final construction depends on the weight given to all of them. In the present instance, the Federal Court did not give undue weight to the elements before him. In the context of legislation dealing with the rights and obligations of common carriers and which implements international rules, “carriage of goods by water” would not and should not be understood to include charter parties. Considering the general purpose of Part 5 of the MLA and the mischief that section 46 was meant to cure (that is, boilerplate jurisdiction and arbitration clauses dictated by carriers to the detriment of Canadian importers or exporters who became parties to such contracts), and the different commercial reality that lead to the conclusion of charter parties, the Federal Court’s conclusion that the voyage charter party under review is not covered by subsection 46(1) is correct.

The Federal Court’s conclusion that the LOI was an amendment to the charter party with Fednav is logical and amply supported by the evidence herein. The Federal Court did not make a palpable and overriding error that would justify the Court’s intervention. Consequently, Fednav was bound by its agreement to arbitrate the disputes with COSIPA in New York.

With respect to a stay of proceedings of the third party claim brought against COSIPA by Canada Moon, these proceedings are also based on the voyage charter party incorporated as a term of the bills of lading in respect of any damage caused during the operations performed by COSIPA in Brazil and on the LOI in respect of damage, if any, resulting from the use of plastic canvas covers on the cargo. In the commercial context, arbitration is a consensual dispute resolution forum. Therefore, in order to force Canada Moon to arbitrate its claim against it, COSIPA had to show that Canada Moon either actually or constructively agreed to arbitration. The arbitration clause which forms part of the terms of the bill of lading is an example of a constructive agreement to arbitrate since, in the absence of legislative intervention, it would bind Canada Moon. But COSIPA could not rely on that agreement to arbitrate as it is caught by subsections 46(1) of the Act. In fact, COSIPA took the position that it was not a party to the contract evidenced by the bills of lading. Nor, on the face of it, could COSIPA rely on the arbitration clause in the charter party since Canada Moon is not a party to that agreement. At law, incorporating the terms of a distinct contract to which one is not a party—the voyage charter party—could not have the effect of making Canada Moon a party to that contract.

contexte juridique dans lequel la Loi a été adoptée, y compris la situation à réformer. Tous les éléments pris en compte par la Cour fédérale étaient admissibles, l’interprétation ultime à donner étant fonction du poids accordé à chacun. En l’espèce, la Cour fédérale n’a pas accordé un poids trop grand aux éléments qu’on lui avait présentés. S’agissant de dispositions légales qui traitent des droits et obligations des transporteurs généraux et qui mettent en œuvre des règles internationales, l’expression « transport de marchandises par eau » n’inclut pas et ne doit pas être interprétée comme incluant les chartes-parties. Compte tenu de l’objet général de la partie 5 de la LRMM et de la situation que l’article 46 visait à réformer (c’est-à-dire les clauses de compétence et d’arbitrage types dictées par les transporteurs au détriment des importateurs et exportateurs canadiens devenus parties aux contrats en cause), et compte tenu de la réalité commerciale particulière qui conduit à la conclusion de chartes-parties, la Cour fédérale a eu raison de conclure que la charte-partie au voyage en cause n’était pas visée par le paragraphe 46(1).

La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la lettre de garantie était une modification de la charte-partie conclue avec Fednav était logique et amplement étayée par la preuve qui lui avait été présentée. La Cour fédérale n’a pas commis une erreur manifeste et dominante qui justifierait l’intervention de la Cour. Fednav était par conséquent tenue par l’entente de soumettre à l’arbitrage à New York ses différends avec COSIPA.

En ce qui concerne la suspension de la procédure de mise en cause intentée par Canada Moon contre COSIPA, elle se fonde aussi sur la charte-partie au voyage intégrée par renvoi dans les connaissements, à l’égard de tout dommage causé par COSIPA dans l’exécution de ses activités au Brésil, et se fonde également sur la lettre de garantie, à l’égard de tout dommage résultant, le cas échéant, de l’utilisation de membranes de plastique pour protéger la cargaison. En contexte commercial, l’arbitrage constitue un mode de règlement des différends choisi par les parties. Par conséquent, pour obliger Canada Moon à accepter l’arbitrage de sa créance, COSIPA devait démontrer que Canada Moon avait consenti directement ou implicitement à l’arbitrage. La clause d’arbitrage qui fait partie des conditions du connaissement est un bon exemple de consentement implicite à l’arbitrage puisque, en l’absence d’intervention du législateur, elle lierait Canada Moon. COSIPA ne pouvait toutefois pas se fonder sur ce consentement à l’arbitrage puisque le paragraphe 46(1) reçoit application. Par ailleurs, COSIPA a soutenu qu’elle n’était pas partie au contrat attesté par les connaissements. COSIPA ne pouvait non plus se fonder a priori sur la clause d’arbitrage de la charte-partie puisque Canada Moon n’est pas partie à ce contrat. En droit, l’intégration par renvoi d’un contrat distinct auquel l’intéressé n’est pas partie — la charte-partie au voyage en l’espèce — ne peut rendre Canada Moon partie à ce contrat.

With respect to the LOI, Canada Moon argued that it is a free-standing agreement containing no arbitration clause, leaving it free to pursue its claim for indemnity in the third party proceedings. COSIPA for its part argued that a finding that the LOI was an amendment to the charter party contract can still stand on the basis that Fednav and COSIPA can include in their contract a term for the benefit of a third party, in this case, the ship owner Canada Moon.

The enforceability of contractual terms for the benefit of a third party raises the problem of privity of contracts. In the ordinary course, Canada Moon, as a stranger to the contract could not claim the benefit of the charter party nor be subject to its obligations. However, the law has developed to include principled exceptions to the doctrine of privity. There is little reason for the law to restrict those who, by agreement, wish to confer a benefit on a person who is a stranger to their agreement. However, the question of privity has a different cast when parties seek, by their agreement, to impose an obligation upon a stranger. In this case, COSIPA sought to impose on Canada Moon an obligation which it did not otherwise have when the LOI was issued. The absence of a reference to the arbitration clause in the LOI is a significant indicator of the intentions of the parties. The parties were alive to the circumstances in which the indemnity would be of value to Canada Moon and drafted it accordingly. It is not necessary to make the indemnity subject to the arbitration clause in order to give it commercial efficacy. Even if one accepts that the LOI was an amendment to the charter party, on a proper construction, it does not require Canada Moon to pursue the benefit of indemnity in arbitration proceedings. It is not a qualified benefit. The Federal Court's error (that all the players were parties to the charter party) impacted on its ultimate conclusion with respect to Canada Moon. COSIPA did not meet its burden of establishing that Canada Moon was bound to arbitrate the third party proceeding dispute.

With respect to the question of whether Canada is *forum non conveniens* for the third party claim, that allegation was not made out.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Carriage of Goods by Sea Act 1991* (Cth.), No. 160, 1991.  
*Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21.  
*Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, s. 55.

Quant à la lettre de garantie, Canada Moon a soutenu qu'il s'agissait d'une entente autonome qui ne renfermait aucune clause d'arbitrage et donc qu'il lui était loisible de faire valoir sa demande d'indemnisation par mise en cause. COSIPA a pour sa part soutenu que la conclusion voulant que la lettre de garantie soit une modification de la charte-partie peut toujours être valable, étant donné qu'il était loisible à Fednav et COSIPA de prévoir dans leur contrat une stipulation pour le bénéfice d'une tierce partie, en l'occurrence le propriétaire du navire, Canada Moon.

La question du caractère exécutoire de clauses contractuelles au bénéfice d'une tierce partie pose le problème du lien contractuel. Normalement, Canada Moon ne pourrait pas, en tant qu'étrangère au contrat, se prévaloir des dispositions de la charte-partie ni être soumise à ses obligations. Toutefois, le droit a évolué et la règle du lien contractuel compte maintenant des exceptions de principe. On voit mal pourquoi des règles de droit empêcheraient des parties de conférer un avantage, par leur contrat, à une personne qui lui est étrangère. La question du lien contractuel revêt toutefois un aspect différent lorsque les parties veulent cette fois, par leur contrat, imposer une obligation à un étranger. Or, COSIPA tentait en l'espèce d'imposer à Canada Moon une obligation qu'elle n'avait par ailleurs pas lorsque la lettre de garantie a été établie. L'absence de toute mention d'une clause d'arbitrage dans la lettre de garantie est fort révélatrice de l'intention des parties. Les parties avaient conscience des circonstances dans lesquelles l'indemnisation serait utile pour Canada Moon et elles ont rédigé la lettre de garantie en conséquence. Il n'est pas nécessaire d'assujettir l'indemnisation à la clause d'arbitrage pour qu'il y ait efficacité commerciale. Même si l'on admet que la lettre de garantie était une modification de la charte-partie, si on l'interprète convenablement, la charte-partie modifiée n'oblige pas Canada Moon à recourir à l'arbitrage pour bénéficier de l'indemnisation. Il ne s'agit pas d'un bénéfice assorti d'une réserve. L'erreur commise par la Cour fédérale (la conclusion selon laquelle tous les intéressés étaient des parties à la charte-partie) a influé sur sa conclusion finale concernant Canada Moon. COSIPA ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que Canada Moon était tenue de soumettre à l'arbitrage le différend lié à la mise en cause.

En ce qui concerne la question de savoir si le Canada est un *forum non conveniens*, le bien-fondé de cette allégation n'a pas été démontré.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Carriage of Goods by Sea Act 1991* (Cth.), No. 160, 1991.  
*Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, art. 55.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17.  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, ss. 43, 45, 46.  
*United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 16.  
*Water Carriage of Goods Act, 1936 (The)*, S.C. 1936, c. 49.

*Loi du transport des marchandises par eau, 1936*, S.C. 1936, ch. 49.  
*Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 16.  
*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 43, 45, 46.  
*Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17.  
*Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Commercial Arbitration Code*, being Schedule 1 to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 1(3), 8(1).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules), Art. III(8), X.  
*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, New York, 11 December 2008 (Rotterdam Rules) [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/09-85608\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/09-85608_Ebook.pdf).  
*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, concluded at Hamburg on 31 March 1978, being Schedule 4 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hamburg Rules), arts. 2, 21, 22.

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Breedon v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666.

## REFERRED:

*Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Housen v. Nikolaisen*,

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1-3, 8-1.  
*Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*, New York, 11 décembre 2008 (Règles de Rotterdam) [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/transport/Rotterdam\\_Rules/09-85609\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/transport/Rotterdam_Rules/09-85609_Ebook.pdf).  
*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer; 1978*, conclu à Hambourg le 31 mars 1978, qui constitue l'annexe 4 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (règles de Hambourg), art. 2, 21, 22.  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (règles de La Haye-Visby), art. III(8), X.  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924 (règles de la Haye).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Breedon c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Housen c. Nikolaisen*,

2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, 2006 FCA 284, [2007] 2 F.C.R. 733; *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 85 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. The M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108, (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; *President of India v. Metcalfe Shipping Co. Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 289 (C.A.); *Rodocanachi v. Milburn* (1887), 18 Q.B.D. 67 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Gold, Edgar *et al.* *Maritime Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.  
 Library of Parliament. Parliamentary Research Branch. Legislative Summary LS-377E. *Bill S-2: Marine Liability Act*, online: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/1/s2-e.pdf>>.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.  
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4th ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008.  
 Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 6th ed. Harlow, England: Pearson/Longman, 2008.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2011 FC 1067, [2013] 2 F.C.R. 510) allowing the appeal from a prothonotary's decision (2011 FC 291, 387 F.T.R. 65) and granting the respondent's motion for a stay of the third party proceedings brought against it in favour of arbitration. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*David G. Colford* for appellants.  
*Jean-Marie Fontaine* and *Peter Pamel* for respondent.  
*Paul Blanchard* for plaintiff.

## SOLICITORS OF RECORD

*Brisset Bishop*, Montréal, for appellants.  
*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for respondent.  
*Stikeman Elliott LLP*, Montréal, for plaintiff.

2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, 2006 CAF 284, [2007] 2 R.C.F. 733; *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 85 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. The M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; *President of India v. Metcalfe Shipping Co. Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 289 (C.A.); *Rodocanachi v. Milburn* (1887), 18 Q.B.D. 67 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Bibliothèque du Parlement. Direction de la recherche parlementaire. Résumé législatif LS-377F. *Projet de loi S-2: Loi sur la responsabilité en matière maritime*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/1/s2-f.pdf>>.  
 Gold, Edgar *et al.* *Maritime Law*. Toronto : Irwin Law, 2003.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.  
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.  
 Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 6<sup>e</sup> éd. Harlow, Angleterre : Pearson/Longman, 2008.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1067, [2013] 2 R.C.F. 510) d'accueillir l'appel d'une décision d'un protonotaire (2011 CF 291, 387 F.T.R. 65) et d'accorder la suspension de la procédure de mise en cause en faveur d'un arbitrage demandée par l'intimée. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*David G. Colford* pour les appelantes.  
*Jean-Marie Fontaine* et *Peter Pamel* pour l'intimée.  
*Paul Blanchard* pour la demanderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Brisset Bishop*, Montréal, pour les appelantes.  
*Borden Ladner Gervais, S.E.N.C.R.L., S.R.L.*, Montréal, pour l'intimée.  
*Stikeman Elliott, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la demanderesse.

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

GAUTHIER J.A.:

## INTRODUCTION

[1] The main issue in this case is the effect to be given to an arbitration clause in a voyage charter party where the charterer is pursued by the shipowner and the time charterer in third party proceedings in the context of an action brought by the holder and endorsee for value of the bills of lading for damage to the cargo. In a decision reported at 2011 FC 291, 387 F.T.R. 65, Prothonotary Morneau (the Prothonotary) dismissed the charterer's motion for a stay of the third party proceedings in favour of arbitration proceedings as provided by the charter party as well as the motion based on *forum non conveniens*. On appeal, Justice Scott of the Federal Court (the Judge), in a decision reported at 2011 FC 1067, [2013] 2 F.C.R. 510, allowed the appeal and granted the stay. That decision is now appealed to this Court.

## FACTS

[2] The facts are set out in some detail at paragraphs 4 to 19 of the Prothonotary's decision. For present purposes, they can be summarized as follows.

[3] On or about July 22, 2004 Companhia Siderurgica Paulista (COSIPA) entered into a voyage charter party in Gencon form with Fednav International Ltd. (Fednav) in respect of steel products (cargo) from Brazil to Canada. The ship used to carry the cargo was the M/V *Federal Ems* owned by Canada Moon Shipping Co. Ltd. (Canada Moon). That ship was operated under a time charter party between Canada Moon and Fednav.

[4] It should be noted that there are two Fednav corporations in these transactions, Fednav International Ltd. and Fednav Limited. The parties agree that for the purposes of this dispute, each corporation can be taken as

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

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[1] La principale question en litige dans la présente affaire concerne l'effet à donner à la clause d'arbitrage d'une charte-partie au voyage. La situation est la suivante : le détenteur et endossataire contre valeur des connaissements poursuit le propriétaire du navire et l'affrètement à temps pour dommages à la cargaison, et ceux-ci poursuivent l'affrètement par voie de mise en cause. Dans une décision publiée sous la référence 2011 CF 291, le protonotaire Morneau (le protonotaire) a rejeté la requête de l'affrètement en vue d'obtenir la suspension de la procédure de mise en cause en faveur d'un arbitrage, comme le disposait la charte-partie, ainsi qu'en raison de la règle du *forum non conveniens*. En appel, le juge Scott de la Cour fédérale (le juge) a accueilli l'appel et accordé la suspension demandée dans une décision publiée sous la référence 2011 CF 1067, [2013] 2 R.C.F. 510. Cette décision est maintenant portée en appel devant notre Cour.

## LES FAITS

[2] Les faits sont exposés de manière assez détaillée aux paragraphes 4 à 19 de la décision du protonotaire. On peut les résumer comme suit aux fins des présentes.

[3] Vers le 22 juillet 2004, la Companhia Siderurgica Paulista (COSIPA) et Fednav International Ltd. (Fednav) ont conclu une charte-partie au voyage, rédigée selon la formule Gencon, visant le transport du Brésil au Canada de produits d'acier (la cargaison). Le MS *Federal Ems*, navire appartenant à Canada Moon Shipping Co. Ltd. (Canada Moon), a servi au transport de la cargaison. Le navire était exploité conformément à une charte-partie à temps conclue entre Canada Moon et Fednav.

[4] Il convient de noter que deux sociétés Fednav sont parties à ces transactions, soit Fednav International Ltd. et Fednav Limited. Les parties conviennent qu'aux fins du présent différend, on peut considérer chacune des



the agent of the other so that there is no difference in their positions. I note, however, that as will be discussed later on, the Judge found as a fact that Fednav Limited acted as agent for Canada Moon when it sought to obtain a letter of indemnity (LOI) from COSIPA.

[5] Clause 5(a) of the voyage charter party deals with the responsibility for the loading and offloading of the cargo while clause 45E) refers to the use of plastic covers on the cargo:

5. ...

(a) ...

The cargo shall be brought into the holds, loaded, stowed and/or trimmed, tallied, lashed, and/or secured by the Charterers and taken from holds and discharged by the receivers, free of any risk, liability and expense whatsoever to the Owners. The Charterers shall provide and lay all dunnage material as required from the proper stowage and protection of the cargo on board, the Owners allowing the use of all dunnage available on board.

...

45E) ...

Whenever Charterers/Shippers cover the cargoes with plastic canvas in order to protect them during the voyage, Owners guarantee that said plastic canvas placed at loadport will be withdrawn only at the time of discharge of cargoes at respective disports [*sic*].

Should Owners fail in fulfilling the above they will be fully responsible for any penalty, charges, extra expenses, etc. that Charterers may face arising therefrom.

[6] A dispute arose between COSIPA, the Master of the vessel and Fednav with respect to the use of plastic covers on the cargo prior to loading. To resolve this dispute, at the request of Fednav Limited acting on behalf of both Canada Moon and Fednav, the disponent owner, COSIPA, issued a LOI addressed to Fednav

deux sociétés comme la mandataire de l'autre, de manière à éviter les divergences entre les positions de l'une et de l'autre. Je désire toutefois souligner que, tel que je le préciserai plus loin, le juge est parvenu à la conclusion de fait que Fednav Limited a agi à titre de mandataire de Canada Moon lorsqu'elle a cherché à obtenir une lettre de garantie de COSIPA.

[5] La clause 5(a) de la charte-partie au voyage traite des responsabilités entourant le chargement et le déchargement de la cargaison, tandis que la clause 45E) traite de l'utilisation de membranes de plastique pour emballer la cargaison :

[TRADUCTION]

5. [...]

(a) [...]

La cargaison est mise en cale, chargée, arrimée et/ou fixée solidement, comptée, attachée et/ou stabilisée par les affréteurs et est sortie de cale et déchargée par les réceptionnaires, sans que les propriétaires du navire soient exposés à quelque risque, responsabilité ou frais de quelque sorte que ce soit. Les affréteurs fournissent et installent le bois de calage nécessaire pour bien arrimer et protéger la cargaison à bord et les propriétaires permettent l'utilisation de tout le bois de calage se trouvant à bord.

[...]

45E) [...]

Les propriétaires garantissent que les membranes de plastique avec lesquelles les affréteurs/expéditeurs emballent la cargaison au port d'embarquement pour la protéger au cours du transport ne seront retirées qu'au moment du déchargement de la cargaison au port de déchargement respectif.

Les propriétaires sont entièrement responsables de toute pénalité, frais et dépenses supplémentaires auxquels les affréteurs peuvent être exposés en cas de défaut par les propriétaires de respecter cette condition.

[6] Un différend est survenu entre COSIPA, le capitaine du navire et Fednav avant le chargement quant à l'utilisation de membranes de plastique protégeant la cargaison. Pour régler le différend et à la demande de Fednav Limited agissant tant pour le compte de Canada Moon que de Fednav, l'affréteur coque nue, COSIPA, a

Limited. That letter, dated November 10, 2004, referenced the voyage charter party. The operative part of the letter reads as follows:

Provided that the Owners/Master ensure that the vessel's ventilation system will be properly functioning during all the voyage, Charterers hereby confirm that they will relieve Master/Vessel/Owners/Managers from any liability, and will hold them harmless for any possible cargo damage by moisture condensation under the plastic cover as a result of restricted ventilation of the cargo.

[7] Two bills of lading consigned to the order of T. Co. Metals LLC were issued for and on behalf of the Master of the ship to COSIPA as shipper on November 16 and 18, 2004, respectively. These bills of lading included the following provision: "Subject to all terms, conditions, clauses and exceptions as per charter party dated July 26, 2004 (sic) at Rio de Janeiro including arbitration clause". The transferable bills of lading were negotiated by COSIPA and presented by T. Co. Metals LLC (T. Co. Metals) to obtain delivery of the cargo described therein in Canada. Although the Judge refers several times in his reasons (see paragraphs 52, 58, 59, 76 and 91) to the fact that COSIPA was the holder of the bills of lading at all material times, the parties agree that this was a factual error.

[8] On October 20, 2008, T. Co. Metals commenced an action in the Federal Court seeking compensation from Canada Moon and Fednav (collectively the defendants) for damage to the cargo.

[9] In its statement of claim, T. Co. Metals alleges that the defendants received the cargo in good order and condition at the port of loading for carriage and delivery in the same condition to Toronto. According to T. Co. Metals, the defendants, in breach of their contract, failed to safely load and deliver the cargo in good order and condition. In addition, T. Co. Metals alleges that the defendants were negligent. T. Co. Metals claims as the holder and endorsee for value of the bills of lading covering the carriage of the damaged cargo.

délivré une lettre de garantie adressée à Fednav Limited. Cette lettre, datée du 10 novembre 2004, faisait mention de la charte-partie au voyage. Voici le passage important de cette lettre :

[TRADUCTION] À la condition que les propriétaires/capitaine s'assurent du bon fonctionnement du système de ventilation du navire pendant toute la durée du voyage, les affréteurs confirment par la présente qu'ils dégagent le capitaine, le navire, les propriétaires et les administrateurs de toute responsabilité, et les exonérant à l'avance de toute responsabilité pour tout éventuel dommage causé à la marchandise en raison d'une condensation d'humidité sous la membrane de plastique par suite de la ventilation réduite de la cargaison.

[7] Deux connaissements à l'ordre de T. Co. Metals LLC ont été établis au nom du capitaine du navire, l'un le 16 novembre 2004 et l'autre le 18 du même mois, à l'intention de COSIPA, à titre d'expéditeur. Chaque connaissement renfermait la disposition suivante : [TRADUCTION] « Sous réserve des modalités, conditions et exceptions stipulées à la charte-partie du 26 [sic] juillet 2004 à Rio de Janeiro, y compris sa clause d'arbitrage. » COSIPA a négocié les connaissements transférables et T. Co. Metals LLC (T. Co. Metals) les a présentés pour obtenir la livraison au Canada de la cargaison qui y était décrite. Bien que, plusieurs fois dans ses motifs (voir les paragraphes 52, 58, 59, 76 et 91), le juge ait mentionné que COSIPA était le détenteur des connaissements pendant toute la période pertinente, les parties conviennent que cette affirmation est erronée.

[8] Le 20 octobre 2008, T. Co. Metals a introduit contre Canada Moon et Fednav (collectivement, les défenderesses) une action devant la Cour fédérale pour les dommages causés à la cargaison.

[9] T. Co. Metals allègue dans sa déclaration que les défenderesses ont reçu la cargaison en bon état au port de chargement en vue de son transport et de sa livraison dans le même état à Toronto. Elle soutient que les défenderesses, en violation de leur contrat, n'ont pas chargé la cargaison en toute sécurité et ne l'ont pas livrée en bon état. T. Co. Metals ajoute que les défenderesses ont fait preuve de négligence. T. Co. Metals intente son action à titre de détenteur et d'endossataire contre valeur des connaissements visant le transport de la cargaison endommagée.

[10] The defendants filed a common statement of defence. In it, they deny that they were bound to load, stow, handle, discharge or store the cargo, and deny that they had in fact loaded, handled, discharged or stored the cargo and that these operations had been undertaken by COSIPA (in Brazil) or T. Co. Metals (in Toronto). The defendants plead that the bills of lading negotiated to T. Co. Metals were expressly subject to all terms, conditions clauses and exceptions as per the charter party dated July 22, 2004 at Rio de Janeiro including clause 5(a) quoted above.

[11] At the same time as they filed their statement of defence, the defendants also filed a common third party claim against COSIPA. In that claim, the defendants pleaded the terms of the charter party, in particular clause 5(a), and alleged that the cargo was in fact loaded, stowed, tallied, lashed and secured by COSIPA. The defendants also pleaded that if the loss was caused by the use of plastic sheeting to cover the cargo, COSIPA had agreed to indemnify them for such loss pursuant to the LOI.

[12] The defendants obtained a letter rogatory from the Federal Court to serve their third party claim on COSIPA.

[13] COSIPA responded to the third party claim by bringing a motion for a stay of such proceedings on the basis that the parties had agreed to submit disputes arising under the charter party to arbitration in New York.

#### THE DECISIONS BELOW

[14] The Prothonotary dismissed COSIPA's motion for a stay. He determined (a) that the contract between COSIPA and Fednav is found primarily in the voyage charter party and not in the bills of lading; and (b) that the LOI issued by COSIPA to Fednav was an amendment to their voyage charter party agreement.

[15] The Prothonotary does not deal expressly with the position of Canada Moon *per se*.

[10] Les défenderesses ont produit une défense conjointe. Elles y ont nié avoir été tenues de charger, d'arrimer, de décharger ou d'entreposer la cargaison, ou de l'avoir fait, et affirment que COSIPA (au Brésil) ou T. Co. Metals (à Toronto) ont effectué ces opérations. Les défenderesses soutiennent que les connaissements négociés en faveur de T. Co. Metals étaient expressément assujettis aux modalités, conditions et exceptions stipulées à la charte-partie conclue le 22 juillet 2004 à Rio de Janeiro, y compris sa clause 5(a) précitée.

[11] En même temps qu'elles ont déposé leur défense, les défenderesses ont conjointement mis en cause COSIPA, en faisant valoir les modalités de la charte-partie, en particulier sa clause 5(a), et le fait que COSIPA était celle qui avait chargé, arrimé, compté, attaché et stabilisé la cargaison. Les défenderesses ont également déclaré que, si l'utilisation de membranes de plastique pour emballer la cargaison avait causé les dommages, COSIPA avait convenu par la lettre de garantie de les indemniser pour les pertes.

[12] Les défenderesses ont obtenu de la Cour fédérale la délivrance d'une lettre rogatoire pour signifier leur mise en cause à COSIPA.

[13] COSIPA a répondu en présentant une requête en suspension de la procédure de mise en cause au motif que les parties avaient convenu de soumettre à l'arbitrage, à New York, tout différend qui pourrait résulter de la charte-partie.

#### LES DÉCISIONS DE LA COUR FÉDÉRALE

[14] Le protonotaire a rejeté la requête en suspension de COSIPA. Il a conclu a) que le contrat liant COSIPA et Fednav était avant tout la charte-partie au voyage et non les connaissements, b) que la lettre de garantie remise par COSIPA à Fednav devait être vue comme une modification à la charte-partie au voyage conclue entre celles-ci.

[15] Le protonotaire n'a pas traité expressément de la position défendue par Canada Moon.

[16] However, the Prothonotary refused to give effect to the arbitration clause of the voyage charter party since he found that the latter was a “contract for the carriage of goods by water” within the meaning of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (the Act), which is reproduced below for ease of reference:

Claims not subject to Hamburg Rules

**46.** (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

(a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;

(b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or

(c) the contract was made in Canada.

[17] The Prothonotary reasoned that charter parties would come within the meaning of “contract[s] for the carriage of goods by water”, and that if Parliament had wanted to exclude them from the scope of section 46 of the Act, it could have easily done so by adopting wording similar to that contained in the Hamburg Rules [*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*] (Schedule 4 to the Act, articles 2 and 21) confirming that they were excluded.

[18] COSIPA also argued that the third party claim should nevertheless be stayed on the ground that Canadian courts were *forum non conveniens*. The Prothonotary examined each of the factors identified in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205 (*Spar Aerospace*), and concluded that, on balance, they were not of sufficient weight to displace the defendant’s choice of forum. As a result, the Prothonotary dismissed the motion for a stay of the third party proceedings.

[16] Le protonotaire a toutefois refusé de donner effet à la clause d’arbitrage de la charte-partie au voyage, étant donné qu’il a conclu que cette charte-partie était un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (la Loi), reproduit ci-après par souci de commodité :

Créances non assujetties aux règles de Hamburg

**46.** (1) Lorsqu’un contrat de transport de marchandises par eau, non assujetti aux règles de Hamburg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l’arbitrage en un lieu situé à l’étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l’une ou l’autre des conditions suivantes existe :

a) le port de chargement ou de déchargement — prévu au contrat ou effectif — est situé au Canada;

b) l’autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;

c) le contrat a été conclu au Canada.

[17] Le protonotaire a conclu que les chartes-parties étaient visées par l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » et que, si le législateur avait souhaité qu’elles ne tombent pas sous le coup de l’article 46 de la Loi, il aurait pu le faire facilement en adoptant un libellé semblable à celui des règles de Hamburg [*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978*] (annexe 4 de la Loi, articles 2 et 21), qui confirme leur exclusion.

[18] COSIPA a aussi soutenu que la procédure de mise en cause devrait de toute façon être suspendue puisque les tribunaux canadiens constituaient un *forum non conveniens*. Le protonotaire a examiné chacun des facteurs énoncés dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205 (*Spar Aerospace*), puis a conclu que ces facteurs n’étaient pas d’un poids suffisant pour écarter le tribunal choisi par la défenderesse. Le protonotaire a par conséquent rejeté la requête en suspension de la procédure de mise en cause.

[19] The Judge allowed COSIPA's appeal from the Prothonotary's decision. Unlike the Prothonotary, the Judge found that subsection 46(1) of the Act did not apply to charter parties *per se*. Before coming to this conclusion, the Judge carefully considered the ordinary meaning of the words used, the scheme of the Act, the object of the Act, the intention of Parliament and Canada's international obligations.

[20] Though he found that the expression "contract for the carriage of goods by water" in subsection 46(1) was wide enough, in its ordinary meaning, to include charter parties, the Judge nonetheless concluded that, in context, subsection 46(1) did not apply to charter parties.

[21] Canada Moon also argued before the Judge that, in any event, its situation was different from that of Fednav because its contractual relationship with COSIPA was governed by the bills of lading. Thus, even if subsection 46(1) of the Act did not apply to the voyage charter party, it certainly applied to the contract evidenced by the bills of lading. COSIPA responded by arguing that it was not party to the said contract. Canada Moon further submits that insofar as it is concerned, the LOI could not be viewed as an amendment of the charter party (even if this was so *vis-à-vis* Fednav) as it was never a party to that charter party.

[22] The Judge confirmed that the contract between Fednav and COSIPA is found primarily in the charter party rather than the bills of lading. He disagreed with Canada Moon's position that its relationship with COSIPA is governed by the bills of lading. After erroneously noting that the said bills of lading remained in the hands of COSIPA at all material times, the Judge found that they only function as receipts for the goods loaded on-board the ship (paragraph 59 of his reasons).

[23] The Judge also found that:

- More importantly, the respondents admit that the bills of lading incorporated the Gencon standard form charter party by reference. Thus, the charter party would still remain the

[19] Le juge a accueilli l'appel interjeté par COSIPA de la décision du protonotaire. Contrairement à ce dernier, le juge a conclu que le paragraphe 46(1) de la Loi ne s'appliquait pas aux chartes-parties comme telles. Avant d'arriver à cette conclusion, le juge a examiné avec soin les termes de la Loi dans leur sens ordinaire, l'économie de la Loi, l'objet de la Loi, l'intention du législateur et les obligations internationales du Canada.

[20] Bien que le juge ait conclu que le sens ordinaire de l'expression « contrat de transport de marchandises par eau » au paragraphe 46(1) de la Loi était de portée suffisamment large pour inclure les chartes-parties, il a néanmoins conclu qu'en raison du contexte, ce paragraphe ne leur était pas applicable.

[21] Canada Moon a également fait valoir devant le juge qu'en tout état de cause, sa situation différerait de celle de Fednav puisque sa relation contractuelle avec COSIPA était régie par les connaissements. Par conséquent, le paragraphe 46(1) de la Loi, même s'il ne s'appliquait pas à la charte-partie au voyage, s'appliquait sans aucun doute au contrat constaté par les connaissements. COSIPA a répondu qu'elle n'était pas partie à ce contrat. Canada Moon a en outre soutenu qu'en ce qui la concernait, on ne pouvait considérer que la lettre de garantie était une modification de la charte-partie (même si c'en était une à l'égard de Fednav) puisqu'elle n'avait jamais été partie à la charte-partie.

[22] Le juge a confirmé que le contrat intervenu entre Fednav et COSIPA se retrouvait principalement dans la charte-partie plutôt que dans les connaissements. Il n'a pas souscrit à la thèse de Canada Moon selon laquelle les connaissements régissaient la relation de celle-ci avec COSIPA. Après avoir erronément indiqué que les connaissements étaient demeurés pendant toute la période pertinente entre les mains de COSIPA, le juge a conclu qu'ils n'avaient valeur que de preuve de réception des marchandises chargées à bord du navire (paragraphe 59 des motifs).

[23] Le juge a également tiré la conclusion suivante :

- Mais surtout, les défendeurs admettent que les connaissements intégraient par renvoi la charte-partie rédigée selon la formule Gencon. Ainsi, la charte-partie demeurerait le contrat

applicable contract for the carriage of goods between the defendants (Fednav and Canada Moon) and the appellant.

[24] The Judge then went on to agree with the Prothonotary that, in the circumstances, the LOI constituted an amendment to the charter party rather than a separate stand-alone agreement.

[25] In the result, the Judge stayed the third party claim in the Federal Court pending the conclusion of the arbitration in New York under the terms of the voyage charter party. In light of this last conclusion, the Judge did not have to address the motion based on *forum non conveniens*.

#### ISSUES

[26] The ultimate issue in the appeal is the proper disposition of COSIPA's motion for an order staying the third party claim in favour of arbitration proceedings pursuant to the voyage charter party. As I agree that Canada Moon and Fednav stand in different positions in relation to the charter party, their positions must be considered separately.

[27] As regards Fednav, the main issue is the application of subsection 46(1) of the Act to charter parties. As regards Canada Moon, the first issue is the proper interpretation of the LOI, specifically whether the indemnity offered by COSIPA can only be enforced through arbitration proceedings and whether the bills of lading evidence a distinct contract of carriage of goods between COSIPA and Canada Moon.

[28] The questions to be determined therefore are:

(1) Is COSIPA entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Fednav?

(2) Is COSIPA entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Canada Moon?

applicable en ce qui concerne le transport des marchandises entre les défendeurs (Fednav et Canada Moon) et l'appelante.

[24] Le juge a ensuite conclu comme le protonotaire que, dans les circonstances, la lettre de garantie devait être considérée comme une modification de la charte-partie et non comme une entente distincte intervenue entre les parties.

[25] Le juge a par conséquent suspendu la procédure de mise en cause devant la Cour fédérale en attendant l'issue de l'arbitrage à New York en conformité avec les modalités de la charte-partie au voyage. Étant donné cette conclusion, le juge n'avait pas à traiter de la requête fondée sur le principe du *forum non conveniens*.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[26] La question essentielle à trancher dans le présent appel concerne la façon dont il convient de statuer sur la requête de COSIPA visant l'obtention d'une ordonnance suspendant la procédure de mise en cause en faveur de la procédure d'arbitrage prévue dans la charte-partie au voyage. Comme je conviens que la position de Canada Moon diffère de celle de Fednav quant à la charte-partie, je les examinerai de manière distincte.

[27] Pour ce qui est de Fednav, la principale question concerne l'application du paragraphe 46(1) de la Loi aux chartes-parties. Quant à Canada Moon, la question première concerne la juste interprétation à donner à la lettre de garantie et consiste plus particulièrement à savoir si l'indemnisation offerte par COSIPA peut uniquement être mise à exécution par voie d'arbitrage et si les connaissements démontrent l'existence d'un contrat distinct de transport de marchandises intervenu entre COSIPA et Canada Moon.

[28] La Cour est donc appelée à trancher les questions suivantes :

1) COSIPA a-t-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Fednav?

2) COSIPA a-t-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Canada Moon?

(3) If the answer is no in either case, is Canada a *forum non conveniens* for the third party claim?

3) S'il est répondu par la négative à l'une ou l'autre question, le Canada est-il un *forum non conveniens* quant à la mise en cause?

#### STANDARD OF REVIEW

[29] This is an appeal from a decision of a court of first instance. Questions of law are to be reviewed on the correctness standard while questions of fact and mixed fact and law (apart from extricable errors of law) are to be reviewed on the standard of reasonableness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8, 10 and 36.

[30] Except for the proper meaning of “contract for the carriage of goods by water” in section 46 of the Act which, in my view, is an extricable question of law, the other issues raised in this appeal raise questions of mixed fact and law.

#### Is COSIPA entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Fednav?

[31] By its motion, COSIPA seeks to hold Fednav to the bargain it made to arbitrate disputes arising out of the charter party. Clause 19(b) of the charter party reads as follows:

19 ...

(b) This Charter Party shall be governed by and construed in accordance with Title 9 of the United States Code and the Maritime Law of the United States and should any dispute arise out of this Charter party, the matter in dispute shall be referred to three persons at New York, one to be appointed by each of the parties hereto, and a third by the two so chosen; their decision or that of any two of them shall be final, and for purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. The proceedings shall be conducted in accordance with the rules of the Society of Maritime Arbitrators, Inc.

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[29] Il s'agit d'un appel de la décision d'une cour de première instance. La norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte, tandis que celle applicable aux questions mixtes de fait et de droit (à l'exception des erreurs de droit isolables) est celle de la décision raisonnable (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8, 10 et 36).

[30] Sauf en ce qui concerne le sens à donner à l'expression « contrat de transport de marchandises par eau » à l'article 46 de la Loi qui, selon moi, est une question de droit isolable, les autres questions soulevées dans le présent appel sont des questions mixtes de fait et de droit.

#### COSIPA a-t-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Fednav?

[31] Par sa requête, COSIPA veut obliger Fednav à respecter leur entente de soumettre à l'arbitrage tout différend pouvant découler de la charte-partie. La clause 19(b) de la charte-partie prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

19 [...]

(b) La présente charte-partie est régie par le titre 9 du Code des États-Unis et par le droit maritime des États-Unis, conformément auxquels elle doit être interprétée. En cas de litige découlant de la présente charte-partie, la question en litige doit être soumise à trois personnes à New York, une personne nommée par chacune des parties aux présentes et la troisième choisie par les deux premières; leur décision majoritaire est définitive et, aux fins de l'exécution de la décision, cette décision constitue le jugement de la Cour. L'instance se déroulera conformément aux règles de la Society of Maritime Arbitrators, Inc.

[32] The courts will generally respect the choice of commercial entities to resolve their disputes by arbitration (*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paragraph 2):

Absent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause.

[33] In the normal course, then, Fednav would be bound by its agreement to arbitrate. The issue is whether there has been legislative intervention, specifically, whether subsection 46(1) of the Act relieves Fednav from its agreement to arbitrate disputes arising under the charter party. This in turn requires us to determine the meaning of the expression “contract for the carriage of goods by water” found in that subsection.

*The meaning of “contract for the carriage of goods by water”*

[34] Fednav submits that the Judge erred by looking at external aids (particularly the schedules to the Act and the transcript of the Standing Committee on Transport and Government Operations for March 27, 2001 hearings), after having accepted that voyage charter parties in general could come within the ordinary meaning of these words (paragraph 72 of his reasons). It says that there was no ambiguity that justified such an approach.

[35] According to Fednav, the Judge ignored the fact that Canada could well restrict or prohibit arbitration under the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 16 and the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17. It also says that the Judge gave too much weight to the external aids and that he misconstrued the temporal application of section 46 by treating it simply as a transitional measure.

[32] Les tribunaux respectent généralement le choix fait par des entités commerciales de régler leurs différends par voie d’arbitrage (*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, au paragraphe 2) :

En l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion.

[33] En temps normal, Fednav serait donc liée par l’entente d’arbitrage. La question est toutefois de savoir si le législateur est intervenu, et plus particulièrement si le paragraphe 46(1) de la Loi délie Fednav de son consentement à l’arbitrage des différends qui découlent de la charte-partie. Cette question nécessite à son tour que nous établissions le sens de l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » qui figure dans ce paragraphe.

*Le sens de l’expression « contrat de transport de marchandises par eau »*

[34] Fednav soutient que le juge a commis une erreur en tenant compte d’instruments extérieurs (en particulier les annexes de la Loi et la transcription de l’audience tenue le 27 mars 2001 devant le Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales) après avoir convenu que, de manière générale, les chartes-parties au voyage pouvaient être visées par le sens ordinaire de cette expression (paragraphe 72 des motifs). Elle affirme qu’aucune ambiguïté ne justifiait le recours à une telle approche.

[35] D’après Fednav, le juge a fait abstraction du fait que le Canada pouvait fort bien empêcher ou restreindre le recours à l’arbitrage en vertu de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 16, et de la *Loi sur l’arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17. Elle ajoute que le juge a accordé trop de poids aux instruments extérieurs et a interprété incorrectement l’application dans le temps de l’article 46, qu’il a simplement considéré comme une mesure transitoire.



[36] In my view, there is no doubt that the Judge's general approach was justified. To give effect to the modern rule of construction, one must consider the entire context before concluding that there is no ambiguity in a legislative provision. If this were not so, one would simply pay lip service to the modern rule, falling back into the old "plain meaning rule".

[37] The following passage from the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 47, is particularly apposite:

The first part of the inquiry under s. 245(4) requires the court to look beyond the mere text of the provisions and undertake a contextual and purposive approach to interpretation in order to find meaning that harmonizes the wording, object, spirit and purpose of the provisions of the *Income Tax Act*. There is nothing novel in this. Even where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities. "After all, language can never be interpreted independently of its context, and legislative purpose is part of the context. It would seem to follow that consideration of legislative purpose may not only resolve patent ambiguity, but may, on occasion, reveal ambiguity in apparently plain language." See P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4th ed. 2002), at p. 563. In order to reveal and resolve any latent ambiguities in the meaning of provisions of the *Income Tax Act*, the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation. [My emphasis.]

[38] It is for this reason that the Supreme Court of Canada had concluded in a previous paragraph (paragraph 10), on which the appellants relied, by saying that:

The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[39] In *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865, Justice Binnie, writing for the Court, had to determine if the word "owner" as used and defined in the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20 [section 55], included the legal titleholder. It was

[36] Selon moi, il ne fait aucun doute que l'approche générale du juge était justifiée. En conformité avec la règle moderne d'interprétation, il faut lire la disposition légale en cause dans son contexte global avant de conclure qu'il n'y a pas d'ambiguïté. Si un juge n'agissait pas ainsi, il appliquerait uniquement du bout des lèvres la règle moderne d'interprétation, tout en revenant en fait à l'ancienne « règle du sens ordinaire ».

[37] Il convient particulièrement de citer à cet égard le passage suivant de l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 47 :

La première partie de l'examen fondé sur le par. 245(4) exige que le tribunal aille au-delà du simple texte des dispositions et adopte une méthode d'interprétation contextuelle et téléologique en vue de dégager un sens qui s'harmonise avec le libellé, l'objet et l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela n'a rien de nouveau. Même lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. [TRADUCTION] « Après tout, le libellé ne peut jamais être interprété indépendamment de son contexte, et l'objectif législatif fait partie de ce contexte. Il semblerait alors que la prise en compte de l'objectif législatif permette non seulement de dissiper les ambiguïtés manifestes, mais aussi de relever, à l'occasion, des ambiguïtés dans un libellé apparemment clair. » Voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 563. Pour relever et dissiper toute ambiguïté latente du sens des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée. [Non souligné dans l'original.]

[38] C'est pour ce motif que la Cour suprême du Canada avait conclu précédemment, au paragraphe 10 invoqué en l'espèce par les appelantes, ce qui suit :

L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[39] Le juge Binnie, qui a rédigé les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, devait décider si le mot « propriétaire », utilisé et défini dans la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996,

evident that the ordinary and grammatical meaning of the word would include it. Still, the learned Judge noted at paragraph 45 that “it is necessary to suspend judgment on the precise scope of the word ‘owner’ in s. 55(1) and first to examine the ‘contextual’ elements of the Drieger approach.” In the end, he gave more weight to these elements and concluded that this term did not include the legal titleholder.

[40] As noted by Ruth Sullivan in *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th edition (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 21:

Texts are not either plain or ambiguous; rather they are more or less plain and more or less ambiguous. The factors that justify outcomes in statutory interpretation are multiple, involving inferences about meaning and intention derived from the text, non-textual evidence of legislative intent, specialized knowledge, common sense and legal norms. These factors interact in complex ways. It is never enough to say the words made me do it.

[41] In the present case, the Judge was very prudent in his use of the so-called external aids. With respect to the schedule containing the Hamburg Rules, which rules are not yet in force in Canada, he noted at paragraph 75:

The Court cannot rely on the remainder of the Hamburg Rules, which are external to the Act, to interpret section 46, nor can it ignore the fact that the wording of section 46 is taken directly from article 21 of the Hamburg Rules.

[42] The Judge said nothing new with respect to the purpose and origin of section 46, as this was canvassed in details in an earlier decision of this Court in *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, 2006 FCA 284, [2007] 2 F.C.R. 733 (*Magic Sportswear*), at paragraphs 56–66.

[43] Furthermore, the Judge’s comments under the headings of “Scheme of the Act” and “Object of the Act”

ch. 20 [article 55], englobait le propriétaire en titre. Ce dernier était manifestement englobé selon le sens ordinaire et grammatical du mot « propriétaire ». Le juge Binnie a néanmoins fait remarquer (au paragraphe 45) qu’il était « nécessaire de réserver notre jugement sur la portée exacte du terme “propriétaire” au paragraphe 55(1) et d’examiner d’abord les éléments “contextuels” de la méthode préconisée par Driedger ». En fin de compte, il a accordé davantage de poids à ces derniers éléments et a conclu que l’expression n’englobait pas le propriétaire en titre.

[40] Ainsi que Ruth Sullivan l’explique dans son ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham (Ontario), LexisNexis Canada, 2008), à la page 21 :

[TRADUCTION] Les textes ne sont pas évidents ou ambigus; ils sont plutôt plus ou moins évidents et plus ou moins ambigus. Les facteurs qui aident à trancher un problème d’interprétation sont multiples et nécessitent de tirer des inférences au sujet du sens et de l’intention qui se dégagent du texte, de s’appuyer sur une preuve non textuelle de l’intention du législateur, d’utiliser des connaissances spécialisées, de faire preuve de bon sens et de respecter les normes juridiques. L’interaction entre ces divers facteurs est complexe. Il ne suffit jamais de dire que les mots ont conduit à tel ou tel résultat.

[41] En l’espèce, le juge a recouru de manière très prudente aux instruments extérieurs. Le juge a ainsi déclaré ce qui suit au sujet de l’annexe où figurent les règles de Hambourg, qui ne sont pas encore en vigueur au Canada (au paragraphe 75) :

La Cour ne peut invoquer les autres dispositions des règles de Hambourg qui ne font pas partie de la Loi pour interpréter l’article 46, pas plus qu’elle ne peut ignorer le fait que le libellé de l’article 46 s’inspire directement de l’article 21 des règles de Hambourg.

[42] Le juge n’a rien dit de nouveau quant à l’objet et à l’origine de l’article 46, étant donné que notre Cour avait déjà examiné cette question en détail dans l’arrêt *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, 2006 CAF 284, [2007] 2 R.C.F. 733 (*Magic Sportswear*), aux paragraphes 56 à 66.

[43] Les commentaires par ailleurs formulés par le juge sous les titres « Économie de la Loi » et « Objet de

indicate that he correctly understood that a court must consider all evidence, direct and indirect, in respect of the purpose of the Act and the provision under review, as well as the legal context in which it was adopted, which includes the mischief to be addressed. In my view, all the elements considered by the Judge were admissible, and the final construction depends on the weight given to all of them. This is where the Judge parted view with the Prothonotary, who gave predominant weight to the ordinary meaning of the words in subsection 46(1), whereas the Judge believed that this was not determinative in this case.

[44] I am not convinced that the Judge gave undue weight to the elements before him. In any event, I will now explain why I would reach the same conclusion, even assuming without deciding that, as argued by Fednav, section 46 is not a transitional measure.

(i) Legal context

[45] Part 5 [sections 41 to 46] of the Act which incorporates section 46 essentially reproduced the 1993 statute [*Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21] giving effect in stages to two international conventions not ratified by Canada. Thus, as part of the legal context, it is worth considering how these conventions, which will be simply referred to as the Hague-Visby Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*] and the Hamburg Rules, came about, what they covered, and what mischief they were meant to address.

[46] As noted in *Maritime Law* by Edgar Gold *et al.* (Toronto: Irwin Law, 2003) at pages 433–434, in the 19th century, common ocean carriers were treated virtually as insurers of the goods they carried. This led to the inclusion of very wide exclusions of liability clauses in the bills of lading issued by such carriers. Under the near-sacrosanct application of the “freedom to contract” principle at that time, these provisions were enforced by the court even if these contracts were “contracts of

la Loi » permettent de constater qu’il a bien compris qu’une cour devait examiner l’ensemble de la preuve, directe et indirecte, relative à l’objet de la Loi et de la disposition en cause ainsi que le contexte juridique dans lequel la Loi a été adoptée, y compris la situation à réformer. À mon avis, tous les éléments pris en compte par le juge étaient admissibles, l’interprétation ultime à donner étant fonction du poids accordé à chacun. C’est en cela que le juge a divergé d’opinion avec le protonotaire — ce dernier ayant privilégié le sens ordinaire des mots du paragraphe 46(1) — et estimé que le sens ordinaire n’avait pas en l’espèce un caractère déterminant.

[44] Je ne suis pas d’avis que le juge a accordé un poids trop grand aux éléments qu’on lui avait présentés. Quoi qu’il en soit, je vais maintenant expliquer pourquoi je serais arrivée à la même conclusion même en supposant, sans toutefois tirer une conclusion à cet égard, que l’article 46 n’est pas une mesure transitoire, comme l’a soutenu Fednav.

i) Le contexte juridique

[45] La partie 5 [articles 41 à 46] de la Loi qui renferme l’article 46 a reproduit essentiellement la loi de 1993 [*Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21] mettant en œuvre par étapes deux conventions internationales non ratifiées par le Canada. Pour bien établir le contexte juridique, il sera donc utile d’examiner l’origine de ces conventions, qu’on appellera simplement les règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissement*, qui constitue l’annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*] et les règles de Hambourg, la portée de ces conventions et la situation qu’elles visaient à réformer.

[46] Au XIX<sup>e</sup> siècle, comme Edgar Gold *et al.* l’ont mentionné dans leur ouvrage *Maritime Law* (Toronto : Irwin Law, 2003), aux pages 433 et 434, on considérait que les transporteurs maritimes généraux étaient, de fait, les assureurs des marchandises qu’ils transportaient. Cette situation a conduit ces transporteurs à inclure des clauses d’exclusion de responsabilité très larges dans les connaissements qu’ils délivraient. Or, selon le principe presque sacro-saint de la « liberté contractuelle », les

adhesion” for the most part. Clauses of the bills of lading were essentially boilerplate, and were dictated by the carriers.

[47] After an unsuccessful attempt at creating a more balanced international regime, a number of States, such as the United States (in 1893), Australia (in 1904), New Zealand (in 1908), and Canada (in 1910), adopted what might be considered the first consumer protection legislation regulating the rights and obligations of ocean carriers under bills of lading, albeit in the commercial world.

[48] As noted by the learned authors, “It soon became clear that a proliferation of national legislation imposing different rules on merchant ships, which, by the nature of their business, call in many different countries, would cause legal confusion and inhibit trade” (*Maritime Law*, above, at page 433).

[49] Thus, shortly after the Comité Maritime International (CMI) was founded in 1897, efforts were made to establish an international uniform set of rules dealing with the rights and obligations of carriers under contracts of carriage of goods evidenced by bills of lading used by common carriers. This resulted in the so-called Hague Rules of 1924 [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August 1924], which Convention came into force in 1931. Those Rules were widely adopted throughout the world. Canada incorporated them in its domestic legislation in 1936 [*Water Carriage of Goods Act, 1936 (The)*, S.C. 1936, c. 49].

[50] Updating and revising the Hague Rules became necessary because of various technological developments in the shipping trade including, for example, the use of containers. The Hague-Visby Rules were adopted in 1968.

[51] Then, in the mid-1970s, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) became interested in this topic for the first time and

tribunaux ont appliqué ces clauses même si, la plupart du temps, il s’agissait de « contrats d’adhésion ». Il s’agissait essentiellement de clauses types imposées par les transporteurs.

[47] Après une tentative infructueuse de création d’un régime international plus équilibré, un certain nombre d’États, notamment les États-Unis (en 1893), l’Australie (en 1904), la Nouvelle-Zélande (en 1908) et le Canada (en 1910), ont adopté ce que l’on pourrait considérer comme la première législation sur la protection des consommateurs, quoique dans la sphère commerciale, qui réglait les droits et les obligations des transporteurs maritimes découlant des connaissements.

[48] Comme l’ont souligné les auteurs, [TRADUCTION] : « Il est vite devenu évident que la prolifération des textes législatifs nationaux imposant des règles différentes aux navires marchands qui, de par la nature de leurs activités, font escale dans différents pays allait créer de la confusion juridique et entraver le commerce » (*Maritime Law*, précité, à la page 433).

[49] Ainsi, peu après la création du Comité maritime international (CMI) en 1897, on a tenté d’établir un ensemble de règles internationales uniformes traitant des droits et des obligations des transporteurs aux termes des contrats de transport de marchandises constatés par des connaissements en usage parmi les transporteurs généraux. Il en est résulté les règles de La Haye de 1924 [*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924], convention qui est entrée en vigueur en 1931. Ces règles ont été très largement adoptées dans le monde. Le Canada a intégré ces règles à sa législation nationale en 1936 [*Loi du transport des marchandises par eau, 1936*, S.C. 1936, ch. 49].

[50] Diverses avancées technologiques dans le domaine du commerce maritime, par exemple l’utilisation de conteneurs, ont rendu nécessaires la mise à jour et la révision des règles de La Haye. Ainsi, les règles de La Haye-Visby ont été adoptées en 1968.

[51] Par la suite, au milieu des années 1970, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la CNUDCI) s’est intéressée pour la

undertook to create a new convention dealing with carriage of goods by sea. This resulted in the Hamburg Rules of 1978. These Rules were meant to also apply to new types of sea carriage documents used by common carriers—for example the sea waybill, which had different characteristics than the traditional bills of lading. These Rules provided, among other things, for higher limits of liability than the Hague-Visby Rules and fewer excepted perils. They also applied to carriage from as well as to a Contracting State, and included for the first time, detailed provisions dealing with jurisdiction and arbitration clauses (articles 21 and 22).

[52] As noted in *Maritime Law* (above, at page 434), “About two dozen states, few of whom are significant maritime trading nations, apply the *Hamburg Rules*. The rest of the world operates under the *Hague Rules* or the *Hague-Visby Rules* or some variants of them.” Since the date of publication of this book, five more countries implemented the Hamburg Rules. None are significant maritime trading nations.

[53] In 1991, Australia adopted a two-step approach giving immediate effect to the Hague-Visby Rules (Schedule 1 to the Australian Act [*Carriage of Goods by Sea Act 1991*, No. 160]) with some amendments. For example, like the Hamburg Rules, the Australian rules were meant to apply to other “sea carriage documents”, such as sea waybills, consignment notes and other non-negotiable documents. The Hamburg Rules were included in a second schedule which ultimately never came into force. In effect, the Australian statute provided a maximum period of 10 years during which the Schedule containing the Hamburg Rules could be proclaimed in force.

[54] In 1993, Canada adopted a similar approach with a new *Carriage of Goods by Water Act* (S.C. 1993 c. 21, repealed), which extended the application of the Hague-Visby Rules to domestic shipments. The *Carriage of*

première fois à ce sujet et a travaillé à l’élaboration d’une nouvelle convention relative au transport de marchandises par mer. Il en est résulté cette fois les règles de Hambourg de 1978. Ces règles devaient aussi s’appliquer à de nouveaux types de documents de transport par mer utilisés par les transporteurs généraux — les lettres de transport maritime, par exemple, dotées de caractéristiques différentes de celles des connaissements traditionnels. Ces règles prévoyaient notamment des limites de responsabilité plus élevées, et moins de cas d’irresponsabilité, que les règles de La Haye-Visby. Elles s’appliquaient aussi au transport en provenance tout autant qu’à destination d’un État contractant, et comportaient pour la première fois des dispositions détaillées sur la compétence et les clauses d’arbitrage (articles 21 et 22).

[52] Tel qu’il est mentionné dans *Maritime Law* (précité, à la page 434) [TRADUCTION] : « Une vingtaine d’États, dont un petit nombre seulement sont de grandes nations maritimes, appliquent les règles de Hambourg. Les autres pays appliquent les règles de La Haye ou les règles de La Haye-Visby, ou des variantes de celles-ci. » Cinq nouveaux pays ont mis en œuvre les règles de Hambourg depuis la publication de cet ouvrage, mais aucun d’eux n’est une importante nation maritime.

[53] Recourant à une approche en deux temps en 1991, l’Australie a d’abord donné effet immédiat aux règles de La Haye-Visby (annexe 1 de la loi australienne [*Carriage of Goods by Sea Act 1991*, No. 160]), assorties de certaines modifications. Par exemple, comme les règles de Hambourg, les règles australiennes étaient censées s’appliquer à d’autres [TRADUCTION] « documents de transport par mer » tels que les lettres de transport maritime, les bordereaux d’expédition et d’autres documents non négociables. Les règles de Hambourg étaient intégrées à une deuxième annexe, qui n’a finalement jamais été mise en vigueur. En fait, la loi australienne fixait une limite maximale de 10 ans pour l’entrée en vigueur de l’annexe renfermant les règles de Hambourg.

[54] En 1993, le Canada a recouru à une approche similaire en adoptant une nouvelle *Loi sur le transport des marchandises par eau* (L.C. 1993, ch. 21, abrogée), qui rendait les règles de La Haye-Visby applicables au

*Goods by Water Act* also extended their application to shipments from countries that implemented the Hague-Visby Rules, even if, like Canada, they were not Contracting States within the meaning of that convention.

[55] In 2001, the Act was adopted to consolidate all Canadian legislation dealing with marine liability. Part 5 of the Act replaced the 1993 *Carriage of Goods by Water Act*. More will be said later in relation to section 46, the only new provision in Part 5.

[56] To complete this history, it is worth noting that the so-called Rotterdam Rules were adopted in 2008 [*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*]. These Rules cover more subject-matter than any of the previous rules discussed above, and are meant to apply to all the contracts of carriage of goods covered by the Hamburg Rules, including for the first time any such contract concluded solely through electronic communication. These Rules have yet to come into force, although the United States, France, Spain, Sweden, Norway and the Netherlands are among the 24 signatories of the Convention.

[57] It is important to note that none of the international regimes discussed above regulate the rights and obligations of parties to a charter party. They all specifically mention that the rules will essentially only come into play when a distinct contract for the carriage of goods exists or “springs to life”, for example through the endorsement of a bill of lading between a carrier and a person who is not a party to a charter party.

[58] At this stage, it is useful to describe the different types of charter parties that are used, and explain why these contracts were not regulated like the contracts for carriage covered by the various international regimes.

[59] Charter parties are normally described as contracts of hire of a ship. In French they are referred to as “*contrats d’affrètement*” (see William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4th edition (Cowansville, Quebec: Yvon

transport national, ainsi qu’aux chargements provenant de pays ayant mis ces règles en œuvre même si, comme le Canada, il ne s’agissait pas d’États contractants au sens de la convention.

[55] La Loi, adoptée en 2001, réunissait toute la législation canadienne traitant de la responsabilité en matière maritime. La partie 5 de la Loi a remplacé la *Loi sur le transport des marchandises par eau* de 1993. Un peu plus loin, nous nous pencherons davantage sur l’article 46, le seul nouvel article de la partie 5.

[56] Pour achever cet historique, il convient de signaler l’adoption en 2008 des règles de Rotterdam [*Convention des Nations Unies sur le contrat de transport internationale de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*]. Ces règles, qui ont une plus large portée que les autres règles déjà examinées, sont destinées à s’appliquer à tous les contrats de transport de marchandises visés par les règles de Hambourg, y compris pour la première fois les contrats conclus uniquement par voie électronique. Les États-Unis, la France, l’Espagne, la Suède, la Norvège et les Pays-Bas sont parmi les 24 signataires de la Convention, mais les règles ne sont toujours pas en vigueur.

[57] Il importe de noter qu’aucun des régimes internationaux dont on a traité ne réglemente les droits et obligations des parties à une charte-partie. On mentionne expressément dans tous ces régimes que les règles n’entrent en jeu que lorsqu’un contrat de transport de marchandises distinct existe ou « prend vie », par exemple au moyen de l’endorsement d’un connaissement intervenu entre un transporteur et une personne non partie à une charte-partie.

[58] Il sera maintenant utile de décrire les différents types de chartes-parties utilisées et d’expliquer pourquoi ces contrats n’étaient pas réglementés au même titre que les contrats de transport visés par les divers régimes internationaux.

[59] Les chartes-parties sont habituellement décrites comme des contrats de location de navire. On les désigne aussi sous le nom de « contrats d’affrètement » (voir William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4<sup>e</sup> éd.

Blais, 2008), at page 530, note 24). There are three main types of charter parties:

(i) the bareboat or demise charter, which provides for the hire of an unmanned ship;

(ii) the time charter parties, which are contracts for the hire of a fully manned ship for a specific duration. These include the more recent type of time charter, referred to as a slot-charter, where for example a carrier will hire from a competitor specific space or a slot (container-ship) for a specific time period;

(iii) the voyage charter parties, which are used to hire a specific ship or type of ships for one or more voyages.

[60] As pointed out by John F. Wilson in *Carriage of Good by Sea*, 6th edition (Harlow, England: Pearson/Longman, 2008), at pages 3–4, it is common knowledge that:

A charterparty is a contract which is negotiated in a free market, subject only to the laws of supply and demand. While the relative bargaining strengths of the parties will depend on the current state of the market, shipowner and charterer are otherwise able to negotiate their own terms free from any statutory interference. In practice, however, they will invariably select a standard form of charterparty as the basis of their agreement, to which they will probably attach additional clauses to suit their own requirements. These standard forms have a variety of origins. Some have developed over a number of years in association with a particular trade, such as grain, coal or ore, while others have been designed by individual firms with a monopoly in a particular field, such as the transport of oil. A considerable number which have appeared during the past century, however, are the products of the documentary committees of such bodies as the United Kingdom Chamber of Shipping, the Baltic and International Maritime Conference and the Japanese Shipping Exchange, on many of which both shipowner and charterer interests are represented.

The existence of these standard forms is of considerable advantage in international trade where the parties may be domiciled in different countries and their negotiations hampered by language problems. In such circumstances, parties conversant with the terms of a standard form are unlikely to be caught

(Cowansville (Québec) : Yvon Blais, 2008, à la page 530, note 24). Il y a trois principaux types de chartes-parties :

i) les chartes-parties coque nue, portant sur la location d'un navire sans équipage;

ii) les chartes-parties à temps, qui sont des contrats de location pour une durée déterminée d'un navire avec équipage complet. Cela comprend le plus récent type d'affrètement à temps, appelé le contrat d'affrètement de compartiment, aux termes duquel, par exemple, un transporteur loue auprès d'un concurrent un espace ou un compartiment (espace de conteneur) particulier pour une période précise;

iii) les chartes-parties au voyage, utilisées pour la location d'un navire précis ou d'un type particulier de navires pour un ou plusieurs trajets.

[60] Les faits suivants sont de notoriété publique, comme le fait remarquer John F. Wilson dans son ouvrage *Carriage of Goods by Sea*, 6<sup>e</sup> édition (Harlow, Angleterre : Pearson/Longman, 2008), aux pages 3 et 4 :

[TRADUCTION] Une charte-partie est un contrat négocié dans un marché libre et assujéti uniquement aux lois de l'offre et de la demande. Le pouvoir de négociation relatif des parties dépend de l'état du marché, mais le propriétaire du navire et l'affréteur peuvent par ailleurs négocier les conditions du contrat à leur guise, sans être assujétis à la moindre disposition légale. En pratique, toutefois, ceux-ci utilisent invariablement comme fondement de leur entente une charte-partie type à laquelle ils ajoutent le plus souvent des clauses pour satisfaire à leurs besoins particuliers. Les documents types sont de diverses origines. Certains ont été élaborés au fil des ans en lien avec un commerce particulier, comme celui des grains, du charbon ou des minerais, tandis que d'autres ont été conçus par des entreprises individuelles disposant d'un monopole dans un domaine donné, comme celui du transport du pétrole. Un nombre important de ces documents ont toutefois été conçus au siècle dernier par des comités spécialisés d'organismes tels que la United Kingdom Chamber of Shipping, le Conseil maritime baltique et international ou la bourse maritime du Japon, où bien souvent les intérêts tant des propriétaires de navires que des affréteurs étaient représentés.

L'existence de ces documents types est très utile pour le commerce international, alors que les parties peuvent avoir leur domicile dans des pays différents et les négociations peuvent être entravées par des problèmes de langue. Cela étant, les parties qui connaissent les conditions d'un document type

by an unusual or unexpectedly onerous clause, and accordingly can concentrate their attention on the essential terms covering such matters as freight, laytime and demurrage rates.

[61] One can readily see that the imbalance in the bargaining power that is the mischief that led to the development of the various international regimes discussed above did not exist in relation to charter parties. The liner trade (common carriers operating regular services in certain areas, using the sea carriage documents covered by the various international regimes) is simply quite different from the tramp trade (chartered vessels). There was thus no policy to restrict the freedom to contract of parties to such agreements.

#### (ii) Arbitration and jurisdiction

[62] The traditional mode of settling charter party disputes has been arbitration. This is based on the belief of the parties that these disputes require technical and specialized knowledge that experienced arbitrators possess. In fact, many arbitrators specialize in certain types of charter parties for certain types of cargos, e.g. oil. The arbitral case law is important. However, it is not commonly available because most arbitration awards are private.

[63] In the 1970s, one could often find jurisdictional clauses and even some arbitration clauses in bills of lading. This raised the question of whether such clauses were contrary to paragraph 8 of Article III of the Hague Rules or Hague-Visby Rules which prohibit any clause lessening the carrier's liability. At the time, national laws were not uniform as to how they dealt with such jurisdiction clauses. For example, the validity of such clauses was controversial even in the United States. In fact, it is only in the 1990s that the debate ended with two decisions of the U.S. Supreme Court in *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 85 (1991) (jurisdiction clause), and in *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. The M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995) (arbitration clause)

risquent moins d'être prises au dépourvu par une clause inhabituelle ou inopinément lourde de conséquences, et peuvent ainsi concentrer leur attention sur les clauses essentielles portant sur des questions telles que le fret, les staries et les surestaries.

[61] On peut facilement comprendre que le déséquilibre dans le pouvoir de négociation qui a conduit à l'élaboration des divers régimes internationaux décrits précédemment n'était pas présent dans le cas des chartes-parties. Comme le trafic de ligne (les transporteurs généraux qui offrent des services réguliers dans certaines régions et recourent aux documents de transport par mer visés par les divers régimes internationaux) est tout simplement très différent du transport maritime à la demande (les navires affrétés), aucune raison n'existait de restreindre la liberté de contracter des parties à de tels contrats.

#### ii) Arbitrage et compétence

[62] Le mode traditionnel de règlement des différends liés à une charte-partie est l'arbitrage. Les parties à ces contrats croient en effet que, pour ces différends, les connaissances spécialisées et techniques d'arbitres chevronnés sont requises. Bon nombre d'arbitres, d'ailleurs, se spécialisent dans des types particuliers de chartes-parties visant certains types de cargaisons (par ex. le pétrole). La jurisprudence arbitrale est importante. Toutefois, on ne peut généralement pas consulter ces décisions parce que la plupart d'entre elles sont confidentielles.

[63] Dans les années 1970, les connaissements renfermaient souvent des clauses attributives de compétence et même des clauses d'arbitrage. On s'est donc demandé si de telles clauses enfreignaient les dispositions de l'article III, paragraphe 8 des règles de La Haye ou des règles de La Haye-Visby interdisant toute clause qui restreint la responsabilité du transporteur. À l'époque, les lois nationales ne régissaient pas de manière uniforme les clauses de compétence. La validité de ces clauses a même fait l'objet de controverse aux États-Unis, par exemple. Le débat n'y a en fait pris fin que dans les années 1990 lorsque, dans les arrêts *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 85 (1991) (clause de compétence), et *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. The*



recognizing the enforceability of such clauses in bills of lading.

[64] Furthermore, the cost of enforcing small cargo claims outside of one's jurisdiction was seen as unfair by many delegations at UNCITRAL, especially when the carrier imposed a forum that had no relation to the carriage performed (for example, a clause giving jurisdiction to courts in London, England, in a bill of lading covering a voyage from the United States to Africa). This is what led to the adoption of articles 21 and 22 of the Hamburg Rules.

[65] In some countries that did not generally embrace the Hamburg Rules, legislators chose to incorporate into their domestic legislation implementing the other international regimes, provisions similar to articles 21 and 22 of the Hamburg Rules. These countries include South Africa (1986), Australia (1991), New Zealand (1994) and the Scandinavian countries (Norway, Finland, Denmark and Sweden) (1994).

[66] At first glance, subsection 46(1) appears to be the Canadian response to the mischief which led to the adoption of articles 21 and 22 of the Hamburg Rules and to the national provisions referred to above. This view is somewhat corroborated by what one finds in the Legislative Summary cited by the Judge at paragraphs 82 and 83 of his reasons [Legislative Summary LS-377E, *Bill S-2: Marine Liability Act*, February 5, 2001]. More particularly, in respect of section 46, one can read at paragraph 83 of the reasons that:

According to departmental sources, the fact that Hague-Visby Rules, unlike the Hamburg Rules, contain no jurisdiction clause has given rise to some problems where the inclusion of foreign jurisdiction clauses in bills of lading has prevented adjudication or arbitration of any dispute in Canada. Accordingly, an amendment is needed to confirm Canadian jurisdiction in situations where a bill of lading stipulates that disputes must be submitted to foreign Courts.

*M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995) (clause d'arbitrage), la Cour suprême des États-Unis a reconnu le caractère exécutoire de telles clauses dans les connaissements.

[64] En outre, plusieurs délégations auprès de la CNUDCI ont jugé inéquitable que des frais doivent être engagés pour l'exécution de petites créances maritimes dans un autre ressort, particulièrement lorsque le tribunal choisi par le transporteur n'avait aucun lien avec le transport effectué (dans le cas, par exemple, d'une clause attribuant la compétence aux tribunaux de Londres dans un connaissement visant un voyage entre les États-Unis et l'Afrique). C'est cette situation qui a donné lieu à l'adoption des articles 21 et 22 des règles de Hambourg.

[65] Les législateurs de certains pays qui n'ont pas adopté les règles de Hambourg de manière globale ont choisi d'intégrer à leur législation nationale mettant en œuvre les autres régimes internationaux des dispositions semblables aux articles 21 et 22 de ces règles. On compte parmi ces pays l'Afrique du Sud (1986), l'Australie (1991), la Nouvelle-Zélande (1994) et les pays scandinaves (Norvège, Finlande, Danemark et Suède) (1994).

[66] À première vue, le paragraphe 46(1) semble être la réponse canadienne au problème qui a conduit à l'adoption des articles 21 et 22 des règles de Hambourg et des diverses dispositions nationales mentionnées précédemment. Le Résumé législatif cité par le juge aux paragraphes 82 et 83 de ses motifs [Résumé législatif LS-377F. *Projet de loi S-2 : Loi sur la responsabilité en matière maritime*, 5 février 2001] le confirme d'une certaine manière, tout particulièrement le passage suivant traitant de l'article 46 (au paragraphe 83) :

Selon la documentation du ministère, comme les règles de La Haye-Visby, à la différence des règles de Hambourg, ne renferment aucune clause de juridiction, certains problèmes se sont présentés lorsque des clauses de juridiction étrangère incluses dans des connaissements ont empêché le règlement ou l'arbitrage d'un litige au Canada. Une modification s'impose donc pour confirmer la compétence du Canada dans les cas où un connaissement stipule que les litiges doivent être soumis à un tribunal étranger.

[67] In *Marine Cargo Claims*, above, at pages 1424–1425, William Tetley notes that the Canadian provision is less restrictive than most of the provisions adopted in other countries, for it does not prohibit the ousting of the Canadian jurisdiction. Section 46 only gives an option to the claimant to arbitrate or litigate in Canada in certain circumstances. The learned author adds that “[t]his solution seems fair and reasonable pending Canada’s possible eventual transition from the Hague-Visby Rules to the Hamburg Rules.”

[68] Quite apart from the above-mentioned developments, arbitration has become a favourite method of settling international commercial disputes, generally. This led to the adoption of various international instruments. As noted earlier, in the mid-1980s, Canada adopted the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 16 (the New York Convention Act), and the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17.

[69] Pursuant to article 8(1) of the *Commercial Arbitration Code*, included as Schedule 1 to the *Commercial Arbitration Act*, Canadian courts “shall” stay proceedings in the presence of a valid and enforceable arbitration clause. Obviously, when section 46 of the Act applies, the arbitration clause is not enforceable in Canada (see article 1(3) of the *Commercial Arbitration Code*).

[70] Nevertheless, the Court should be prudent in construing subsection 46(1), as one should not too readily assume that Parliament has limited the effect of arbitration clauses in respect of disputes that have traditionally been the subject of arbitration, like charter party disputes.

### (iii) Scheme of the Act

[71] The Act itself says nothing about its purpose and object. I have already referred to the Legislative Summary cited by the Judge. I will only note that it confirms that the Act sought to consolidate existing

[67] Dans son ouvrage *Marine Cargo Claims*, précité, William Tetley fait remarquer, aux pages 1424 et 1425, que la disposition canadienne est moins restrictive que la plupart des dispositions adoptées par les autres pays, puisqu’elle n’interdit pas d’écarter la compétence canadienne. L’article 46 ne fait que permettre à un réclamant d’intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada dans certaines circonstances. L’auteur ajoute [TRADUCTION] : « Cette solution semble juste et raisonnable en attendant l’éventuelle transition du Canada des règles de La Haye-Visby aux règles de Hambourg. »

[68] Indépendamment de l’évolution susmentionnée, l’arbitrage est généralement devenu un mode privilégié de règlement des différends commerciaux internationaux, ce qui a conduit à l’adoption de divers instruments internationaux. Comme nous l’avons vu, le Canada a ainsi adopté au milieu des années 1980 la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 16 (la Loi sur la Convention de New York) et la *Loi sur l’arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17.

[69] En vertu de l’article 8-1 du *Code d’arbitrage commercial*, inclus à titre l’annexe 1 à la *Loi sur l’arbitrage commercial*, le tribunal canadien suspendra l’instance en présence d’une clause d’arbitrage valide et susceptible d’être exécutée. Une clause d’arbitrage n’est pas exécutoire au Canada, bien sûr, lorsque l’article 46 de la Loi est applicable (voir l’article 1-3 du *Code d’arbitrage commercial*).

[70] La Cour doit néanmoins faire preuve de prudence dans l’interprétation du paragraphe 46(1), étant donné qu’il ne faut pas présumer trop facilement que le législateur a restreint l’effet des clauses d’arbitrage à l’égard des différends qu’on avait pour coutume de soumettre à l’arbitrage, comme ceux liés aux chartes-parties.

### iii) L’économie de la Loi

[71] La Loi ne donne aucune indication quant à son objet. J’ai déjà renvoyé au Résumé législatif cité par le juge. Je ferai simplement observer qu’on y confirme que la Loi visait à refondre en une seule loi les divers

marine liability regimes (fatal accidents; limitation of liability for maritime claims; liability for carriage of goods by water; liability and compensation for pollution damage) into a single piece of legislation. The specific passage regarding the purpose and object of section 46 was discussed earlier (also see *Magic Sportswear*, above, at paragraphs 56–66).

[72] There is no definition of “contract for the carriage of goods” in Part 5. This expression is used in sections 43, 45 and 46. After defining the “Hague-Visby Rules” and the “Hamburg Rules”, section 43 gives the Hague-Visby Rules force of law in Canada in respect of contracts for the carriage of goods by water between different states, as described in Article X of the said Rules, reproduced in Schedule 3 to the Act. This applies until the entry into force of section 45 (subsection 43(4) of the Act). This means that they will apply to all contracts for the carriage of goods evidenced by a bill of lading issued in a Contracting State, or to any carriage from a Contracting State (port of loading), or to a contract evidenced by a bill of lading that incorporates them. Subsection 43(2) extends the reach of the Hague-Visby Rules to apply to domestic carriages unless there is no bill of lading issued and the contract stipulates that the Rules do not apply.

[73] For the purpose of applying subsection 43(1), subsection 43(3) provides that the expression “Contracting States” will include States which, like Canada, implemented the Hague-Visby Rules in their domestic legislation without becoming a party to the convention.

[74] Section 44 indicates that the Minister will report to Parliament every five years on whether the Hague-Visby Rules should be replaced by the Hamburg Rules. The last report was issued in 2009 and it recommended against the implementation of the Hamburg Rules because of the low percentage of Canadian trade to countries that had implemented them.

régimes de responsabilité existants en matière maritime (accidents mortels; limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes; responsabilité civile lors du transport de marchandises par eau; responsabilité civile et indemnisation pour les dommages dus à la pollution). On a déjà traité du passage précis du résumé qui traite de l’objet de l’article 46 (voir également l’arrêt *Magic Sportswear*, précité, aux paragraphes 56 à 66).

[72] L’expression « contrat de transport de marchandises par eau », utilisée aux articles 43, 45 et 46, n’est pas définie à la partie 5 de la Loi. Après avoir défini les termes « règles de Hambourg » et « règles de La Haye-Visby », l’article 43 confère à ces dernières règles force de loi au Canada à l’égard des contrats de transport de marchandises par eau conclus entre les différents États selon les règles d’application visées à l’article X de ces règles, dont le texte est reproduit à l’annexe 3 de la Loi. Ces règles s’appliquent jusqu’à l’entrée en vigueur de l’article 45 (paragraphe 43(4) de la Loi). Il s’ensuit que les règles de La Haye-Visby s’appliqueront à tous les contrats de transport de marchandises attestés par un connaissement délivré dans un État contractant, à tout transport à partir d’un État contractant (le port de chargement) et à tout contrat attesté par un connaissement qui intègre ces règles. Le paragraphe 43(2) étend la portée des règles de La Haye-Visby aux contrats de transport interne, à moins qu’ils ne soient pas assortis d’un connaissement et qu’ils stipulent que ces règles ne s’appliquent pas.

[73] Le paragraphe 43(3) prévoit que, pour l’application du paragraphe 43(1), l’expression « État contractant » vise tout État qui, à l’instar du Canada, n’étant pas lui-même partie à la convention, a donné force de loi aux règles de La Haye-Visby dans sa législation nationale.

[74] L’article 44 prévoit pour sa part que le ministre examine, tous les cinq ans, la possibilité de remplacer les règles de La Haye-Visby par les règles de Hambourg et en fait rapport au Parlement. On recommandait dans le dernier rapport, publié en 2009, de ne pas mettre en œuvre les règles de Hambourg en raison de la faible proportion du commerce entre le Canada et les pays qui, eux, les avaient alors mises en œuvre.

[75] Section 45, which is not yet in force, also refers to contracts for the carriage of goods by water between different states as described in article 2 of the Hamburg Rules. As mentioned earlier, the said rules have a wider application given that they will apply to various non-negotiable documents such as sea waybills issued in the Contracting State or to carriage to or from a Contracting State. Again, once in force, the Hamburg Rules will also apply to domestic carriage, unless the contract stipulates that the Rules will not apply. One notes that there is no reference to bills of lading in subsection 45(2) because the contracts of carriage to which the Rules can apply are broader and include documents such as sea waybills. Subsection 45(3) is meant to mirror subsection 43(3).

[76] We then come to subsection 46(1) which, as mentioned, starts with the words:

**46.** (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply....

[77] As acknowledged by the Judge at paragraph 72 of his reasons, the ordinary (more accurately, the dictionary meaning) of “carriage of goods by water” could include charter parties because all such contracts are ultimately entered into in order “to convey goods” by water.

[78] That said, in the context of legislation dealing with the rights and obligations of common carriers and which implements international rules, I am satisfied that this expression would not and should not be understood to include charter parties.

[79] This legal conclusion is consistent with commercial reality. Charter parties are contracts between commercial entities dealing directly with each other, whose execution and enforcement are the private concern

[75] L'article 45, non encore en vigueur, fait aussi mention des contrats de transport de marchandises par eau conclus entre les différents États selon les règles d'application visées à l'article 2 des règles de Hambourg. Comme nous l'avons vu précédemment, ces règles sont d'une portée plus large : elles s'appliqueront à divers documents non négociables tels que les lettres de transport maritime délivrées dans un État contractant, ou pour le transport en provenance ou à destination d'un État contractant. Encore une fois, lorsqu'elles seront en vigueur, les règles de Hambourg s'appliqueront également au transport interne, à moins que le contrat en cause ne stipule que les règles ne s'appliquent pas. On remarquera qu'aucune mention n'est faite des connaissements au paragraphe 45(2); cela vient du fait que la gamme des contrats de transport auxquels les règles peuvent s'appliquer est plus étendue et comprend des documents tels que les lettres de transport maritime. Quant au paragraphe 45(3), il fait écho au paragraphe 43(3).

[76] Nous en arrivons maintenant au paragraphe 46(1) qui débute, comme nous l'avons déjà indiqué, par les mots suivants :

**46.** (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujetti aux règles de Hambourg [...]

[77] Au paragraphe 72 de ses motifs, le juge a reconnu qu'en fonction de son sens ordinaire (ou plus précisément du sens donné par les dictionnaires), l'expression « contrat de transport de marchandises par eau » pourrait comprendre les chartes-parties puisqu'en dernière analyse, ces contrats sont tous conclus en vue de « transporter des marchandises » par eau.

[78] Cela dit, je suis toutefois convaincue que, s'agissant de dispositions légales qui traitent des droits et obligations des transporteurs généraux et qui mettent en œuvre des règles internationales, cette expression n'inclut pas et ne doit pas être interprétée comme incluant les chartes-parties.

[79] Cette conclusion de droit est conforme à la réalité commerciale. Les chartes-parties sont des contrats conclus par des personnes morales commerciales directement entre elles et dont l'exécution, forcée ou non,

of the contracting parties. There is no policy reason why such actors should not be held to their bargains.

[80] To reiterate, considering the general purpose of Part 5 and the mischief that section 46 was meant to cure (that is, boilerplate jurisdiction and arbitration clauses dictated by carriers to the detriment of Canadian importers or exporters who became parties to such contracts), and the different commercial reality that lead to the conclusion of charter parties, the Judge's conclusion that the voyage charter party under review is not covered by subsection 46(1) is correct.

(iv) The LOI

[81] Fednav argues that its third party proceeding against COSIPA is based at least in part (corrosion damage) on the LOI, which, contrary to the Judge's and the Prothonotary's finding, is a stand-alone contract that is not subject to the arbitration clause in the voyage charter party. In its view, the Judge misconstrued the evidence in that respect.

[82] As mentioned, Fednav as a party to the voyage charter party is bound to arbitrate all its disputes (certainly those based on clause 5(a)) with COSIPA in any event. The issue here is therefore whether COSIPA's undertaking in the LOI, if construed to include an indemnity to Fednav itself, is also subject to the arbitration clause as a dispute under the charter party.

[83] The Judge's conclusion that the LOI was an amendment to the charter party with Fednav is logical and amply supported by the evidence before him. I have not been convinced that he made a palpable and overriding error that would justify this Court's intervention.

[84] Fednav is thus bound by its agreement to arbitrate these disputes with COSIPA in New York.

constitue pour les cocontractants une affaire privée. Aucune raison de principe ne justifie que ces parties ne soient pas tenues de respecter leurs engagements.

[80] Je le répète, compte tenu de l'objet général de la partie 5 et de la situation que l'article 46 visait à réformer (c'est-à-dire les clauses de compétence et d'arbitrage types dictées par les transporteurs au détriment des importateurs et exportateurs canadiens devenus parties aux contrats en cause), et compte tenu de la réalité commerciale particulière qui conduit à la conclusion de chartes-parties, le juge a eu raison de conclure que la charte-partie au voyage en cause n'était pas visée par le paragraphe 46(1).

iv) La lettre de garantie

[81] Fednav soutient que la mise en cause à l'encontre de COSIPA se fonde, en partie du moins (quant aux dommages dus à la corrosion), sur la lettre de garantie, qui constitue, contrairement à ce qu'ont conclu le juge et le protonotaire, un contrat autonome non assujéti à la clause d'arbitrage de la charte-partie au voyage. Fednav estime que le juge a mal interprété la preuve à cet égard.

[82] Or, comme nous l'avons vu, en tant que partie à la charte-partie au voyage, Fednav est de toute façon tenue de soumettre à l'arbitrage tous les différends qui l'opposent à COSIPA (et assurément ceux fondés sur la clause 5(a)). La question est donc de savoir si l'engagement contracté par COSIPA dans la lettre de garantie, si on l'interprète comme comprenant celui d'indemniser Fednav elle-même, est aussi soumis à la clause d'arbitrage en tant que différend découlant de la charte-partie.

[83] La conclusion du juge selon laquelle la lettre de garantie était une modification de la charte-partie conclue avec Fednav était logique et amplement étayée par la preuve qui lui avait été présentée. On ne m'a pas convaincue que le juge a commis une erreur manifeste et dominante qui justifierait l'intervention de la Cour.

[84] Fednav est par conséquent tenue par l'entente de soumettre à l'arbitrage à New York ses différends avec COSIPA.

Is COSIPA entitled to a stay of proceedings of the third party claim brought against it by Canada Moon?

[85] As mentioned, the third party proceedings of Canada Moon are also based on clause 5(a) of the voyage charter party incorporated as a term of the bills of lading in respect of any damage caused during the operations performed by COSIPA in Brazil and on the LOI in respect of damage, if any, resulting from the use of plastic canvas covers on the cargo.

[86] In the commercial context, arbitration is a consensual dispute resolution forum. Therefore, in order to force Canada Moon to arbitrate its claim against it, COSIPA must be able to show that Canada Moon either actually or constructively agreed to arbitration.

[87] The arbitration clause which forms part of the terms of the bill of lading is an example of a constructive agreement to arbitrate since, in the absence of legislative intervention, it would bind Canada Moon. But COSIPA cannot rely on that agreement to arbitrate as it is caught by subsection 46(1) of the Act. In fact, before us, COSIPA took the position that it was not a party to the contract evidenced by the bills of lading.

[88] Nor, on the face of it, can COSIPA rely on the arbitration clause in the charter party since Canada Moon is not a party to that agreement. At law, incorporating the terms of a distinct contract to which one is not a party—the voyage charter party—could not have the effect of making Canada Moon a party to that contract.

[89] Canada Moon argues that the Judge's mistaken belief that it was a party to the charter party through the incorporation in bills of lading necessarily impacted on his conclusion that the LOI was not a stand alone contract at least insofar as it was concerned.

[90] Canada Moon argues that COSIPA's undertaking to indemnify it was a free-standing agreement containing no arbitration clause. As regards Canada Moon, a

COSIPA a-t-elle droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant introduite par Canada Moon?

[85] Comme je l'ai mentionné précédemment, la mise en cause de Canada Moon se fonde aussi sur la clause 5(a) de la charte-partie au voyage intégrée par renvoi dans les connaissements, à l'égard de tout dommage causé par COSIPA dans l'exécution de ses activités au Brésil, et se fonde également sur la lettre de garantie, à l'égard de tout dommage résultant, le cas échéant, de l'utilisation de membranes de plastique pour protéger la cargaison.

[86] En contexte commercial, l'arbitrage constitue un mode de règlement des différends choisi par les parties. Pour obliger Canada Moon à accepter l'arbitrage de sa créance, COSIPA doit donc démontrer que Canada Moon a consenti directement ou implicitement à l'arbitrage.

[87] La clause d'arbitrage qui fait partie des conditions du connaissement est un bon exemple de consentement implicite à l'arbitrage puisque, en l'absence d'intervention du législateur, elle lierait Canada Moon. COSIPA ne peut toutefois pas se fonder sur ce consentement à l'arbitrage puisque le paragraphe 46(1) de la Loi reçoit application. Par ailleurs, COSIPA a soutenu devant nous qu'elle n'était pas partie au contrat attesté par les connaissements.

[88] COSIPA ne peut non plus se fonder *a priori* sur la clause d'arbitrage de la charte-partie puisque Canada Moon n'est pas partie à ce contrat. En droit, l'intégration par renvoi d'un contrat distinct auquel l'intéressé n'est pas partie — la charte-partie au voyage en l'espèce — ne peut rendre cette personne, en l'occurrence Canada Moon, partie à ce contrat.

[89] Canada Moon soutient que la conception erronée du juge voulant qu'elle soit partie à la charte-partie en raison de l'intégration par renvoi de ce contrat dans les connaissements a nécessairement influé sur sa conclusion selon laquelle la lettre de garantie n'était pas un contrat autonome, du moins en ce qui la concernait.

[90] Canada Moon soutient aussi que l'engagement d'indemnisation de COSIPA était une entente autonome qui ne renfermait aucune clause d'arbitrage. En ce qui

free-standing agreement to indemnify, without any reference to arbitration would not constitute an agreement, actual or constructive, on Canada Moon's part to arbitrate any disputes with respect to that indemnity. It would be free to pursue its claim for indemnity in the third party proceedings.

[91] At the time the LOI was negotiated and issued, there was no legal relationship whatsoever between COSIPA and Canada Moon. The cargo had not been accepted by the Master. No bills of lading had been issued.

[92] The Judge accepted that Fednav Limited was acting on behalf of two principals (Fednav and Canada Moon) when it negotiated the LOI. If one considers that the letter addressed to Fednav Limited as agent was addressed to its two distinct principals, one of which, contrary to the Judge's finding at paragraph 59, was not a party to the charter party, it would be logical to conclude that the LOI was indeed a stand-alone contract in respect of Canada Moon. This even if one concluded that in so far as Fednav was concerned the LOI was an amendment to their existing contract with COSIPA.

[93] All the elements of a stand-alone contract are present including consideration that is Canada Moon's acceptance of the cargo as packaged.

[94] COSIPA argues that regardless of the Judge's erroneous conclusion at paragraph 59 that all the players were parties to the charter party, his finding that the LOI was an amendment to the charter party can still stand on the basis that Fednav and COSIPA can include in their contract a term for the benefit of a third party, in this case, the shipowner Canada Moon.

[95] The enforceability of contractual terms for the benefit of a third party raises the problem of privity of contracts. In the ordinary course, Canada Moon, as a stranger to the contract could not claim the benefit of the charter party nor be subject to its obligations. However, the law has developed to include principled exceptions

concerne Canada Moon, une entente autonome d'indemnisation, sans mention d'arbitrage, ne constituait pas de sa part un consentement, direct ou implicite, à l'arbitrage des différends relatifs à cette indemnisation. Canada Moon soutient qu'ainsi, il lui est loisible de faire valoir sa demande d'indemnisation par mise en cause.

[91] Au moment de la négociation et de l'établissement de la lettre de garantie, aucune relation juridique n'existait entre COSIPA et Canada Moon. Le capitaine n'avait pas accepté la cargaison. Aucun connaissement n'avait non plus été délivré.

[92] Le juge a admis que Fednav Limited avait négocié la lettre de garantie pour le compte de deux mandants (Fednav et Canada Moon). Si l'on considère que la lettre adressée à Fednav Limited à titre de mandataire était destinée à ses deux mandants distincts, dont l'un, contrairement à ce que le juge a conclu au paragraphe 59, n'était pas partie à la charte-partie, il serait logique de conclure que la lettre de garantie était bel et bien un contrat autonome à l'égard de Canada Moon, et ce, même si l'on devait conclure qu'à l'égard de Fednav, la lettre de garantie constituait une modification de son contrat existant avec COSIPA.

[93] Tous les éléments d'un contrat autonome sont présents, y compris la contrepartie, qui consiste en l'acceptation par Canada Moon de la cargaison telle qu'elle était emballée.

[94] COSIPA soutient que malgré la conclusion erronée du juge au paragraphe 59, selon laquelle tous les intéressés étaient des parties à la charte-partie, sa conclusion voulant que la lettre de garantie soit une modification de la charte-partie peut toujours être valable, étant donné qu'il était loisible à Fednav et COSIPA de prévoir dans leur contrat une stipulation pour le bénéfice d'une tierce partie, en l'occurrence le propriétaire du navire, Canada Moon.

[95] La question du caractère exécutoire de clauses contractuelles au bénéfice d'une tierce partie pose le problème du lien contractuel. Normalement Canada Moon ne pourrait pas, en tant qu'étrangère au contrat, se prévaloir des dispositions de la charte-partie ni être soumise à ses obligations. Toutefois, le droit a évolué et

to the doctrine of privity (*London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, and *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108 (*Fraser River*)).

[96] There is little reason for the law to restrict those who, by agreement, wish to confer a benefit on a person who is a stranger to their agreement. However, the question of privity has a different cast when parties seek, by their agreement, to impose an obligation upon a stranger. The law has little interest, outside the law of tort, in imposing obligations on those who have not agreed to them. In this case, COSIPA seeks to impose on Canada Moon an obligation which it did not otherwise have when the LOI was issued.

[97] If one considers that as is now proposed by COSIPA, the LOI was simply an amendment to the charter party which contained a term for the benefit of Canada Moon, it seems to me that the proper question is whether the benefit conferred on the latter was a qualified benefit in the sense that the indemnity could only be invoked through arbitration proceedings. If that is the true meaning of the amended charter party, then by invoking the indemnity which the parties offered it, Canada Moon agreed to submit that question to arbitration.

[98] On a proper interpretation of the amended charter party, did the parties confer a qualified benefit on Canada Moon? That question is one which must be resolved by an examination of the terms of the LOI and the charter party as well as the surrounding circumstances at the relevant time.

[99] COSIPA relied on two cases involving the so-called Himalaya clause to say that Canada Moon is necessarily bound by the arbitration clause. I find that the present situation is distinguishable on its facts. The text of the LOI is far removed from the more elaborate language found in the Himalaya clauses commonly included in the standard printed clauses of bills of lading.

la règle du lien contractuel compte maintenant des exceptions de principe (*London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, et *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108 (*Fraser River*)).

[96] On voit mal pourquoi des règles de droit empêcheraient des parties de conférer un avantage, par leur contrat, à une personne qui lui est étrangère. La question du lien contractuel revêt toutefois un aspect différent lorsque les parties veulent cette fois, par leur contrat, imposer une obligation à un étranger. Sauf en matière de responsabilité délictuelle, le droit est peu disposé à imposer des obligations à des personnes qui n'y ont pas consenti. Or, COSIPA tente en l'espèce d'imposer à Canada Moon une obligation qu'elle n'avait par ailleurs pas lorsque la lettre de garantie a été établie.

[97] Si l'on considère, comme le propose maintenant COSIPA, que la lettre de garantie était simplement une modification à la charte-partie qui renfermait une clause au bénéfice de Canada Moon, il me semble que la question pertinente est de savoir si le bénéfice ainsi conféré comportait comme réserve que toute indemnisation demandée ne pouvait l'être que par voie d'arbitrage. Si tel est le sens véritable de la charte-partie modifiée, Canada Moon aurait ainsi consenti, en invoquant la clause d'indemnisation que les parties ont prévue pour son bénéfice, à ce que la question soit soumise à l'arbitrage.

[98] Selon une juste interprétation de la charte-partie modifiée, les parties ont-elles conféré à Canada Moon un bénéfice assorti d'une réserve? Pour résoudre la question, il faudra examiner les conditions de la lettre de garantie et de la charte-partie ainsi que le contexte au moment pertinent.

[99] COSIPA a invoqué deux affaires traitant de la clause dite « Himalaya » au soutien de sa prétention selon laquelle Canada Moon était nécessairement liée par la clause d'arbitrage. Je conclus toutefois que les faits de l'espèce sont différents de ceux de ces deux affaires. Le libellé de la lettre de garantie est très éloigné, en effet, de celui, plus étoffé, des clauses Himalaya qui font habituellement partie des clauses imprimées types des connaissements.



[100] All concerned knew that the cargo was destined for Canada. If the Master balked at COSIPA's method of packaging, it can only be because it wished to avoid damage claims from the Canadian consignee. It would hardly suit Canada Moon to have to arbitrate its claim for indemnity in New York while it was being sued in Canada. While the relevant intentions are those of COSIPA and Fednav as parties to the charter party, and not of Canada Moon, in order to be acceptable to Canada Moon, the LOI would have to be responsive to its concerns. Since Canada Moon accepted the LOI, one can presume that it understood it to address its concerns.

[101] In this context, the absence of a reference to the arbitration clause in the LOI is a significant indicator of the intention of the parties. I contrast the omission of a reference to the arbitration clause in the LOI to the inclusion of that clause in the bills of lading issued to COSIPA. I also note that the arbitration clause itself does not lend itself well to being invoked by a third party.

[102] In my view, the parties were alive to the circumstances in which the indemnity would be of value to Canada Moon and drafted the LOI accordingly. It is not necessary to make the indemnity subject to the arbitration clause in order to give it commercial efficacy. The opposite is more likely to be the case.

[103] In the end, even if one accepts that the LOI was an amendment to the charter party, in my view, on a proper construction, the amended charter party does not require Canada Moon to pursue the benefit of indemnity in arbitration proceedings. It is not a qualified benefit.

[104] In the circumstances, in my view, the Judge's error (paragraph 59, third bullet) impacted on his ultimate conclusion with respect to Canada Moon. COSIPA has not met its burden of establishing that Canada Moon was bound to arbitrate the third party proceeding dispute.

[100] Tous les intéressés savaient que la destination de la cargaison était le Canada. Si le capitaine s'est opposé au mode d'emballage utilisé par COSIPA, ce ne pouvait être que pour éviter les demandes d'indemnisation de la part du destinataire canadien. Il ne conviendrait guère à Canada Moon d'avoir à soumettre sa demande d'indemnisation à l'arbitrage à New York alors qu'elle est poursuivie au Canada. Bien que ce soit l'intention de COSIPA et de Fednav en tant que parties à la charte-partie qui compte, et non pas celle de Canada Moon, pour que la lettre de garantie soit acceptable pour Canada Moon, il faudrait que cette lettre réponde aux problèmes de Canada Moon. Il faut présumer que Canada Moon a estimé que la lettre le faisait, puisqu'elle a accepté la lettre de garantie.

[101] Cela étant, l'absence de toute mention d'une clause d'arbitrage dans la lettre de garantie est fort révélatrice de l'intention des parties. D'autant, ferais-je remarque, qu'une telle clause est incluse dans les connaissements délivrés à COSIPA. Je remarque également que, d'après sa teneur même, la clause d'arbitrage ne se prête guère à ce qu'un tiers la fasse valoir pour obtenir l'arbitrage.

[102] À mon sens, les parties avaient conscience des circonstances dans lesquelles l'indemnisation serait utile pour Canada Moon et elles ont rédigé la lettre de garantie en conséquence. Il n'est pas nécessaire d'assujettir l'indemnisation à la clause d'arbitrage pour qu'il y ait efficacité commerciale. C'est plutôt le contraire qui risque de se produire.

[103] En dernière analyse, et même si l'on admet que la lettre de garantie est une modification de la charte-partie, j'estime que, si on l'interprète convenablement, la charte-partie modifiée n'oblige pas Canada Moon à recourir à l'arbitrage pour bénéficier de l'indemnisation. Il ne s'agit pas d'un bénéfice assorti d'une réserve.

[104] Dans ces circonstances, j'estime que l'erreur commise par le juge (troisième point au paragraphe 59) a influé sur sa conclusion finale concernant Canada Moon. COSIPA ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que Canada Moon était tenue de soumettre à l'arbitrage le différend lié à la mise en cause.

[105] It is not necessary to deal with the other arguments raised by Canada Moon. Particularly, whether there are good reasons to conclude here that the *prima facie* rule that a bill of lading is not evidence of a distinct contract of carriage in the hands of a voyage charterer should not be applied (*President of India v. Metcalfe Shipping Co. Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 289 (C.A.); *Rodocanachi v. Milburn* (1887), 18 Q.B.D. 67 (C.A.)).

If the answer is no in either case, is Canada *forum non conveniens* for the third party claim?

[106] Because he ordered the stay of the third party claim, the Judge did not deal with the question of *forum non conveniens*. However, the Prothonotary found that Canada was not *forum non conveniens* for the hearing of the third party claim. As noted above, the Prothonotary considered each of the factors enumerated in *Spar Aerospace* and, having carefully weighed them all, he found that they did not displace Canada Moon's presumptive right to choose its forum.

[107] Since *Spar Aerospace*, the Supreme Court has considered the question of *forum non conveniens* in two recent cases: *Club Resorts Ltd v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, and *Breedon v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666. In both of those cases, the Supreme Court cautioned against giving the factor of juridical advantage too much weight in the *forum non conveniens* analysis.

[108] Bearing in mind such caution, I still essentially agree with the Prothonotary's assessment of the relevant factors. COSIPA has not convinced me that this Court should exercise its discretion to stay the third party proceedings in favour of proceedings in Brazil.

[105] Il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments soulevés par Canada Moon, particulièrement sur la question de savoir s'il y a des raisons valables de conclure qu'on ne devrait pas appliquer en l'espèce la règle voulant qu'à première vue un connaissement ne soit pas, quant à un affréteur au voyage, une preuve de l'existence d'un contrat de transport distinct (*President of India v. Metcalfe Shipping Co. Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 289 (C.A.); *Rodocanachi v. Milburn* (1887), 18 Q.B.D. 67 (C.A.)).

S'il est répondu par la négative à l'une ou l'autre question, le Canada est-il un *forum non conveniens* quant à la mise en cause?

[106] Comme il a ordonné la suspension de la procédure de mise en cause, le juge n'a pas traité de la question du *forum non conveniens*. Le protonotaire a quant à lui conclu que le Canada n'était pas, aux fins de l'instruction de la mise en cause, un *forum non conveniens*. Comme nous l'avons vu, le protonotaire a examiné les divers facteurs énumérés dans l'arrêt *Spar Aerospace* et a conclu, après les avoir soupesés avec soin, qu'ils ne privaient pas Canada Moon de son droit présumé au choix du tribunal.

[107] La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question du *forum non conveniens* dans deux arrêts récents depuis *Spar Aerospace* : *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, et *Breedon c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666. Dans ces deux affaires, la Cour suprême du Canada a mis en garde contre l'octroi d'une trop grande importance au facteur de l'avantage juridique dans l'analyse du *forum non conveniens*.

[108] Consciente de cette mise en garde, je souscris toujours néanmoins pour l'essentiel à l'évaluation faite par le protonotaire des facteurs pertinents. COSIPA ne m'a pas convaincue que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour suspendre la procédure de mise en cause en faveur des tribunaux du Brésil.

## CONCLUSION

[109] On the basis of the foregoing analysis I find that COSIPA is entitled to a stay of the third party claim against it insofar as that claim is advanced by Fednav. On the other hand, I find that COSIPA is not entitled to a stay of the third party claim advanced by Canada Moon. In addition, I find that the allegation that Canada is *forum non conveniens* has not been made out.

[110] In the result, I would allow the appeal. I would set aside the orders of the Federal Court dated March 10, 2011 and September 12, 2011. I would grant COSIPA's motion for a stay of the third party claim as regards Fednav but dismiss it as regards Canada Moon. I would grant COSIPA its costs throughout.

PELLETIER J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[109] Compte tenu de l'analyse qui précède, je conclus que COSIPA a droit à la suspension de la procédure de mise en cause la visant engagée par Fednav, mais pas de celle engagée par Canada Moon. Je conclus en outre que le bien-fondé de l'allégation selon laquelle le Canada est un *forum non conveniens* n'a pas été démontré.

[110] En conséquence, j'accueillerais l'appel. J'annulerais les ordonnances de la Cour fédérale des 10 mars 2011 et 12 septembre 2011. J'accueillerais la requête de COSIPA visant la suspension de la procédure de mise en cause au regard de Fednav, mais je la rejetterais au regard de Canada Moon. J'accorderais à COSIPA ses dépens devant toutes les cours.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Je suis d'accord.