

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*Plaintiff*)

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship  
"Tavros" and Passport Maritime S.A. (Defendants)**

**INDEXED AS: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
v. TAVROS (THE) (T.D.)\***

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, October 18  
and November 5, 1999.

*Maritime law — Practice — Arbitration — Plaintiff may  
have ship arrested in Canada to obtain security for arbitra-  
tion award at New York — Where plaintiff has no assets  
within jurisdiction of Court, defendant may not ask Court to  
order security for counterclaim at arbitration.*

*Practice — Costs — Security for costs — Where plaintiff  
has no assets within jurisdiction of Court, defendant may  
not ask Court to order security for counterclaim at foreign  
arbitration of dispute in maritime law matter — Nor can  
defendant obtain security for arbitration costs as matter part  
of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award  
security for costs limited to proceedings in Federal Court,  
and as need for security for costs not demonstrated herein  
— Lack of proper procedure not bar to defendant obtaining  
interim relief or protection (security for costs) by way of  
incidental request brought on occasion of plaintiff's motion  
for stay — Defendant awarded costs of providing security —  
While defendant may not take any security from this  
jurisdiction to New York arbitration, equitable solution that  
defendant be awarded costs of this Federal Court action.*

\* Editor's Note: An appeal from the part of this decision awarding costs to the defendant was allowed. It is reported at [2000] 2 F.C. 445 (T.D.).

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*demanderesse*)

c.

**Les propriétaires et toutes les autres personnes  
ayant un droit sur le navire «Tavros» et Passport  
Maritime S.A. (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
c. TAVROS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)\***

Section de première instance, protonotaire Hargrave—  
Vancouver, 18 octobre et 5 novembre 1999.

*Droit maritime — Pratique — Arbitrage — La demande-  
resse peut faire saisir un navire au Canada en vue d'obtenir  
un cautionnement à l'égard d'un arbitrage en cours à  
New York — Lorsque la demanderesse n'a pas d'actifs dans  
le ressort de la Cour, le défendeur ne peut pas demander à  
la Cour d'ordonner la remise d'un cautionnement à l'égard  
de la demande reconventionnelle présentée dans le cadre  
d'un arbitrage.*

*Pratique — Frais et dépens — Cautionnement pour les  
dépens — Dans une affaire de droit maritime, lorsque la  
demanderesse n'a pas d'actifs dans le ressort de la Cour, le  
défendeur ne peut pas demander à la Cour d'ordonner la  
remise d'un cautionnement à l'égard de la demande recon-  
ventionnelle présentée dans le cadre d'un arbitrage à  
l'étranger — Le défendeur ne peut pas non plus obtenir un  
cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque  
l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour  
ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que  
dans une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été  
démonstré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un  
cautionnement pour les dépens — L'absence de procédure  
appropriée n'empêche pas le défendeur d'obtenir une  
mesure provisoire ou conservatoire (le cautionnement pour  
les dépens) au moyen d'une demande accessoire présentée  
dans le cadre de la requête en suspension présentée par la  
demanderesse — Le défendeur a droit aux dépens relatifs au  
cautionnement — Le défendeur ne peut pas bénéficier d'un  
cautionnement accordé dans ce ressort dans le cadre de  
l'arbitrage, à New York, mais l'équité exige qu'il obtienne  
les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale.*

\* Note de l'arrêtiiste: Un appel de la partie de la décision par laquelle les dépens ont été adjugés au défendeur a été accueilli. L'appel est publié à [2000] 2 C.F. 445 (1<sup>re</sup> inst.).

*Practice — Stay of proceedings — Court cannot make stay conditional upon posting of security for costs of arbitration as matter part of arbitrators' jurisdiction, as Court's capacity to award security for costs limited to proceedings in Federal Court, and as need for security for costs not demonstrated herein.*

After initiating an action for breach of charter party in the Federal Court, the plaintiff had the *Tavros* arrested in Vancouver and thereby obtained security in the form of a letter of undertaking applicable to both the action and to arbitration at New York. At the hearing of the plaintiff's motion for a stay of the Federal Court action, the defendant shipowner, Passport Maritime S.A., did not oppose the stay but asked for security for its counterclaim in the arbitration, security for the costs of the arbitration and security for costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee by which the *Tavros* has been released from arrest.

*Held*, the defendant should be awarded the costs of this Federal Court action as interim protection within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*.

Recourse to a court's *in rem* jurisdiction to arrest a ship in order to force the putting up of security for a future arbitration award has bothered judges from time to time. In Canada, plaintiffs often invoke the Federal Court's *in rem* jurisdiction to that end. Based on the Federal Court Trial Division cases of *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"* and *Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.*, there is no inherent unfairness in an arrest merely to obtain security for an arbitration.

However, there is no basis for the defendant's argument that, since the plaintiff now has security for its claim, fairness mandates protection in the form of counter-security for the shipowner's counterclaim at arbitration. Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*, which deals with interim protective measures, does not provide support for this argument. The common thread running through interim measures of this nature (garnishment, Mareva injunctions, arrests of ships) is that such measures are based upon the presence of an asset within the jurisdiction of the Court which might be moved against in order to force the putting up of security. In the present instance, there is no local asset belonging to the plaintiff against which defendant might move. Rather, the defendant looks to the Court to create security without either concrete foundation or legal justifica-

*Pratique — Suspension d'instance — La Cour ne peut pas assortir la suspension à la remise d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage puisque l'affaire relève de la compétence des arbitres, que la Cour ne peut accorder un cautionnement pour les dépens que dans une instance engagée devant elle et qu'il n'a pas été démontré en l'espèce qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens.*

Après avoir intenté une action devant la Cour fédérale par suite de la violation d'une charte-partie, la demanderesse a fait saisir le *Tavros* à Vancouver et a ainsi obtenu un cautionnement sous la forme d'une lettre d'engagement applicable à l'action et à l'arbitrage en cours à New York. À l'audition de la requête que la demanderesse avait présentée en vue de faire suspendre l'action intentée devant la Cour fédérale, le propriétaire du navire défendeur, Passport Maritime S.A. ne s'est pas opposé à la suspension mais il a demandé un cautionnement à l'égard de la demande reconventionnelle qu'il avait présentée dans le cadre de l'arbitrage, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment à l'égard des frais de la garantie bancaire par laquelle le *Tavros* a fait l'objet d'une mainlevée.

*Jugement*: le défendeur a droit aux dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale à titre de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*.

Le recours à la compétence *in rem* d'un tribunal pour saisir un navire afin d'assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale future a de temps en temps préoccupé les juges. Au Canada, il arrive souvent que le demandeur invoque la compétence *in rem* de la Cour à cette fin. Compte tenu des décisions rendues par la Section de première instance de la Cour fédérale dans les affaires *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Le "Didymi"* et *Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.*, la saisie n'est pas en soi inéquitable si elle vise simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage.

Toutefois, l'argument du défendeur, à savoir qu'étant donné que la demanderesse bénéficie maintenant d'un cautionnement à l'égard de sa demande, l'équité exige qu'une protection soit fournie sous la forme d'une sous-garantie à l'égard de la demande reconventionnelle que le propriétaire du navire a présentée à l'arbitrage, n'est pas fondé. L'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires, n'étaye pas cet argument. Les mesures provisoires de cette nature (saisies-arrêts, injonctions Mareva, saisies de navires) comportent un élément commun: elles sont fondées sur l'existence d'un actif qui se trouve dans le ressort de la Cour, lequel pourrait donner lieu à un cautionnement. En l'espèce, il n'y a pas d'actif local appartenant à la demanderesse susceptible de faire l'objet d'une demande de la part

tion, but merely grounded on some form of fair play.

Neither should security for arbitration costs be awarded to the defendant in this instance. In the present case, arbitrators clearly have jurisdiction in that respect. The Court ought not, except as necessary and available interim protection, to become involved in security which the arbitrators can more easily decree. Secondly, it is doubtful that this Court's capacity to award security for costs, set out in rules 415 and 416 of the *Federal Court Rules, 1998*, goes beyond security for costs for proceedings in the Federal Court. Thirdly, there was no demonstrated need for security for costs in the present instance. Finally, the Court may not attach any conditions, such as the posting of security for costs of the arbitration, to the stay that must, by reason of Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, be granted in the present case.

However, the defendant should be awarded security for costs of this action. Once this Federal Court action has been stayed at the plaintiff's request to go to arbitration, the chance of it ever proceeding is infinitesimal. If the defendant is entitled to costs and is ever to recoup them, it must be now, as an interim measure of protection. The lack of proper procedure is not a bar to the defendant obtaining interim relief or protection by way of an incidental request brought on the occasion of the plaintiff's motion for a stay. The plaintiff was not caught by surprise. Furthermore, that a procedural impropriety of this kind could be fatal would be contrary to the philosophy of the *Federal Court Rules, 1998*, as set out in rule 3.

While the plaintiff has obtained the stay it sought in this motion, costs of this motion should not be awarded to it. The plaintiff has, in a sense, used the Court as a collection agency and having achieved its ends, moved on to another jurisdiction. This is not an improper approach, but neither is it one that ought to be rewarded. The costs of this motion are, therefore awarded to the defendant. The defendant is awarded the sum of \$13,262.64, being the cost of security and the costs of this motion. This is not a condition of the stay. Nor is payment of the award a condition of the stay.

du défendeur. Le défendeur demande plutôt à la Cour de constituer un cautionnement sans qu'il existe un fondement concret ou une justification permettant de le faire sur le plan juridique, en se fondant simplement sur une forme de franc-jeu.

De plus, en l'espèce, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage ne devrait pas être accordé au défendeur. Dans ce cas-ci, les arbitres ont clairement compétence à cet égard. La Cour ne devrait pas, si ce n'est en cas de nécessité et lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire peut être prise, se prononcer sur la question du cautionnement lorsqu'il est plus facile pour les arbitres de le faire. Deuxièmement, il n'est pas certain que la capacité de cette Cour d'accorder un cautionnement à l'égard des dépens, comme le prévoient les règles 415 et 416 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, s'étende à autre chose qu'un cautionnement pour les dépens d'une instance engagée devant la Cour fédérale. Troisièmement, il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire d'avoir un cautionnement pour les dépens dans ce cas-ci. Enfin, la Cour ne peut pas assortir de conditions, comme la remise d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, la suspension qui doit être accordée en l'espèce, en raison de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*.

Toutefois, le défendeur devrait obtenir un cautionnement pour les dépens de la présente action. Les chances que la présente action soit poursuivie, une fois qu'elle aura été suspendue aux fins de l'arbitrage, comme le voudrait la demanderesse, sont infimes. Si le demandeur a droit aux dépens et s'il doit recouvrer ces dépens, ce doit être maintenant, à titre de mesure provisoire ou conservatoire. L'absence de procédure appropriée n'empêche pas le défendeur d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire au moyen d'une demande accessoire présentée dans le cadre de la requête en suspension de la demanderesse. La demanderesse n'a pas été prise par surprise. En outre, le fait qu'une irrégularité procédurale de ce genre puisse être fatale irait à l'encontre de la philosophie des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, telle qu'elle est énoncée à la règle 3.

La demanderesse a obtenu la suspension sollicitée dans cette requête, mais les dépens de la requête ne devraient pas lui être accordés. La demanderesse a dans un certain sens utilisé la Cour comme agence de recouvrement; étant arrivée à son but, elle s'est adressée à un autre ressort. Cette approche peut être adoptée, mais elle ne devrait pas être encouragée. Par conséquent, les dépens de la présente requête sont adjugés au défendeur. La somme de 13 262,64 \$, représentant les frais engagés aux fins du cautionnement et les dépens de cette requête, est adjugée au défendeur. Cela ne constitue pas une condition de la suspension. De plus, le paiement de la somme adjugée ne constitue pas non plus une condition de la suspension.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Arbitration Act, 1950* (U.K.), 1950, c. 27, s. 12(6).  
*Arbitration Act 1975* (U.K.), 1975, c. 3.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Arbitration Act, 1950* (R.-U.), 1950, ch. 27, art. 12(6).  
*Arbitration Act 1975* (R.-U.), 1975, ch. 3.

*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (U.K.), 1982, c. 27, s. 26.  
*Commercial Arbitration Code*, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 17, Arts. 8, 9.  
*Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, signed at Brussels on 27 September 1968.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 415, 416, Tarif B.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.); *Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (F.C.T.D.); *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116; 89 B.C.L.R. (2d) 132; 24 C.P.C. (3d) 362 (S.C.); *Coppée-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.); *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A.); *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 F.C. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309; 115 B.C.A.C. 262; 59 B.C.L.R. (3d) 196 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.); *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Holtzmann, Howard M. and Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (R.-U.), 1982, ch. 27, art. 26.  
*Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8, 9.  
*Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, signée à Bruxelles, le 27 septembre 1968.  
*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106, règles 3, 415, 416, tarif B.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Le «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.); *Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116; 89 B.C.L.R. (2d) 132; 24 C.P.C. (3d) 362 (C.S.); *Coppée-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.); *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A.); *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd's Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274; (1977), 17 N.R. 1 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309; 115 B.C.A.C. 262; 59 B.C.L.R. (3d) 196 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.); *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Nordglint, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.).

## DOCTRINE

Holtzmann, Howard M. et Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Paterson, Robert K. and Bonita J. Thompson (editors). *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*. Toronto: Carswell, 1987.

Sutton, David St. John *et al. Russell on Arbitration*, 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

MOTION by plaintiff to stay an action for breach of charter party in favour of arbitration; request by the defendant for security for its counterclaim, security for the costs of arbitration and security for costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee. The motion, not being challenged, was allowed; the defendant was awarded the costs and disbursements of this action.

APPEARANCES:

*H. Peter Swanson* for plaintiff.  
*Doug G. Morrison* for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, for defendants.

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

[1] HARGRAVE P.: Ostensibly the plaintiff, who is a charterer, seeks to litigate a breach of charter party. In fact the action was commenced and the *Tavros* arrested at Vancouver in order to force security for any arbitration award which might arise out of existing arbitration in New York. Having obtained security in the form of a letter of undertaking applicable to both the action and to the arbitration (replaced by a bank guarantee), thus allowing the *Tavros* to sail, the plaintiff now moves to stay this Federal Court action in favour of the New York arbitration.

Paterson, Robert K. et Bonita J. Thompson (éditeurs). *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*. Toronto: Carswell, 1987.

Sutton, David St. John *et al. Russell on Arbitration*, 21st ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.

REQUÊTE présentée par la demanderesse en vue de la suspension d'une action fondée sur la violation d'une charte-partie, de façon qu'il soit procédé à l'arbitrage; demande présentée par le défendeur en vue de l'obtention d'un cautionnement à l'égard de sa demande reconventionnelle, d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et d'un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment les frais de la garantie bancaire. La requête, qui n'a pas été contestée, a été accueillie; le défendeur a droit aux dépens et aux débours de la présente action.

ONT COMPARU:

*H. Peter Swanson* pour la demanderesse.  
*Doug G. Morrison* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: De toute évidence, la demanderesse, qui est un affréteur, veut plaider la violation d'une charte-partie. L'action a de fait été intentée et le *Tavros* a été saisi à Vancouver afin d'assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard de toute sentence arbitrale qui pourrait être rendue dans le cadre de l'arbitrage en cours à New York. Ayant obtenu un cautionnement sous la forme d'une lettre d'engagement applicable à l'action et à l'arbitrage (laquelle a été remplacée par une garantie bancaire), permettant ainsi au *Tavros* d'appareiller, la demanderesse sollicite maintenant la suspension de l'action intentée devant la Cour fédérale en faveur de l'arbitrage en cours à New York.

[2] Article 8 of the 1985 *Commercial Arbitration Code*, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (the *Commercial Arbitration Code*) which is enacted in Canada by the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, requires that this matter be stayed, subject to various exceptions. As I understand it, none of these exceptions apply in the present instance. However, the defendant shipowner, whom I shall also call the defendant, submits that coupled with the stay or granted concurrently with the stay, although not by a separate motion in this instance, ought to be security for its counterclaim, security for the costs of the arbitration and security for the costs of the present Federal Court action, including for the cost of the bank guarantee by which the *Tavros* has been released from arrest.

[3] The stay, *per se*, not being challenged, these reasons deal with the defendant's request for counter-security, but because the defendant raised the question of fairness of an arrest to obtain security for an arbitration, I will touch first on that procedure.

#### CONSIDERATION

##### Arrest to Obtain Security for Arbitrators' Award

[4] Not infrequently a plaintiff will make use of the *in rem* jurisdiction of the Court to obtain security for an award which arbitrators might make. Counsel for the defendant shipowner questions the fairness of the procedure and submits that the plaintiff ought, as I say, to provide counter-security, to cover first, the defendant's counterclaim for hire, second, costs in the arbitration, and third, costs in the present action, in order to place matters on an equitable and fair footing.

[5] The concept of using a court's *in rem* jurisdiction to arrest a ship in order to force security for a future

[2] L'article 8 du *Code d'arbitrage commercial* de 1985 adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (le *Code d'arbitrage commercial*), qui a été adopté au Canada au moyen de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, exige que l'affaire soit suspendue, sous réserve de diverses exceptions. Si je comprends bien, aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Toutefois, le propriétaire du navire, que j'appellerai également le défendeur, soutient qu'avec la suspension ou en même temps que la suspension, bien que cela ne soit pas demandé au moyen d'une requête distincte dans ce cas-ci, il devrait y avoir un cautionnement à l'égard de sa demande reconventionnelle, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage et un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, et notamment à l'égard des frais de la garantie bancaire par laquelle le *Tavros* a fait l'objet d'une mainlevée.

[3] La suspension en soi n'étant pas contestée, ces motifs traitent de la demande que le défendeur a présentée à l'égard d'une sous-garantie, mais étant donné que le défendeur a soulevé la question de l'équité d'une saisie visant à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage, j'examinerai d'abord cette procédure.

#### ANALYSE

##### Saisie visant à l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale

[4] Il arrive souvent que le demandeur invoque la compétence *in rem* de la Cour en vue d'obtenir un cautionnement à l'égard de la sentence que les arbitres pourraient rendre. L'avocat du propriétaire du navire défendeur conteste l'équité de la procédure et soutient que la demanderesse devrait, comme je le dis, fournir une sous-garantie en vue de couvrir d'abord la demande reconventionnelle que le défendeur a présentée à l'égard du louage, puis les dépens de l'arbitrage, et enfin, les dépens de l'action, de façon que les diverses réclamations soient mises sur un pied d'égalité.

[5] L'idée selon laquelle on invoque la compétence *in rem* d'un tribunal pour saisir un navire afin d'assu-

arbitration award has bothered judges from time to time. In *Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.), Mr. Justice Brandon was unequivocally negative, pointing out at pages 546 and 547 that:

In my view, when an action *in rem* is brought the security thereby obtained is security in respect of any judgment which may be given by the Court after hearing and determining the claim. The security so obtained also covers the payment of any sum which may become due under an agreement whereby the action is settled. But the security so obtained is not in my view available for the purpose of insuring payment of the judgment of some other Court or for the purpose of insuring payment of the award of an arbitration tribunal.

Subsequently in *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)), Mr. Justice Brandon (at pages 554-555) paraphrased his reasoning in *The Cap Bon* by saying it was based on two propositions, one positive and one negative:

The first and positive proposition is that the purpose of arresting a ship in an action *in rem* is to provide the plaintiff with security for the payment of any judgment which he may obtain in such action, or of any sum which may become payable to him under a settlement of such action. The second and negative proposition is that it is not the purpose of arresting a ship in an action *in rem* to provide the plaintiff with security for payment of an award which he may obtain in an arbitration of the same claim as that raised in the action and the Court therefore has no jurisdiction to arrest a ship, or keep her under arrest, for some other purpose.

In effect, the claimant was put to an election between two courses of action, either pursuing the claim in the Court with the advantage of security, or pursuing the claim through arbitration without the advantage of security.

[6] In *The Rena K*, Mr. Justice Brandon considered security in the context of a stay for arbitration and the evolving case law. While he felt that the principles set out in *The Cap Bon* were correct, he also recognized that the Court had the discretion, on granting a stay in favour of arbitration, to allow existing security to remain in place, depending upon the circumstances in

rer l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'une sentence arbitrale future a de temps en temps préoccupé les juges. Dans la décision *Cap Bon, The*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 543 (Adm.), M. le juge Brandon s'est clairement prononcé à l'encontre, en faisant les remarques suivantes aux pages 546 et 547:

[TRADUCTION] À mon avis, lorsqu'une action réelle est intentée, le cautionnement qui est ainsi obtenu se rapporte à tout jugement qui pourrait être prononcé par le tribunal après qu'il a tenu une audience et qu'il a statué sur la demande. Le cautionnement ainsi obtenu couvre également le paiement de toute somme qui peut devenir due en vertu de l'entente par laquelle l'action est réglée. Cependant ce cautionnement ne peut pas à mon avis viser à assurer le paiement du montant adjugé dans le jugement rendu par un autre tribunal ou à assurer le paiement du montant adjugé par le tribunal d'arbitrage.

Par la suite, dans la décision *Rena K, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 (Q.B. (Adm. Ct.)), M. le juge Brandon [aux pages 554 et 555] a paraphrasé le raisonnement qu'il avait fait dans la décision *The Cap Bon* en disant qu'il était fondé sur deux thèses, l'une positive et l'autre négative:

[TRADUCTION] La première thèse, qui est positive, est que la saisie d'un navire dans une action réelle vise à fournir au demandeur un cautionnement à l'égard du paiement du montant accordé par tout jugement qu'il peut obtenir dans pareille action ou de toute somme qui lui sera payable par suite du règlement de pareille action. La seconde proposition, qui est négative, est que la saisie d'un navire dans une action réelle ne vise pas à fournir au demandeur un cautionnement à l'égard du paiement du montant qui peut lui être adjugé dans un arbitrage se rapportant à la même demande que celle qui est visée par l'action et que le tribunal n'a donc pas compétence pour saisir un navire ou pour maintenir la saisie du navire à quelque autre fin.

En fait, le réclamant avait le choix entre deux genres de mesures, soit poursuivre la demande devant la Cour et bénéficier d'un cautionnement, ou poursuivre la demande au moyen de l'arbitrage sans bénéficier d'un cautionnement.

[6] Dans la décision *The Rena K*, M. le juge Brandon a examiné la question du cautionnement dans le contexte d'une suspension aux fins de l'arbitrage et du droit jurisprudentiel. Le juge estimait que les principes énoncés dans la décision *The Cap Bon* étaient justes, mais il a également reconnu qu'en accordant une suspension en faveur de l'arbitrage, la

any particular instance.

[7] The general principle that arrest of a ship merely to provide security for an arbitration ought not to be countenanced was endorsed by the Court of Appeal in *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235. However, the Court of Appeal also acknowledged that the Court had the jurisdiction to arrest and to maintain an arrest simply to obtain security for an arbitration (page 241). The British courts, having, in a sense, ignored the whole basis for *in rem* proceedings, that is to obtain security at a place where the eventual award might be satisfied, because the ship is there, seemed to have painted themselves into a corner. The British courts were spared rationalizing themselves out of this corner by legislation: specifically, section 26 of the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* [(U.K.), 1982, c. 27] (as amended) allowed existing security to remain in place following a stay pending arbitration. As pointed out by Mr. Justice Hobhouse in *Nordglimt, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)), at page 481 this provision is consistent with the 1968 *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (including the Protocol annexed to that Convention), signed at Brussels on 27 September 1968.

[8] Canada has not yet ratified the 1968 Brussels Convention. It has enacted some of its provision in Canadian legislation, but not portions bearing on the issue of the arrest of a vessel in one jurisdiction in support of the determination of the merits of the dispute in another jurisdiction. Thus, the Federal Court has had to deal with and distinguish the English authorities in order to grant security for arbitration awards and to rationalize the continuation of existing security in the face of a stay for arbitration.

Cour avait le pouvoir discrétionnaire de maintenir le cautionnement, compte tenu des circonstances de l'espèce.

[7] Le principe général voulant que l'on ne devrait pas permettre la saisie d'un navire si elle vise simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'un arbitrage a été approuvé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Vasso (formerly Andria), The*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 235. Toutefois, la Cour d'appel a également reconnu que le tribunal a la compétence voulue pour saisir le navire et maintenir la saisie simplement aux fins de l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage (page 241). Les tribunaux britanniques, ayant d'une certaine façon omis de tenir compte de tout le fondement des procédures *in rem*, c'est-à-dire l'obtention d'un cautionnement à un endroit où il serait possible d'exécuter la sentence éventuelle parce que le navire est là, semblaient s'être acculés dans un coin. Cependant, ils n'ont pas eu à se sortir de cette impasse, et ce, à cause de certaines dispositions législatives: à savoir, l'article 26 du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* [(R.-U.), 1982, ch. 27] (dans sa forme modifiée), en vertu duquel un cautionnement peut continuer à exister à la suite d'une suspension accordée pendant l'arbitrage. Comme l'a signalé M. le juge Hobhouse dans la décision *Nordglimt, The*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 470 (Q.B. (Adm. Ct.)), à la page 481, cette disposition est conforme à la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (incluant le protocole annexé à la Convention), signée à Bruxelles, le 27 septembre 1968.

[8] Le Canada n'a pas encore ratifié la Convention de Bruxelles de 1968. Il a édicté certaines de ses dispositions dans la législation canadienne, mais non les parties qui se rapportent à la question de la saisie d'un navire dans un ressort dans le cadre de la détermination du bien-fondé du différend dans un autre ressort. Par conséquent, la Cour fédérale a eu à examiner les arrêts anglais faisant autorité et à faire des distinctions à leur égard en vue d'accorder un cautionnement à l'égard des sentences arbitrales et de rationaliser le maintien d'un cautionnement existant lorsqu'une suspension est accordée par suite d'un arbitrage.



[9] In *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. v. The Ship "Didymi"*, [1985] 1 F.C. 240 (T.D.), Madam Justice Reed, faced with the invocation of an arrest for the primary purpose of obtaining security for arbitration, refused either to strike out the statement of claim or to release the arrested ship without security. Instead, she held that the ship might be released against an undertaking as to security.

[10] The decision in *Didymi* is pragmatic and reasonable, being based on an analysis of at least the majority of the leading cases, the clear distinguishment of contrary cases and the concept that *in rem* proceedings flowed from the necessity of allowing a plaintiff to proceed in the jurisdiction in which the ship lay, because that was the place where an award might be satisfied and that the instances where security would be cancelled were limited, but included instances where the loss of security would prejudice no one (see page 251). Indeed, "[i]t is only in very rare cases that in the absence of consent, the court will order the release of an arrested vessel without the posting of security even where the parties are pursuing arbitration of the dispute" (*Pictou Industries Ltd. v. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (F.C.T.D.), at page 80).

[11] In the light of both the reasoning in *Didymi* and the clear statement in *Pictou Industries*, I do not believe it open to the defendant owner of the *Tavros* to urge any inherent unfairness in an arrest merely to obtain security for an arbitration.

#### Security for the Defendants' Counterclaim at Arbitration

[12] The defendant submits that there must be some degree of fairness and a level playing field in the present instance: the defendant says that since the plaintiff now has security for its claim, fairness mandates protection in the form of counter-security for the shipowner's counterclaim at arbitration. The counterclaim is in the amount of US\$42,475.75.

[9] Dans la décision *Atlantic Lines & Navigation Company Inc. c. Navire «Didymi»*, [1985] 1 C.F. 240 (1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge Reed, dans une affaire où une saisie avait été demandée principalement en vue de l'obtention d'un cautionnement à l'égard d'un arbitrage, a refusé de radier la déclaration ou d'accorder une mainlevée de la saisie du navire sans cautionnement. Le juge a plutôt statué que la mainlevée pourrait être accordée moyennant la remise d'un engagement à l'égard du cautionnement.

[10] La décision qui a été rendue dans l'affaire *Didymi* est pragmatique et raisonnable, puisqu'elle est fondée sur l'analyse de la majorité des arrêts-clés, sur des distinctions clairement établies à l'égard des arrêts contraires et sur l'idée selon laquelle les procédures *in rem* découlent de la nécessité de permettre au demandeur d'engager des poursuites dans le ressort où le navire est amarré puisque c'est là que la sentence peut être exécutée, et que les cas dans lesquels un cautionnement serait annulé sont limités, mais comprennent néanmoins les cas dans lesquels la perte du cautionnement ne causerait pas de préjudice à qui que ce soit (voir la page 251). De fait, «[c]e n'est que dans les cas exceptionnels que la Cour ordonne, en l'absence de tout consentement, la mainlevée sans cautionnement de la saisie d'un navire, même quand l'arbitrage est en cours entre les parties» (*Pictou Industries Ltd. c. Secunda Marine Services Ltd. et al.* (1994), 78 F.T.R. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 80).

[11] Compte tenu du raisonnement qui a été fait dans la décision *Didymi* et de la remarque claire qui a été faite dans la décision *Pictou Industries*, je ne crois pas qu'il soit loisible au propriétaire défendeur du *Tavros* de soutenir que la saisie serait en soi inéquitable si elle visait simplement à l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage.

#### Le cautionnement relatif à la demande reconventionnelle que les défendeurs ont présentée à l'arbitrage

[12] Le défendeur soutient qu'il doit exister un certain degré d'équité et que les règles du jeu doivent être uniformes en l'espèce: il affirme qu'étant donné que la demanderesse bénéficie maintenant d'un cautionnement à l'égard de sa demande, l'équité exige qu'une protection soit fournie sous la forme d'une sous-garantie à l'égard de la demande reconvention-

[13] The defendant refers to Article 9 of the *Commercial Arbitration Code* which article deals with interim protective measures which a court may grant:

*Article 9*

. . .

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

[14] My understanding of Article 9 is that it allows a court the scope to grant recognized relief, to a party who is arbitrating or who must arbitrate, for example in the nature of a garnishment before judgment or, as here, an arrest of a ship to force security, neither of which would be incompatible with an arbitration. Indeed, as to garnishment, this is the view of Mr. Justice Bouck of the B.C. Supreme Court in *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116. Mr. Justice Bouck referred to Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, published by Kluwer Law and Taxation of Boston in 1989 and to Robert K. Paterson and Bonita J. Thompson (eds.), *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, published by Carswell of Toronto in 1987:

Article 9 is not limited to any particular kind of interim measures. Thus it applies to measures to conserve the subject matter of the dispute; measures to protect trade secrets and proprietary information; measures to preserve evidence; pre-award attachments to secure an eventual award and similar seizure of assets. . . . [Holtzmann and Neuhaus, at p. 332.]

Section 9 establishes that requests for interim judicial measures of protection (such as Mareva injunctions) are not incompatible with an agreement to arbitration. UNCITRAL has referred to pre-award attachments and measures to protect trade secrets and proprietary information as the type

nelle que le propriétaire du navire a présentée à l'arbitrage. La demande reconventionnelle est d'un montant de 42 475,75 \$US.

[13] Le défendeur cite l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires que le tribunal peut prendre:

*Article 9*

[. . .]

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

[14] Si je comprends bien, l'article 9 autorise le tribunal à accorder une mesure reconnue à la partie qui demande l'arbitrage ou qui y est soumise, comme une saisie-arrêt avant jugement ou, comme c'est ici le cas, la saisie du navire visant à l'obtention d'un cautionnement, ces deux mesures n'étant ni l'une ni l'autre incompatibles avec l'arbitrage. De fait, en ce qui concerne la saisie-arrêt, tel est l'avis exprimé par M. le juge Bouck, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans la décision *Trade Fortune Inc. v. Amalgamated Mill Supplies Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 116. M. le juge Bouck a cité Howard M. Holtzmann et Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, publié par Kluwer Law and Taxation, de Boston, en 1989, et Robert K. Paterson et Bonita J. Thompson (éds.), *UNCITRAL Arbitration Model in Canada: Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, publié par Carswell, de Toronto, en 1987:

[TRADUCTION] L'article 9 n'est pas limité à un genre particulier de mesure provisoire. Par conséquent, il s'applique aux mesures visant à assurer la conservation de l'objet du différend, aux mesures visant à protéger des secrets commerciaux et des renseignements privés, aux mesures visant à préserver la preuve, aux saisies-arrêts avant jugement visant à assurer l'exécution d'une sentence éventuelle et à la saisie de biens [. . .] [Holtzmann et Neuhaus, à la p. 332.]

L'article 9 établit que les demandes visant à l'obtention de mesures judiciaires provisoires ou conservatoires (comme les injonctions Mareva) ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage. UNCITRAL a cité les saisies-arrêts préalables à l'arbitrage et les mesures visant à protéger des

of measure that might be covered by that section. [Paterson and Thompson, at p. 118.]

[15] Mr. Justice Bouck concluded (at page 121):

From this analysis it seems reasonable to conclude that the concept of "protection" in s. 9 includes the right of an arbitrating party to obtain a garnishee order before judgment in order to secure funds for payment of the eventual arbitration award. That is what happened here. Thus, the garnishee order must stand unless it is affected by a procedural defect.

[16] From all of this one may conclude that the scope of the interim protection afforded under Article 9 is quite broad and may include garnishment, a Mareva injunction and, as I have suggested, the arrest of a ship, in order to obtain security for an arbitration. However the common thread running through interim measures of this nature is that such measures are based upon the presence of an asset within the jurisdiction of the Court which might be moved against in order to force security.

[17] In the present instance, the defendant does not have a local asset belonging to the plaintiff against which they might move. Rather the defendant looks to the Court to create security without either concrete foundation or legal justification, but merely grounded on some form of fair play. The Court should not be asked to invent such an extraordinary solution. I now turn to the second aspect of the relief which the defendant seeks, that of security for costs in the arbitration.

#### Security for Costs in the Arbitration

[18] The defendant estimates its costs of arbitration at US\$25,000 and submits that since the plaintiff now has, by virtue of this Federal Court action, security for its costs of arbitration, the defendant should have similar security. Counsel for the plaintiff submits that for the defendant to obtain such relief it ought to have applied by a separate motion rather than look for

secrets commerciaux et des renseignements privatifs comme constituant le genre de mesures qui pourraient être visées par cette disposition. [Paterson et Thompson, à la p. 118.]

[15] M. le juge Bouck a conclu ce qui suit (à la page 121):

[TRADUCTION] Compte tenu de cette analyse, il semble raisonnable de conclure que le concept de «mesure conservatoire», à l'article 9, comprend le droit d'une partie à l'arbitrage d'obtenir une ordonnance de saisie-arrêt avant jugement afin de garantir le paiement du montant accordé par la sentence arbitrage éventuelle. C'est ici ce qui est arrivé. Par conséquent, en l'absence d'un vice de procédure, l'ordonnance de saisie-arrêt doit être maintenue.

[16] Il est possible de conclure que la portée de la mesure provisoire ou conservatoire prévue à l'article 9 est passablement étendue et peut comprendre la saisie-arrêt, une injonction Mareva et, comme je l'ai dit, la saisie d'un navire, visant à assurer l'obtention d'un cautionnement à l'égard de l'arbitrage. Toutefois, les mesures provisoires de cette nature comportent un élément commun: elles sont fondées sur l'existence d'un actif qui se trouve dans le ressort du tribunal, lequel pourrait donner lieu à un cautionnement.

[17] En l'espèce, il n'y a pas d'actif local appartenant à la demanderesse susceptible de faire l'objet d'une demande de la part du défendeur. Le défendeur demande plutôt à la Cour de constituer un cautionnement sans qu'il existe un fondement concret ou une justification permettant de le faire sur le plan juridique, le cautionnement devant plutôt être simplement fondé sur une forme de franc-jeu. On ne devrait pas demander à la Cour d'adopter cette solution extraordinaire. J'examinerai maintenant le deuxième aspect de la mesure que le défendeur demande, à savoir un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

#### Le cautionnement pour les dépens de l'arbitrage

[18] Le défendeur estime que les dépens de l'arbitrage s'élèvent à 25 000 \$US; il soutient qu'étant donné que la demanderesse a maintenant, par suite de l'action intentée devant la Cour fédérale, un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, il devrait bénéficier d'un cautionnement similaire. L'avocat de la demanderesse soutient que le défendeur aurait dû

security for arbitration costs and ancillary to the plaintiff's motion for a stay. It may indeed be preferable for a party in the position of the defendant shipowner to bring a separate motion for security for costs, or any other similar protection so as to try to come clearly within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*. However I need not decide the issue at this point in my reasons for there are a number of answers why security for arbitration costs ought not to be awarded to the defendant in this instance.

[19] To begin, "It is settled law that unless a submission to arbitration expressly empowers an arbitral tribunal to order security for costs the tribunal has no such power": *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.), at page 472. Articles 32 and 34 of the American Arbitration Association, International Arbitration Rules, which I am told apply to the present arbitration, make it clear that the arbitrators can require security for the costs of a respondent. This is clearly a part of the arbitrators' jurisdiction. The Court ought not, except as necessary and available interim protection, to become involved in security which the arbitrators can more easily decree. Here I would refer to a portion of the decision of Lord Mustill in *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.), at page 470:

It is in my judgment clear that the approach of the national court to the grant of interim relief should be conditioned to an important extent by the degree to which the particular remedy encroaches on the agreement that the arbitrators shall be the sole judges of the merits.

At first sight it may appear that this general approach does no harm to Coppée's application since an order for security of costs neither awards in advance something which it is the arbitrators' function to award nor calls for any preliminary assessment of the merits. Yet there is one respect in which such an order impinges much more fundamentally on the arbitration agreement than any of those already mentioned;

demandeur pareille mesure au moyen d'une requête distincte au lieu de le faire d'une façon accessoire dans le cadre de la requête en suspension que la demanderesse a présentée. Il est de fait peut-être préférable pour une partie qui se trouve dans la même situation que le propriétaire du navire défendeur de présenter une requête distincte en vue d'obtenir un cautionnement pour dépens ou de demander toute autre mesure conservatoire similaire, de façon à essayer d'être clairement visée par l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*. Toutefois, je n'ai pas ici à trancher la question car il existe un certain nombre de réponses permettant en l'espèce de ne pas accorder au défendeur un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

[19] Tout d'abord: [TRADUCTION] «Il est de droit constant que si la soumission à l'arbitrage n'autorise pas expressément le tribunal à ordonner qu'un cautionnement pour dépens soit fourni, ce dernier ne possède pas pareil pouvoir»: *Mavani v. Ralli Bros. Ltd.*, [1973] 1 W.L.R. 468 (Q.B.), à la page 472. Les articles 32 et 34 de la American Arbitration Association, International Arbitration Rules qui, soutient-on, s'appliquent au présent arbitrage prévoient clairement que les arbitres peuvent exiger un cautionnement pour les dépens du défendeur. Cela relève clairement de leur compétence. La Cour ne devrait pas, si ce n'est en cas de nécessité et lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire peut être prise, se prononcer sur la question du cautionnement lorsqu'il est plus facile pour les arbitres de le faire. Je citerai ici une partie de la décision que lord Mustill a rendue dans l'affaire *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*, [1994] 2 All ER 449 (H.L.), à la page 470:

[TRADUCTION] À mon avis, il est clair que l'approche adoptée par le tribunal national en ce qui concerne l'octroi d'une mesure provisoire devrait dépendre dans une large mesure du point jusqu'auquel la mesure en cause empiète sur la convention selon laquelle les arbitres seront les seuls à statuer sur le fond de l'affaire.

À première vue, cette approche générale peut sembler ne pas nuire à la demande présentée par Coppée étant donné qu'une ordonnance relative au cautionnement pour dépens n'a pas pour effet d'adjuger au préalable quelque chose qu'il incombe aux arbitres d'adjuger et n'exige pas une appréciation préliminaire du bien-fondé de l'affaire. Pourtant, d'une certaine façon, pareille ordonnance empiète sur la conven-

for the order is almost invariably accompanied by a condition, such as was imposed in the present case, that until security is provided the arbitration will be stayed. Thus, notwithstanding that the parties have agreed that the claimant can and must submit his claim to arbitration, that art II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), UN Treaty Series (1959) 330 (see Mustill and Boyd *Commercial Arbitration* (2nd edn., 1989) App 2, p 725) requires the United Kingdom to recognise and enforce the agreement, and that *Bermer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp* [1981] 1 All ER 289, [1981] AC 909 put beyond doubt the general principle that the English court has no power to interfere directly with the conduct of the reference, an order for security will prohibit the claimant from proceeding with a validly constituted arbitration until he has put up the security, and will (if he is unable or unwilling to do so) prevent him from pursuing his claim at all. This is a powerful countervailing factor. I do not say that it is conclusive, for there are many international arbitrations in which it is, and may properly continue to be, the practice to make such orders. But I believe that in any case which is out of the ordinary the court should pause and look carefully for considerations which point the other way; and, in particular, should have regard to the particular type of arbitration in the course of which the application is brought.

Lords Keith, Slynn and Woolf went so far as to say that even though the Court had the jurisdiction, statutory and inherent, to award security for costs, that order should be made only in exceptional cases (pages 452, 471 and 476). This is not an exceptional case.

[20] The second reason for denying security for costs of the arbitration is that I doubt that this Court's capacity to award security for costs, set out in rules 415 and 416 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], goes beyond security for costs for proceedings in the Federal Court. Subsection 416(1) refers to a motion by a defendant to obtain security for costs and that rule 415 extends the availability of security for costs "to parties bringing and defending counterclaims and third party claims, to applicants and respondents in an application and to appellants and respondents in an appeal". There is nothing in the *Federal Court Rules, 1998* which extend the benefit of security for costs to a party going off to arbitrate

tion d'arbitrage d'une manière beaucoup plus fondamentale que ce dont il a déjà été fait mention; en effet, l'ordonnance est presque toujours assortie d'une condition, comme celle qui a été imposée en l'espèce, à savoir que tant que le cautionnement ne sera pas fourni, l'arbitrage sera suspendu. Par conséquent, même si les parties ont convenu que le réclamant peut et doit soumettre sa demande à l'arbitrage, même si l'article II de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958), Recueil des traités des Nations Unies (1959) 330 (voir Mustill and Boyd *Commercial Arbitration* (2<sup>e</sup> éd., 1989) app 2, p 725) exige que le Royaume Uni reconnaisse et exécute la convention et même si le jugement *Bermer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik v South India Shipping Corp* [1981] 1 All ER 289, [1981] AC 909, établit clairement le principe général selon lequel le tribunal anglais n'est pas autorisé à intervenir directement dans la conduite du renvoi, une ordonnance de cautionnement empêchera le réclamant de procéder à un arbitrage valide tant qu'il n'aura pas fourni un cautionnement et l'empêchera complètement (s'il n'est pas en mesure de le fournir ou s'il ne veut pas le fournir) de poursuivre sa demande. Cela constitue un élément contraire important. Je ne dis pas que cet élément est concluant, car il y a de nombreux arbitrages internationaux dans lesquels pareilles ordonnances sont habituellement rendues et peuvent continuer à l'être, et ce, à juste titre. Cependant, je crois que dans toute affaire inhabituelle, le tribunal devrait s'arrêter à la question et examiner minutieusement les considérations contraires et en particulier tenir compte du genre particulier d'arbitrage dans le cadre duquel la demande est présentée.

Lords Keith, Slynn et Woolf sont allés jusqu'à dire que même si le tribunal a une compétence, légale et inhérente, pour accorder un cautionnement pour dépens, l'ordonnance ne devrait être rendue qu'exceptionnellement (pages 452, 471 et 476). Or, il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel.

[20] La deuxième raison pour laquelle il convient de refuser d'accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage est que je doute que la capacité de cette Cour d'accorder, à l'égard des dépens, un cautionnement comme le prévoient les règles 415 et 416 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] s'étend à autre chose qu'un cautionnement pour les dépens d'une instance engagée devant la Cour fédérale. Le paragraphe 416(1) parle de la requête que le défendeur présente en vue d'obtenir un cautionnement pour les dépens et la règle 415 permet l'octroi d'un cautionnement pour les dépens «au demandeur et au défendeur dans une demande, à l'appelant et à l'intimé dans un appel, ainsi qu'aux parties dans une demande

unless, as in the case of the plaintiff, there is some asset in the jurisdiction to move against and thereby obtain security for costs. Here I would also note that while the English courts seem routinely to give security for costs of an arbitration, that is pursuant to specific legislation, namely subsection 12(6) of the *Arbitration Act, 1950* [U.K., 1950, c. 27]. I was not referred to any equivalent Canadian legislation. There is no provision in the Canadian *Commercial Arbitration Act*. The *Commercial Arbitration Code*, which is given force by the *Commercial Arbitration Act*, only refers to interim protection: I do not take this, in itself, to give jurisdiction to the Federal Court to award security for costs in an arbitration.

[21] Third, I do not see a demonstrated need for security for costs in the present instance. Certainly there is nothing in the affidavit material. The Court of Appeal considered security for costs of arbitration in *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445. Among the factors which induced the Court to allow the appeal for security for costs were the expected high cost of the arbitration by reason of complex technical issues which might only be investigated and arbitrated at great expense and the fact that if the party seeking security was successful, it might, because of the other's clear precarious financial position, be at risk in being able to collect costs at the end of the day. There is not that sort of evidence in the present instance.

[22] Finally, there is the question of whether I may attach any conditions to the stay that I must, by reason of Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, grant in the present instance.

reconventionnelle et une mise en cause». Aucune disposition des *Règles de la Cour fédérale (1998)* ne confère le bénéfice d'un cautionnement pour dépens à la partie qui se présentera à l'arbitrage à moins que, comme c'est ici le cas pour la demanderesse, il n'existe dans le ressort un actif qui puisse en faire l'objet et qui permette ainsi l'octroi de pareil cautionnement. Je ferai ici remarquer que même si les tribunaux anglais semblent régulièrement accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage, ils le font conformément à des dispositions législatives précises, à savoir le paragraphe 12(6) de l'*Arbitrage Act, 1950* [(R.-U.), 1950, ch. 27]. Or, on ne m'a reporté à aucune disposition législative canadienne équivalente. La *Loi sur l'arbitrage commercial* canadienne ne renferme aucune disposition de ce genre. Le *Code d'arbitrage commercial*, qui a pris effet par suite de l'adoption de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, parle uniquement d'une mesure provisoire ou conservatoire: je ne considère pas que cela a en soi pour effet de conférer à la Cour fédérale la compétence voulue pour accorder un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage.

[21] Troisièmement, je ne puis voir pourquoi il est nécessaire d'avoir un cautionnement pour dépens dans ce cas-ci. À coup sûr, il n'y a rien dans les affidavits. La Cour d'appel a examiné la question de l'octroi d'un cautionnement pour les dépens de l'arbitrage dans l'arrêt *K/S A/S Bani and K/S A/S Havbulk I v. Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 445. Parmi les facteurs qui ont amené la Cour à accueillir l'appel relatif au cautionnement pour dépens, il y avait le fait que les dépens de l'arbitrage devaient être élevés, en raison de questions techniques complexes qui pourraient uniquement être examinées et tranchées à grands frais, et le fait que si la partie qui demandait le cautionnement avait gain de cause, elle pourrait, à cause de la situation financière clairement précaire de l'autre partie, avoir en fin de compte de la difficulté à recouvrer les dépens. Or, en l'espèce, il n'existe aucune preuve de ce genre.

[22] Enfin, il y a la question de savoir si je puis assortir de conditions la suspension que je dois accorder en l'espèce, en raison de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*.

[23] The Federal Court of Appeal in *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 F.C. 662, pointed out that “once a reference to arbitration has been made, there is no residual discretion in the court to refuse to stay all proceedings between the parties to the arbitration even though there may be particular issues between them not subject of the arbitration” (pages 674-675). Counsel for the plaintiff submits that this passage means that once there is a reference to arbitration I may not attach conditions to any stay, such as a condition for the provision of security for the costs of the arbitration. This interpretation is consistent with *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd’s Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)), a decision of Mr. Justice Sheen who points out that when the Court is required to stay a proceeding by reason of the *Arbitration Act 1975* [(U.K.), 1975, c. 3], which provides for a mandatory stay subject to the same sort of conditions as are set out in Article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, “it is not open to the Court to impose conditions upon which that stay is ordered.” (page 275). There is a similar passage in the 21st edition of *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 1997, at pages 331-332:

**The imposition of conditions.** In *John Mowlem & Co. plc. v. Carleton Gate Development Co. Ltd.*, (51 Build. L.R. 104) the judge indicated that he would exercise his discretion to grant a stay only subject to the condition that the arbitration should be legally qualified and have knowledge of the building industry. As the court does not have discretion under section 9 of the Arbitration Act 1996, this decision would not be followed.

[24] From all of this it is clear that I may not make the stay conditional upon the posting of security for costs of the arbitration. Further, while there is no material before me to show the necessity of security for costs of the arbitration, the arbitrators themselves would appear to have the discretion to order security for the costs of the arbitration if it were appropriate in their view.

[25] In the result, there will be no security for costs of the arbitration. Security for costs of this proceeding may stand upon a different footing.

[23] Dans l’arrêt *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662, la Cour d’appel fédérale a souligné qu’«une fois le renvoi à l’arbitrage prononcé, la Cour n’a aucun pouvoir discrétionnaire résiduel pour refuser de suspendre toutes les procédures entre les parties à l’arbitrage, bien qu’il puisse y avoir entre elles certains points litigieux qui ne sont pas soumis à l’arbitrage» (pages 674 et 675). L’avocat de la demanderesse soutient que ce passage veut dire qu’une fois qu’il y a renvoi à l’arbitrage, je ne puis assortir une suspension de conditions comme la remise d’un cautionnement pour les dépens de l’arbitrage. Cette interprétation est conforme à la décision *World Star, The*, [1986] 2 Lloyd’s Rep. 274 (Q.B. (Adm. Ct.)), rendue par M. le juge Sheen, qui souligne que lorsque le tribunal est tenu de suspendre une procédure en raison de l’*Arbitration Act 1975* [(R.-U.), 1975, ch. 3], qui prévoit la suspension obligatoire aux mêmes conditions que celles qui sont énoncées à l’article 8 du *Code d’arbitrage commercial*, [TRADUCTION] «il n’est pas loisible au tribunal d’imposer les conditions auxquelles la suspension est ordonnée» (page 275). Il existe un passage similaire dans la 21<sup>e</sup> édition de *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 1997, aux pages 331 et 332:

[TRADUCTION] **L’imposition de conditions.** Dans *John Mowlem & Co. plc. v. Carleton Gate Development Co. Ltd.*, (51 Build. L.R. 104), le juge a dit qu’il exercerait le pouvoir discrétionnaire qu’il possède en vue d’accorder une suspension uniquement à condition que l’arbitre ait légalement qualité et connaisse l’industrie du bâtiment. Étant donné que la Cour n’a pas de pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 9 de l’Arbitration Act 1996, cette décision ne serait pas suivie.

[24] Il est donc clair que je ne puis assortir la suspension d’une condition prévoyant la remise d’un cautionnement pour les dépens de l’arbitrage. En outre, je ne dispose d’aucun élément montrant qu’il est nécessaire d’avoir pareil cautionnement, mais les arbitres eux-mêmes sembleraient avoir le pouvoir discrétionnaire d’ordonner que pareil cautionnement soit fourni si à leur avis il est opportun de le faire.

[25] Par conséquent, aucun cautionnement ne sera accordé à l’égard des dépens de l’arbitrage. Le cautionnement pour les dépens de la présente instance repose peut-être sur un fondement différent.

Security for the Costs of this Action

[26] The defendant seeks security for costs in this Federal Court action, being the annual cost of security at \$4,256, which I take to be an American dollar figure and legal costs to date in Vancouver, at \$7,000, which would seem to be a solicitor and client cost figure in American dollars.

[27] The chance of this Federal Court action, once stayed at the plaintiff's request, ever proceeding, given the New York arbitration, is infinitesimal. If the defendant is entitled to costs and is ever to recoup costs it must be now, as an interim measure of protection.

[28] I do not accept the plaintiff's position that the lack of proper procedure is a bar to the defendant obtaining interim relief or protection by way of an incidental request brought on the occasion of the plaintiff's motion for a stay. The plaintiff refers to *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309 (B.C.C.A.), for the proposition that all interim measures of protection require appropriate steps in the Court and the correct and exact use of the Court's procedure. From this the plaintiff submits that the failure to seek costs in the Federal Court action, by a motion, is fatal. I do not read that much into *Silver Standard*. *Silver Standard* is an example of how interim protection may be obtained using the Court's procedure, there the garnishing process, but the case does not establish that interim protection may only be obtained by strict compliance with procedural requirements when justice requires that there should be some procedural flexibility.

[29] The defendant's request for the costs of this Federal Court action to date, as interim relief, does not

Le cautionnement pour les dépens de la présente action

[26] Le défendeur sollicite un cautionnement pour les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale, soit le coût annuel du cautionnement, de 4 256 \$, montant qui est exprimé, si je comprends bien, en dollars américains, et les frais juridiques engagés à ce jour à Vancouver, qui sont de 7 000 \$, montant qui semble représenter les dépens, en dollars américains, sur la base avocat-client.

[27] Les chances que la présente action, une fois qu'elle sera suspendue comme le voudrait la demanderesse, soit poursuivie compte tenu de l'arbitrage à New York, sont infimes. Si le défendeur a droit aux dépens et s'il doit recouvrer ces dépens, ce doit être maintenant, à titre de mesure provisoire ou conservatoire.

[28] Je ne retiens pas la position de la demanderesse selon laquelle l'absence de procédure appropriée empêche le défendeur d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire au moyen d'une demande accessoire présentée dans le cadre de la requête en suspension. La demanderesse cite la décision *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog* (1998), 168 D.L.R. (4th) 309 (C.A.C.-B.), à l'appui de la proposition selon laquelle toutes les mesures provisoires ou conservatoires exigent que des démarches appropriées soient faites devant la Cour et que la procédure de la Cour soit suivie d'une façon régulière et exacte. Cela étant, la demanderesse soutient que l'omission de demander les dépens au moyen d'une requête dans l'action intentée devant la Cour fédérale est fatale. Ce n'est pas ainsi que j'interprète la décision *Silver Standard*. La décision *Silver Standard* est un exemple de la façon dont une mesure provisoire ou conservatoire peut être obtenue au moyen de la procédure de la Cour, soit dans ce cas-là une procédure de saisie-arrêt, mais cette décision n'établit pas que la mesure provisoire ou conservatoire peut uniquement être obtenue au moyen de l'observation stricte des exigences procédurales lorsque la justice exige une certaine souplesse sur le plan de la procédure.

[29] Le fait que le défendeur sollicite à titre de mesure provisoire les frais engagés à ce jour dans



catch the plaintiff by surprise, for it is well set out in the defendant's material. That the defendant has not brought a separate motion for relief is perhaps improper, but not fatal, for rule 3 of the *Federal Court Rules, 1998* sets out the basic philosophy of the Rules, that they should be interpreted and applied to secure a just, expeditious and inexpensive result.

[30] Nor is the matter of the Federal Court costs necessarily a bar to or a clog on either the stay in favour of arbitration or the arbitration itself.

[31] The amount of costs claimed are small and smaller still if one looks at what might realistically be taxed and sets a lump sum. That is what I propose to do, for there is no point in having counsel spend many hours preparing for and attending on a taxation.

[32] This action was commenced in mid-September. No defence has been filed. While time has likely been spent negotiating and putting in place security and obtaining the release of the *Tavros*, those are not taxable items under Tariff B of the *Federal Court Rules, 1998*.

[33] While the success on this motion has been to some degree mixed and here I would note that the defendant does not oppose the stay, for the defendant merely seeks interim protection, I am not prepared to award costs of the motion to the plaintiff. The plaintiff has, in a sense, used the Court as a collection agency and having achieved its ends, moved on to another jurisdiction. This is not an improper approach, but neither is it one that ought to be rewarded. Thus the costs of the present motion are to the defendant, in the amount of \$750.

[34] The expense of providing security is a proper taxable item (see *Antares Shipping Corp. v. The Capricorn*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.), at page 276), at US \$4,256 for a year. It would be overly optimistic to

l'action intentée devant la Cour fédérale ne prend pas la demanderesse par surprise, car la chose est énoncée d'une façon claire dans les documents du défendeur. Il n'était peut-être pas approprié pour le défendeur de ne pas présenter une requête distincte en vue d'obtenir une mesure, mais cela n'est pas fatal, car la règle 3 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* énonce la philosophie fondamentale des Règles, à savoir qu'elles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[30] La question des dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale ne fait pas non plus nécessairement obstacle à la suspension en faveur de l'arbitrage ou à l'arbitrage lui-même.

[31] Le montant des dépens réclamés est peu important et moins élevé encore si l'on tient compte de ce qui pourrait en réalité être taxé; il s'agit d'une somme forfaitaire. Voici ce que je me propose de faire, car il ne sert à rien de demander aux avocats de consacrer beaucoup de temps à se préparer aux fins d'une taxation et à y assister.

[32] Cette action a été intentée à la mi-septembre. Aucune défense n'a été déposée. On a probablement passé du temps à négocier et à organiser un cautionnement et à obtenir la mainlevée de la saisie du *Tavros*, mais ces éléments ne sont pas taxables en vertu du tarif B des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[33] Cette requête ayant dans une certaine mesure plus ou moins porté fruit, et je ferai ici remarquer que le défendeur ne s'oppose pas à la suspension car il sollicite simplement une mesure provisoire ou conservatoire, je ne suis pas prêt à adjuger les dépens de la requête à la demanderesse. La demanderesse a dans un certain sens utilisé la Cour comme agence de recouvrement; étant arrivée à son but, elle s'est adressée à un autre ressort. Cette approche peut être adoptée, mais elle ne devrait pas être encouragée. Par conséquent, les dépens de la présente requête, d'un montant de 750 \$, sont adjugés au défendeur.

[34] Les dépenses engagées en vue de fournir un cautionnement constituent un élément à juste titre taxable (voir *Antares Shipping Corp. c. Le Capricorn*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.), à la page 276), à 4 256 \$US

think that the arbitration might be completed in a year: that would likely be the exception, not the norm. Thus, as interim protection, I allow the defendants US\$8,512 as the cost of security. That sum can always be adjusted after the fact if only one year's security is required.

[35] The defendant shall have its costs of providing the security and the lump sum which I have awarded for this motion. Converting the cost of security in the form of a bank guarantee to Canadian dollars at today's rate and adding in the \$750 award in the costs of this motion the total is \$13,262.64. That the defendant shipowner has been awarded this sum of costs is not a condition of the stay. Nor is payment of the award a condition of this stay. It will be up to the defendant to collect its costs as best it may.

#### CONCLUSION

[36] That the plaintiff is able to obtain security for its claim and legal expenses and to transfer that security to the benefit of the outcome of the New York arbitration, and the defendant is not, is perhaps unfortunate but not unfair. It merely happens that the defendant had an asset in this jurisdiction and was thus vulnerable to the arrest and to the forcing of security. The plaintiff was not similarly vulnerable.

[37] While the defendant may not take any security from this jurisdiction to the New York arbitration, it may have the costs of this Federal Court action. That is an equitable resolution, one that does no violence to the principle in *Nanisivik Mines (supra)* for such costs are an interim measure of protection within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code* and do not in any way impose on either the stay of the Federal Court action or on the ability of the arbitrators to proceed.

pour une période d'un an. On ne saurait espérer que l'arbitrage pourrait prendre moins d'un an: cela constituerait probablement l'exception plutôt que la norme. Par conséquent, à titre de mesure provisoire ou conservatoire, j'adjuge aux défendeurs une somme de 8 512 \$US à l'égard des frais de cautionnement. Cette somme peut toujours être rajustée après coup si un cautionnement est nécessaire pour une période d'un an seulement.

[35] Le défendeur aura droit aux frais qu'il a engagés en vue de fournir un cautionnement et à la somme forfaitaire que j'ai adjugée pour cette requête. Si l'on transforme les frais de cautionnement en une garantie bancaire exprimée en dollars canadiens au taux actuel et si l'on ajoute la somme de 750 \$ à l'égard des dépens de la requête, on obtient un total de 13 262,64 \$. Le fait que le propriétaire du navire défendeur s'est vu adjuger cette somme à l'égard des dépens ne constitue pas une condition de la suspension. De plus, le paiement de la somme adjugée ne constitue pas non plus une condition de la suspension. Il incombera au défendeur de recouvrer ses frais comme il le pourra.

#### CONCLUSION

[36] Il est peut-être malheureux que la demanderesse puisse obtenir un cautionnement à l'égard de sa demande et de ses frais juridiques et transférer ce cautionnement au profit du résultat de l'arbitrage qui a lieu à New York alors que le défendeur ne peut pas le faire, mais cela n'est pas inéquitable. Le défendeur avait un actif dans ce ressort et il risquait donc d'être assujéti à une saisie et d'être obligé de fournir un cautionnement. La demanderesse n'était pas aussi vulnérable.

[37] Le défendeur ne peut pas transférer un cautionnement de ce ressort à New York, où a lieu l'arbitrage, mais il peut obtenir les dépens de l'action intentée devant la Cour fédérale. Il s'agit d'une solution équitable, qui ne fait pas violence au principe énoncé dans la décision *Nanisivik Mines (supra)* car l'octroi de pareils dépens constitue une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial* et n'influe aucunement sur la suspension de l'action intentée devant la Cour fédérale ou sur la capacité d'agir des arbitres.

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*Plaintiff*)

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship  
"Tavros" and Passport Maritime S.A. (Defendants)**

**INDEXED AS: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
v. TAVROS (THE) (T.D.)**

Trial Division, Pinard J.—Vancouver, December 20;  
Ottawa, December 23, 1999.

*Maritime law — Practice — Arbitration — On motion for stay of Federal Court action for breach of charter party in favour of arbitration at New York, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Interim protection within Commercial Arbitration Code, Art. 9 not permitting costs to be awarded in advance, without determination on merits — Such award payment, not "interim", and not "protective" in nature.*

*Practice — Costs — On motion for stay of action for breach of charter party in favour of arbitration, Prothonotary granted stay but awarded defendant shipowner costs of action as "interim protection" — Appeal by way of motion from part of order awarding costs against plaintiff — Defendant did not seek costs of action at any stage of hearing — Prothonotary erred in awarding costs when action not finally determined, and in awarding costs not sought or spoken to by defendant.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

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

T-1640-99

**Frontier International Shipping Corporation**  
(*demanderesse*)

c.

**Les propriétaires et toutes les autres personnes  
ayant un droit sur le navire «Tavros» et Passport  
Maritime S.A. (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: FRONTIER INTERNATIONAL SHIPPING CORP.  
c. TAVROS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Pinard—  
Vancouver, 20 décembre; Ottawa, 23 décembre 1999.

*Droit maritime — Pratique — Arbitrage — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action intentée devant la Cour fédérale par suite de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage à New York, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La mesure conservatoire provisoire prévue à l'art. 9 du Code d'arbitrage commercial ne permet pas que les dépens soient adjugés à l'avance sans qu'il soit statué au fond sur l'affaire — L'adjudication n'a rien de «provisoire» et n'est pas de nature «conservatoire»; il s'agit d'un paiement.*

*Pratique — Frais et dépens — À la suite de la présentation d'une requête visant à faire suspendre une action en raison de la violation d'une charte-partie en faveur d'un arbitrage, le protonotaire avait accordé la suspension, mais il avait adjugé au propriétaire du navire défendeur les dépens de l'action à titre de «mesure conservatoire provisoire» — Appel par voie de requête de la partie de l'ordonnance par laquelle les dépens étaient adjugés contre la demanderesse — La défenderesse n'avait pas sollicité les dépens de l'action à un stade quelconque de l'audience — Le protonotaire a commis une erreur en adjugeant les dépens alors que l'action n'avait pas été menée à terme et en adjugeant des dépens que la défenderesse ne sollicitait pas ou dont elle ne parlait pas.*

LOIS ET RÉGLEMENTS

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

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (F.C.A.); *Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 S.C.R. 617; (1997), 148 D.L.R. (4th) 217; 213 N.R. 228; *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

APPEAL by way of motion from portion of Prothonotary's order awarding costs against plaintiff. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*H. Peter Swanson* for plaintiff.  
*Doug G. Morrison* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Campney, Murphy*, Vancouver, for plaintiff.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, for defendants.

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

[1] PINARD, J.: This is an appeal by the plaintiff seeking to overturn a portion of the order of the Prothonotary dated November 5, 1999 [[2000] 2 F.C. 427 (T.D.)] in which the Prothonotary awarded costs against the plaintiff, "as interim protection", following a successful stay of proceedings application by the plaintiff. The Prothonotary's order reads as follows:

## THIS COURT ORDERS that

This action is stayed pending the conclusion of New York arbitration. The Defendants may have, as interim protection, the costs and disbursements of this action which, including a lump sum of \$750 on this motion, are set at the lump sum of \$13,262.64.

[2] When the application for a stay of proceedings was heard before the Prothonotary on October 18, 1999, the defendant Passport Maritime S.A. (the

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Lubrizol Corp. c. Cie pétrolière impériale Ltée* (1989), 27 C.I.P.R. 147; 26 C.P.R. (3d) 461; 103 N.R. 237 (C.A.F.); *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 R.C.S. 617; (1997), 148 D.L.R. (4th) 217; 213 N.R. 228; *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

APPEL par voie de requête de la partie d'une ordonnance par laquelle le protonotaire adjugeait les dépens contre la demanderesse. Requête accueillie.

## ONT COMPARU:

*H. Peter Swanson* pour la demanderesse.  
*Doug G. Morrison* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney, Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Bull, Housser & Tupper*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE PINARD: Il s'agit d'un appel que la demanderesse a interjeté en vue de faire annuler une partie de l'ordonnance du 5 novembre 1999 [[2000] 2 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.)] dans laquelle le protonotaire avait adjugé les dépens contre elle «à titre de mesure conservatoire provisoire» après que la demande qu'elle avait présentée en vue de faire suspendre l'instance eut été accueillie. L'ordonnance du protonotaire se lit comme suit:

## CETTE COUR ORDONNE CE QUI SUIT:

Cette action est suspendue en attendant la conclusion de l'arbitrage à New York. Les défenderesses auront droit, à titre de mesure conservatoire provisoire, aux dépens et débours de l'action, lesquels, y compris une somme forfaitaire de 750 \$ accordée à l'égard de la présente requête, sont fixés à 13 262,64 \$.

[2] Lorsque la demande visant à la suspension de l'instance a été entendue devant le protonotaire le 18 octobre 1999, la défenderesse Passport Maritime

defendant) sought either security for its claim in the New York arbitration or alternatively, security for costs of this proceeding including the costs of the security. The defendant defined the issue before the Court in its reply submissions as follows:

#### POINTS IN ISSUE

1. Whether the Court should order, as a condition of granting the stay of proceedings, that the Plaintiff provide security for the award sought by the Defendants in the United States arbitration proceedings and/or security for the costs incurred by the Plaintiff in these proceedings, including the costs of the security the Plaintiff has forced the Defendant to provide.

[3] In the same document, the defendant sought the following order:

#### ORDER SOUGHT

The Defendants seek an Order that, as a condition of this Court's granting a stay in the proceedings before it, the Plaintiff provide security to the Defendants:

(a) in respect of the Defendant's claim in the United States arbitration proceedings;

(b) in the alternative, for costs the Defendants have incurred in proceedings before this Court, including the cost of the security the Plaintiff has forced the Defendants to provide;

[4] It appears, therefore, that the defendant did not seek costs at any stage of the hearing and certainly not the costs of the action. Rather the defendant sought three different types of security as "interim protection".

[5] It is clear from the Prothonotary's reasons in support of his decision that he intended to grant the costs and the disbursements of the within action to the defendant as "interim protection" within Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*, Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.),

S.A. (la défenderesse) a demandé un cautionnement à l'égard de la demande qu'elle avait présentée dans le cadre de l'arbitrage, à New York, ou subsidiairement un cautionnement pour les dépens de la présente instance, y compris les frais liés au cautionnement. Dans les observations qu'elle a présentées en réponse, la défenderesse a défini comme suit la question dont la Cour était saisie:

[TRADUCTION]

#### POINTS LITIGIEUX

1. La Cour devrait-elle ordonner à la demanderesse, comme condition de l'octroi d'une suspension de l'instance, de fournir un cautionnement à l'égard du montant demandé par les défenderesses dans la procédure d'arbitrage qui a lieu aux États-Unis ou un cautionnement pour les dépens engagés par la demanderesse dans la présente instance, y compris les frais liés au cautionnement que la demanderesse a obligé la défenderesse à fournir?

[3] Dans le même document, la défenderesse a sollicité l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION]

#### ORDONNANCE SOLLICITÉE

Les défenderesses sollicitent une ordonnance portant que, comme condition de l'octroi d'une suspension de l'instance dont cette Cour est ici saisie, la demanderesse doit leur fournir un cautionnement;

a) à l'égard de la demande qu'elles ont présentée dans la procédure d'arbitrage, aux États-Unis;

b) subsidiairement, à l'égard des dépens qu'elles ont engagés dans l'instance dont cette Cour est ici saisie, y compris les frais liés au cautionnement que la demanderesse les a obligées à fournir;

[4] Il semble donc que la défenderesse n'ait pas sollicité les dépens à un stade quelconque de l'audience et certainement pas les dépens de l'action. La défenderesse a plutôt sollicité trois types différents de cautionnement à titre de «mesure conservatoire provisoire».

[5] Il ressort clairement des motifs que le protonotaire a prononcés à l'appui de sa décision qu'il voulait adjuger à la défenderesse les dépens et débours relatifs à la présente action «à titre de mesure conservatoire provisoire» au sens de l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur*

c. 17, which reads:

*Article 9*

. . .

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

[6] In his reasons, the Prothonotary also states, at paragraph 35 [page 444]:

The defendant shall have its costs of providing the security and the lump sum which I have awarded for this motion . . . . It will be up to the defendant to collect its costs as best it may.

[7] In my view, the impugned order ought to be set aside on the ground that it does not grant the interim protection provided for in Article 9 of the *Commercial Arbitration Code*. I agree with the plaintiff's submission that interim protection is "interim" in that it is something done pending final determination of the issues on the merits. It is protection, not payment. Here, the Prothonotary awarded costs to be collected now, without any determination whatsoever on the merits. There is no opportunity to alter this award. There is nothing "interim" about the award, and it is not "protective" in nature—it is payment.

[8] In addition, I find that the Prothonotary erred in awarding costs of the action when the action had not been concluded or finally determined, and in awarding costs which were not sought or spoken to by the Defendant (see *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (F.C.A.); and *Armada Lines Ltd. v. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 S.C.R. 617).

[9] It appears, therefore, that costs were wrongly awarded to the unsuccessful party (see *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.)).

*l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, lequel se lit comme suit:

*Article 9*

[. . .]

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

[6] Dans ses motifs, le protonotaire dit également ceci, au paragraphe 35 [page 444]:

Le défendeur aura droit aux frais qu'il a engagés en vue de fournir un cautionnement et à la somme forfaitaire que j'ai adjugée pour cette requête [. . .] Il incombera au défendeur de recouvrer ses frais comme il le pourra.

[7] À mon avis, l'ordonnance contestée devrait être infirmée pour le motif qu'elle ne prévoit pas l'octroi de la mesure conservatoire provisoire prévue à l'article 9 du *Code d'arbitrage commercial*. Je souscris à l'argument de la demanderesse selon lequel une mesure conservatoire provisoire est «provisoire» en ce sens que quelque chose est fait en attendant le règlement final des questions au fond. Il s'agit d'une mesure de protection et non d'un paiement. Dans ce cas-ci, le protonotaire a adjugé les dépens qui doivent être recouverts maintenant, sans aucunement statuer sur le bien-fondé de l'affaire. Il n'existe aucune possibilité de modifier cette adjudication. L'adjudication n'a rien de «provisoire» et elle n'est pas de nature «conservatoire»; il s'agit d'un paiement.

[8] De plus, je conclus que le protonotaire a commis une erreur en adjugeant les dépens de l'action alors que celle-ci n'avait pas été menée à terme ou qu'elle n'avait pas été réglée d'une façon définitive, et en adjugeant des dépens que la défenderesse ne sollicitait pas ou dont la défenderesse ne parlait pas (voir *Lubrizol Corp. c. Cie pétrolière impériale Ltée* (1989), 27 C.I.P.R. 147 (C.A.F.); et *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers Ltd.*, [1997] 2 R.C.S. 617).

[9] Il semble donc que les dépens aient été erronément adjugés à la partie déboutée (voir *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.)).

[10] For all the above reasons, the motion is granted and the portion of the order of the Prothonotary awarding the defendants costs and disbursements of the action as interim protection is set aside. Costs of this motion are adjudicated in favour of the plaintiff.

[10] Pour ces motifs, la requête est accueillie et la partie de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a adjugé les dépens et débours de l'action aux défendresses à titre de mesure conservatoire provisoire est infirmée. Les dépens de cette requête sont adjugés à la demanderesse.