

Deuterium of Canada Limited and Cape Breton Heavy Water Limited *Appellants;*

and

Burns and Roe, Inc.

and

Burns and Roe of Canada Limited, Allis-Chalmers Canada Limited, The Canada Valve and Hydrant Company Limited and Brown and Root Limited *Respondents.*

1973: May 3; 1974: March 18.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Arbitration—Ouster of Jurisdiction—Effect and interpretation of ‘Scott and Avery’ Clause—Submission to arbitration, a condition precedent—Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.

Practice—Stay of proceedings—Concurrent writ and service of notice ex juris.

Burns & Roe of Canada contracted to provide Deuterium with engineering services in connection with the construction of a heavy water plant by Deuterium. The performance of these engineering services, which were to be paid for on a cost plus fixed fee basis, were guaranteed by Burns & Roe, Inc. The agreement provided for arbitration subject to the *Arbitration Act*, of Nova Scotia (R.S.N.S. 1967, c. 12) and that “Submission to arbitration . . . shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this Agreement, but, subject to such limitation, any claim . . . may be adjudicated . . . in the Supreme Court of Nova Scotia and . . . in the Supreme Court of Canada.” Burns & Roe of Canada invoked the arbitration clause to claim a certain sum from Deuterium and nominated an arbitrator. Deuterium responded by nominating an arbitrator and giving notice of its intention to counterclaim against Burns & Roe of Canada and Burns & Roe, Inc. Before proceeding further with the arbitration Deuterium and a subsidiary sued, for damages in tort and contract, Burns & Roe of Canada, Burns & Roe Inc., and two other companies. Gillis J. dismissed applications for an order staying proceedings in the action and discharging the *ex parte* order for service *ex juris* on Burns & Roe, Inc. in the State of New Jersey.

Deuterium of Canada Limited et Cape Breton Heavy Water Limited *Appelantes;*

et

Burns and Roe, Inc.

et

Burns and Roe of Canada Limited, Allis-Chalmers Canada Limited, The Canada Valve and Hydrant Company Limited et Brown and Root Limited *Intimées.*

1973: le 3 mai; 1974: le 18 mars.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Arbitrage—Dépossession de compétence—Effet et interprétation de la clause «Scott et Avery»—Recours à l'arbitrage, une condition préalable—Arbitration Act, R.S.N.S. 1967, c. 12.

Pratique—Suspension d'instance—Bref d'assignation concurrent et signification d'avis ex juris.

Burns & Roe of Canada s'était engagée à fournir à Deuterium des services d'ingénierie en relation avec la construction d'une usine d'eau lourde par Deuterium. L'exécution de ces services d'ingénierie, qui devaient être rémunérés sur une base de coût plus un honoraire déterminé, était garantie par Burns & Roe, Inc. La convention prévoyait l'arbitrage conformément au *Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse (R.S.N.S. 1967, c. 12) et que «Le recours à l'arbitrage . . . est une condition préalable à l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation . . . peut être décidée . . . en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et . . . en Cour suprême du Canada.» Burns & Roe of Canada a invoqué la clause d'arbitrage pour réclamer une certaine somme de Deuterium et a nommé un arbitre. Deuterium a répliqué en nommant un arbitre et a donné avis de son intention de faire une demande reconventionnelle contre Burns & Roe of Canada et Burns & Roe Inc. Avant d'aller plus loin avec l'arbitrage, Deuterium et une filiale ont intenté des poursuites en dommages extracontractuels et contractuels contre Burns & Roe of Canada, Burns & Roe Inc. et deux autres compagnies. Le Juge Gillis a rejeté les requêtes de suspension d'instance et d'annulation de l'ordonnance donnée *ex parte* pour signification *ex juris* à Burns & Roe Inc. dans l'État de New Jersey.

The Appeal Division however directed that all further proceedings be stayed and set aside the issuance of the concurrent writ and the service of it on Burns & Roe, Inc.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ.: It was argued that the article providing for submission to arbitration differed from the "Scott and Avery" clause in that the latter required an "award" where the former required only a "submission". However s. 3 of the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12 provides that "A submission, unless a contrary intention is expressed, shall be deemed to include . . . the following provisions . . . (h) the award to be made . . . shall be final and binding . . .". The provisions of the agreement make the arbitration a condition of the contract to which the Court must give effect.

It is impossible to grant an application for leave to serve a concurrent writ *ex juris* once an application for stay of proceedings has been made.

Per Judson and Laskin JJ.: The difficulty of determining the meaning of the words "may be adjudicated . . . in the first instance" cannot be resolved by limiting the "Scott and Avery" words which precede them. However, to give full effect to all the words of the relevant Article, the provision for adjudication at first instance in the Courts must be read as giving the parties a choice by agreement (or perhaps by waiver) to submit their differences to the Court instead of going to arbitration. Short of agreement (or perhaps waiver) either party can invoke arbitration. Where arbitration has been invoked, the award once made cannot disappear and any subsequent proceedings taken in the Courts are simply proceedings respecting review of the award.

[*Heyman v. Darwins Limited*, [1942] A.C. 356; *Scott v. Avery* (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811; *Cayzer, Irvine and Company Ltd. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Caven v. C.P.R.* (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23; *Guerin v. Manchester Fire Insurance Company* (1898), 29 S.C.R. 139; *David v. Swift* (1910), 44 S.C.R. 179; *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*, [1892] A.C. 85; *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited* (1966), 55 W.W.R. 34; *Doleman and Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257; *Freshwater v. Western Aus-*

Cependant la Division d'appel a ordonné l'arrêt de toute procédure ultérieure et a écarté l'émission du bref d'assignation concurrent et la signification de celui-ci à Burns & Roe Inc.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Les Juges Martland, Judson, Ritchie et Dickson: On a fait valoir que l'article prévoyant le recours à l'arbitrage différait de la clause «Scott et Avery» en ce que cette dernière exigeait une «sentence» arbitrale tandis que le premier exigeait seulement un compromis. Par contre l'art. 3 du *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12 prévoit qu'«un compromis, sauf si l'intention contraire y est exprimée, est réputée comprendre . . . les dispositions suivantes . . . h) la sentence à être rendue . . . sera finale et liera les parties . . .». Les dispositions de la convention font de l'arbitrage une condition du contrat à laquelle les tribunaux doivent donner effet.

Il est impossible de faire droit à la demande de signification d'un bref concurrent d'assignation *ex juris* une fois la demande de suspension d'instance faite.

Les Juges Judson et Laskin: La difficulté à déterminer la signification des mots «peut être décidé . . . en première instance» ne peut être résolue en fixant des limites au libellé «Scott et Avery» qui les précède. Cependant, pour donner leur plein effet à tous les termes de l'article en question, la disposition prévoyant que les tribunaux pourront statuer en première instance doit être interprétée comme donnant aux parties la faculté, d'un commun accord (ou peut-être sur renonciation), de soumettre leurs différends à la Cour au lieu d'aller à l'arbitrage. Faute d'accord (ou peut-être de renonciation), l'une ou l'autre des parties peut demander l'arbitrage. Après recours à l'arbitrage, la sentence arbitrale une fois faite ne peut disparaître, et toute procédure subséquente prise devant les tribunaux ne peut viser que la révision de la sentence.

[*Arrêts mentionnés:* *Heyman v. Darwins Limited*, [1942] A.C. 356; *Scott v. Avery* (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811; *Cayzer, Irvine and Company Ltd. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Caven v. C.P.R.* (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23; *Guerin c. Manchester Fire Insurance Company* (1898), 29 R.C.S. 139; *David c. Swift* (1910), 44 R.C.S. 179; *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*, [1892] A.C. 85; *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited* (1966), 55 W.W.R. 34; *Doleman and Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257; *Freshwater v.*

tralian Assurance Co., [1933] 1 K.B. 515; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Woodall v. Pearl Assurance Co.*, [1919] 1 K.B. 593; *Atlantic Shipping and Grading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; *Meacham v. Jamestown, F. & C.R. Co.* (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, reversing the judgment of Gillis J. and directing that all further proceedings against Burns and Roe of Canada Limited be stayed and setting aside the issuance of a concurrent writ of summons. Appeal dismissed with costs.

D. R. Chipman, Q.C., for the appellants.

Ian M. MacKeigan, Q.C., and *J. M. Barker*, for the respondents.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia reversing the judgment rendered at first instance by Gillis J. in the Trial Division, and directing that all further proceedings by the appellants against Burns and Roe of Canada Limited be stayed and setting aside the issuance of a concurrent writ of summons and the service of notice thereof on Burns and Roe Inc. in the State of New Jersey in the United States of America.

The disposition to be made of the application of Burns and Roe of Canada Limited for a stay of proceedings and of Burns and Roe Inc.'s application to set aside the order of service *ex juris* are the only two questions presently before this Court pursuant to the orders granting leave to appeal, and it appears to me that these questions are to be considered in isolation from any issues which might arise between Deuterium of Canada Limited (hereinafter referred to as "Deuterium") and Cape Breton Heavy Water Limited on the one hand and any one or more of the companies named or joined as parties defendant in this action on the other hand.

¹ (1970), 15 D.L.R. (3d) 568.

Western Australian Assurance Co., [1933] 1 K.B. 515; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Woodall v. Pearl Assurance Co.*, [1919] 1 K.B. 593; *Atlantic Shipping and Grading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*, [1922] 2 A.C. 250; *Meacham v. Jamestown, F. & C.R. Co.* (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.]

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹ infirmant le jugement du Juge Gillis et ordonnant l'arrêt de toute procédure ultérieure contre Burns & Roe of Canada Limited et écartant l'émission d'un bref d'assignation concurrent. Pourvoi rejeté avec dépens.

D. R. Chipman, c.r., pour les appelantes.

Ian M. MacKeigan, c.r., et *J. M. Barker*, pour les intimées.

Le jugement des Juges Martland, Judson, Ritchie et Dickson a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a infirmé le jugement rendu en première instance par M. le Juge Gillis, ordonné l'arrêt de toute procédure ultérieure contre Burns and Roe of Canada Limited, et écarté l'émission d'un bref d'assignation concurrent et la signification d'un avis dudit bref à Burns and Roe Inc. dans l'État du New Jersey, États-Unis d'Amérique.

La décision à rendre sur la demande de Burns and Roe of Canada Limited de suspendre les procédures, et sur celle de Burns and Roe Inc. d'annuler l'ordonnance de signification *ex juris*, sont les deux seules questions dont cette Cour est saisie en vertu des permissions d'appeler, et il me paraît qu'il faut examiner ces questions en faisant abstraction de tout litige pouvant surgir entre, d'une part, Deuterium of Canada Limited (ci-après appelée «Deuterium») et Cape Breton Heavy Water Limited, et, d'autre part, l'une ou plusieurs des compagnies nommées ou jointes comme parties défenderesses dans l'action.

¹ (1970), 15 D.L.R. (3d) 568.

I am satisfied, as will hereafter appear, that the dispute between the parties arises out of the performance of a contract originally concluded between Deuterium and Burns and Roe Inc. for the design, engineering and certain other services associated with the planning and construction of a plant for the manufacture of heavy water at Glace Bay, Nova Scotia. The original contract was made between these parties on March 12, 1964 and some time in December of that year the respondent, Burns and Roe of Canada Limited also executed this contract which had been to some extent rewritten but which was by agreement made effective as of March 12, 1964. Under this latter contract Burns and Roe of Canada Limited is described as "engineer" and it is clearly contemplated that this company is to provide Deuterium with all engineering services upon its heavy water plant with the option of sub-contracting some or all of these services to Burns and Roe Inc., which latter company executed the agreement as "guarantor" of the contract and of the services to be supplied by Burns and Roe Limited. This agreement was the only one produced in evidence and, like the learned trial judge, I have neither seen nor considered any earlier documents which may have existed. Article 1 of the agreement contains the following:

1. The Company (i.e. Deuterium of Canada Limited) undertakes to construct and complete the plant and to commence the provision and delivery of heavy water at the said rate of 200 tons per annum not later than July 31, 1966.

The plant is to be designed for continuous future production capacity of at least 400 tons of heavy water per year with provision by the convenient omission of certain equipment and structures to a reduced production rate of at least 200 tons per year.

The "initial plant" contemplated under the agreement was accordingly limited to a capacity of 200 tons per annum, but in view of the fact that the present appellants now contend that extensions which were subsequently made to the plant were not governed by the terms of the original agreement, I think it desirable to refer

Je retiens, comme on le verra plus loin, que le différend opposant les parties provient de l'exécution d'un contrat conclu à l'origine entre Deuterium et Burns and Roe Inc. en vue de la conception, de l'ingénierie et de certains services relativement à la planification et à la construction d'une usine de fabrication d'eau lourde à Glace Bay, en Nouvelle-Écosse. Le contrat initial a été établi entre les parties le 12 mars 1964 et, en décembre de la même année, l'intimée Burns and Roe of Canada Limited a également signé ce contrat qu'on avait remanié dans une certaine mesure mais dont on avait de consentement fixé la date d'entrée en vigueur au 12 mars 1964. En vertu de ce dernier contrat Burns and Roe of Canada Limited est désignée comme «ingénieur» et on envisage clairement que cette dernière doit fournir à Deuterium tous les services d'ingénierie pour son usine d'eau lourde avec la faculté de sous-traiter certains ou la totalité de ces services à Burns and Roe Inc.; cette dernière compagnie a signé la convention à titre de «garant» du contrat et des services devant être fournis par Burns and Roe Limited. Cette convention est la seule qui fut versée au dossier et, comme le savant juge de première instance, je n'ai pas vu ni examiné de documents antérieurs pouvant avoir existé. L'article 1 de la convention renferme ce qui suit:

- [TRADUCTION] 1. La Compagnie (soit Deuterium of Canada Limited) s'engage à construire et achever l'usine et à commencer à fournir et livrer de l'eau lourde à ladite cadence de 200 tonnes par an au plus tard le 31 juillet 1966.

L'usine doit être conçue en vue d'une capacité future de production continue d'au moins 400 tonnes d'eau lourde par an et fournir, par omission commode de certains équipements et de certaines structures, un taux réduit de production d'au moins 200 tonnes par an.

L'«usine initiale» envisagée dans la convention fut en conséquence limitée à une capacité de 200 tonnes par an, mais étant donné que les présentes appelantes prétendent maintenant que les rallonges subséquentes faites à l'usine ne sont pas régies par les conditions de la convention initiale je crois bon de me reporter à l'Arti-

to Article VI thereof which indicates that the parties had such extensions in contemplation as a part of the work which might be performed under the contract. Article VI reads as follows:

VI:

The COMPANY may, at any time by a written order, and without prior notice, make changes within the general scope of the work to be performed under this Agreement, including without limitation changes necessitated by the expansion of the annual production capacity of the PLANT from 200 tons up to 400 tons. If any such change causes an increase or decrease in the estimated cost of or the time required for the performance of any part of the work under this Agreement, whether changed or not changed by any such order, or otherwise affects any other provision of this Agreement, an equitable adjustment shall be made (i) in the estimated cost or performance schedule or both, (ii) in the amount of any fixed-fee to be paid to the ENGINEER, and (iii) in such other provisions of this Agreement as may be so affected, and this Agreement shall be modified in writing accordingly. NOTWITHSTANDING the foregoing, no change in the 'plant concept' made by the COMPANY and communicated to the ENGINEER thirty (30) days before September 1, 1964, shall be deemed a basis for an increase in the fixed-fee payable to the ENGINEER hereunder.

Any claim by the ENGINEER for adjustment made under this Article must be submitted in duplicate to the COMPANY within thirty (30) days from the date of receipt by the ENGINEER of the notification of change. Said claims shall set forth the nature and amount of increased or decreased costs, if any, and the change in performance schedule, if affected. If the above change order, issued by the COMPANY, adds to or decreases the duties or the responsibilities of the ENGINEER, as set forth in Article II herein or as previously thereto amended, the ENGINEER may include in the aforesaid claim a request for adjustment of fee. Failure of the COMPANY and ENGINEER to agree to any adjustment shall be a dispute to be settled in the manner set forth in Article VIII herein. However, nothing in this clause shall excuse the ENGINEER from proceeding with the work as changed.

cle VI de ladite convention qui indique que les parties envisageaient de telles rallonges parmi les travaux qui pourraient être exécutés en vertu du contrat. L'Article VI se lit comme suit:

[TRADUCTION] VI:

La COMPAGNIE peut en tout temps, au moyen d'un ordre donné par écrit et sans avis préalable, apporter des modifications à l'intérieur du cadre général des travaux à exécuter en vertu de la convention, y compris, sans restriction, les modifications rendues nécessaires par l'accroissement de la capacité de production annuelle de l'USINE de 200 à 400 tonnes. Si l'une quelconque de ces modifications provoque une augmentation ou une diminution du coût estimatif de quelque partie des travaux prévus dans la présente convention, ou du temps nécessaire à son exécution, que cette partie des travaux ait été changée ou n'ait pas été changée par un ordre semblable, ou porte autrement atteinte à quelque autre disposition de la présente convention, un rajustement équitable sera fait relativement (i) au coût estimatif ou à l'échéancier ou aux deux, (ii) au montant de l'honoraire déterminé, quel qu'il soit, devant être versé à l'INGÉNIEUR, et (iii) à toutes les autres conditions de la présente convention auxquelles on a pu ainsi porter atteinte, et la présente convention sera modifiée par écrit en conséquence. NONOBTANT ce qui précède, aucune modification du «concept de l'usine» effectuée par la COMPAGNIE et communiquée à l'INGÉNIEUR trente (30) jours avant le 1^{er} septembre 1964 ne sera censée constituer la base d'une augmentation de l'honoraire déterminé devant être versé à l'INGÉNIEUR en vertu des présentes.

Toute demande de rajustement faite par l'INGÉNIEUR en vertu du présent article doit être soumise en double exemplaire à la COMPAGNIE dans les trente (30) jours de la date de réception par l'INGÉNIEUR de l'avis de modification. Lesdites demandes doivent énoncer la nature et le montant d'augmentation ou de réduction des coûts, s'il en est, et la modification de l'échéancier s'il est touché. Si le susdit ordre de modification, émanant de la COMPAGNIE, ajoute ou retranche quelque chose aux obligations ou aux responsabilités de l'INGÉNIEUR, exposées dans l'article II des présentes ou antérieurement modifiées dans ledit article, l'INGÉNIEUR peut insérer dans la demande susdite une demande de révision de l'honoraire. Le manque d'entente de la COMPAGNIE ou de l'INGÉNIEUR quant à un rajustement constituera un différend devant être réglé de la manière prescrite à l'article VIII des présentes. Cependant, rien dans la présente clause ne dispense

The expansion of the plant which the appellants claim to be outside the terms of the original agreement is an extension or a supplement to the "initial plant" which is designated the "X" extension and an additional plant adjoining the initial plant which is referred to as the "Y" extension. After quoting Article VI of the agreement, Gillis J. made this comment:

This provision must mean that by simple notice the agreement for engineering services could be made applicable to services upon "X" and "Y" extensions.

It appears to me that in or about September, 1966, the Deuterium Company required the services of Burns and Roe of Canada Limited under the agreement to be extended to the so-called "X" and "Y" extensions which would provide for increased capacity, and there were no doubt discussions between Deuterium and the Burns and Roe Companies with respect to the preparation and execution of a separate contract dealing with the "X" and "Y" extensions, but these discussions came to naught and it appears to me that Burns and Roe Companies undertook to perform the engineering services in connection with the extensions under the original agreement.

I think it important at this stage to note that Cape Breton Heavy Water Limited, which is a wholly owned subsidiary of the Deuterium Company, was incorporated in March, 1967 and that in June of that year Deuterium executed a lease to that company of the land upon which the "Y" extension was to be built. In addition to this, after its incorporation, Deuterium appears to have charged all expenses in connection with the operation to the new company. This was, in my view, nothing more than a book-keeping procedure and although the new company's existence was known to the Burns and Roe Companies as the lessee of the "Y" extension property, the respondents never had any relationship with that company and the work done and services performed by them were all done

l'INGÉNIEUR de poursuivre les travaux tels que modifiés.

L'expansion qui selon les appelantes déborde les conditions de la convention initiale consiste en une rallonge ou addition, appelée rallonge «X», à «l'usine initiale», puis en une usine additionnelle, appelée rallonge «Y», adjacente à l'usine initiale. Après avoir cité l'Article VI de la convention, M. le Juge Gillis a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Cette disposition doit signifier que sur un simple avis la convention visant les services d'ingénierie peut être déclarée applicable aux services relatifs aux rallonges «X» et «Y».

Il me semble que vers le mois de septembre 1966, la compagnie Deuterium a demandé que les services de Burns and Roe of Canada Limited en vertu de la convention soient étendus à ce qu'on a convenu d'appeler les rallonges «X» et «Y», qui devaient fournir une capacité accrue, et il y eut sans aucun doute des pourparlers entre Deuterium et les compagnies Burns and Roe concernant la préparation et la signature d'un contrat distinct portant sur les rallonges «X» et «Y», mais ces pourparlers n'ont rien donné et il me semble que les compagnies Burns and Roe aient entrepris de fournir les services d'ingénierie relatifs aux rallonges en vertu de la convention initiale.

Je crois important à ce stade de signaler que Cape Breton Heavy Water Limited, qui est une filiale en propriété exclusive de Deuterium Company, fut constituée en corporation en mars 1967 et qu'en juin de cette année-là Deuterium a signé en faveur de ladite compagnie un bail visant le terrain sur lequel la rallonge «Y» devait être construite. En outre, après la constitution de la nouvelle compagnie, Deuterium paraît avoir porté à la charge de cette dernière tous les frais relatifs à l'affaire. C'était là, à mon avis, rien de plus qu'une méthode de tenue de livres et bien que l'existence de la nouvelle compagnie comme locataire de l'immeuble connu comme rallonge «Y» ait été connue des compagnies Burns and Roe, les intimées n'ont jamais eu de rapports avec cette compagnie-là

and performed pursuant to the original contract with Deuterium.

Mr. James Smart, the Secretary-Treasurer of Deuterium filed an affidavit in this action upon which he was cross-examined at some length, and it is apparent that he contended that the engineering work on the "X" and "Y" extensions was carried on by Burns and Roe Canada Limited not under the agreement of March 12th, but under what he referred to as the "new unsigned draft". On this issue I adopt the view expressed by Mr. Justice Cooper in the Appeal Division as follows:

I think it too obvious for any comment that, in the circumstances here present, a suggested or proposed agreement cannot be given effect as an executed contract. Counsel for the respondents contended in argument before us that the engineering services for the "X" and "Y" extensions were performed on a *quantum meruit* basis. I reject this argument. I regard the true situation as one where the parties negotiated without reaching any finality for a further agreement in writing. When those negotiations failed the parties carried on under the agreement of March 12, 1964 modified as necessary and as provided for therein by such orders and authorizations as were necessary in view of the expansion of the plant capacity and as contemplated by Article VI of the Agreement of March 12, 1964.

It will be apparent from what I have said that I regard the provisions of the original agreement as governing all the relations between the parties in respect of the Glace Bay plant and in this regard perhaps the most vital provision for the purposes of this litigation is contained in Article VIII which reads as follows:

ARTICLE VIII—DISPUTES

Any dispute, unresolved claim or failure to agree between the COMPANY on one hand and the ENGINEER and/or the GUARANTOR on the other hand which cannot be informally resolved or settled between the parties within thirty (30) days from the time such controversy is made known as such to all parties in writing shall, at the option of the COMPANY or the ENGINEER be considered a dispute to

et les travaux qu'elles ont exécutés et les services qu'elles ont rendus ont tous été exécutés et rendus conformément au contrat initial conclu avec Deuterium.

M. James Smart, le secrétaire-trésorier de Deuterium, a produit dans l'action une déclaration sous serment sur laquelle il fut contre-interrogé assez longuement, et il est manifeste qu'il prétend que les travaux d'ingénierie effectués sur les rallonges «X» et «Y» furent exécutés par Burns and Roe Canada Limited non pas en vertu de la convention du 12 mars, mais en vertu de ce qu'il a appelé le «nouveau projet non signé». Sur ce point, j'adopte les vues exprimées dans les termes suivants par M. le Juge Cooper de la Division d'appel:

[TRADUCTION] Je crois tout commentaire inutile parce qu'il est trop évident que, dans les circonstances de l'espèce, une convention suggérée ou projetée ne peut avoir les mêmes effets qu'un contrat signé. Les avocats des intimées ont fait valoir devant nous que les services d'ingénierie concernant les agrandissements «X» et «Y» furent exécutés sur une base de *quantum meruit*. Je rejette cet argument. Je vois la situation véritable comme une situation où les parties ont négocié sans résultat en vue d'une autre convention écrite. Les pourparlers n'ayant pas abouti, les parties ont continué à se conformer à la convention du 12 mars 1964, modifiée au besoin et comme prévu dans ladite convention par les ordres et autorisations nécessaires à l'accroissement de la productivité de l'usine et comme envisagé à l'Art. VI de la convention du 12 mars 1964.

D'après ce que j'ai dit, il est manifeste que je considère les dispositions de la convention initiale comme régissant toutes les relations entre les parties en ce qui a trait à l'usine de Glace Bay et à cet égard la disposition peut-être la plus vitale pour les fins du présent litige se trouve dans l'Article VIII qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] ARTICLE VIII—DIFFÉRENDS

Les différends, réclamations non réglées ou désaccords entre la COMPAGNIE, d'une part, et l'INGÉNIEUR et (ou) le GARANT, d'autre part, que les parties ne peuvent régler ou résoudre entre elles dans les trente (30) jours de la date où la controverse est portée par écrit à la connaissance de toutes les parties doivent, au choix de la COMPAGNIE ou de l'INGÉNIEUR, être tenus pour des différends à régler par

be settled by a submission to two arbitrators, one nominated by the COMPANY and the other by the ENGINEER, under the provisions of the Arbitration Act of Nova Scotia, and the award made pursuant to such provisions shall, as provided therein, be final and binding on the parties and may, by leave of the Supreme Court of Nova Scotia or a single judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, subject nevertheless to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. Unless otherwise expressly provided by statute, all required notices shall be served in writing, personally or by registered mail.

Submission to arbitration pursuant to the provisions of this Article VIII shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this Agreement, but, subject to such limitation, any claim against the COMPANY on the one hand, the ENGINEER and/or the GUARANTOR on the other hand or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review, in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and, if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada.

Section 5 of the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, reads as follows:

5. If any party to a submission, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the submission, or any person claiming through or under him, in respect to any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time after appearance, and before delivering any pleadings, or taking any other steps in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings, and that court, or a judge thereof, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission, and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings.

The very comprehensive review of the authorities contained in the reasons for judgment of the learned judge of first instance appears to me to be limited to a consideration of

un compromis recourant à l'arbitrage de deux arbitres, l'un désigné par la COMPAGNIE et l'autre par l'INGÉNIEUR, sous le régime des dispositions de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et la sentence rendue conformément auxdites dispositions est, comme il y est prévu, finale et irrévocable et peut, avec l'autorisation de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ou d'un de ses juges seul, être exécutoire de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance au même effet, sous réserve néanmoins des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement rendu sur la sentence prévus par la loi. Sauf disposition expresse d'une loi, tous les avis requis doivent être signifiés par écrit, en personne ou sous pli recommandé.

Le recours à l'arbitrage conformément aux dispositions du présent Article VIII est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la COMPAGNIE d'une part, l'INGÉNIEUR et (ou) le GARANT d'autre part, ou vice versa, peut être décidée, tant en première instance qu'en révision, sur recours approprié engagé en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada.

L'article 5 de l'*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, est rédigé comme suit:

[TRADUCTION] 5. Si une partie à un compromis, ou une personne poursuivant aux droits de cette partie ou par elle, intente des procédures dans une cour quelconque contre une autre des parties au compromis, ou une personne réclamant aux droits de cette autre partie ou par elle, relativement à toute question qu'on avait convenu d'envoyer à l'arbitrage, l'une quelconque des parties à semblables procédures peut, en tout temps après la comparution, et avant de produire des plaidoiries écrites, ou de passer à d'autres étapes de la procédure, demander à cette cour-là une suspension d'instance; et si la cour ou l'un de ses juges a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militante contre le renvoi à l'arbitrage conformément au compromis, et que la partie qui fait la demande était, à l'époque où les procédures furent entamées, et est encore, prête et disposée à faire toute chose nécessaire à la bonne conduite de l'arbitrage, elle peut ordonner une suspension d'instance.

La revue très complète des précédents que renferment les motifs du savant juge de première instance me paraît se limiter à une étude d'affaires concernant des contrats où les clauses

cases of contracts containing arbitration clauses which did not include a provision making the arbitration award "a condition precedent to the bringing of any action". With the greatest respect, it appears to me that Mr. Justice Gillis gave no consideration to the very substantial body of law which recognizes the far-reaching effect of a clause making arbitration a condition precedent. The law in this regard was summarized by Lord Wright in *Heyman v. Darwins Limited*² at p. 377 where he said:

The contract, either instead of or along with a clause submitting differences and disputes to arbitration, may provide that there is no right of action save upon the award of an arbitrator. The parties in such a case made arbitration followed by an award a condition of any legal right of recovery on the contract. This is a condition of the contract to which the court must give effect, unless the condition has been 'waived', that is, unless the party seeking to set it up has somehow disentitled himself to do so.

This proposition has been widely accepted since the case of *Scott v. Avery*³, and the clauses making arbitration a condition precedent to the bringing of an action have long been classified as "Scott v. Avery Clauses."

The difference between this type of clause and an ordinary arbitration clause is well described by Scrutton L.J. in *Cayzer, Irvine and Company v. Board of Trade*⁴, where he said at p. 293:

... the difference between the *Scott v. Avery* case and the ordinary arbitration is that whereas in ordinary arbitrations you cannot bring an action at law, except by leave of the Court, because of the arbitration clause, in a *Scott v. Avery* case you cannot bring an action at law, because no cause of action arises until the award is in fact made.

In the *Scott and Avery* case the clause provided that no party should be entitled to maintain any action at law or suit in equity on his policy until the matters in dispute shall

d'arbitrage n'étaient pas accompagnées d'une stipulation que la sentence arbitrale est «une condition préalable de l'introduction d'une action». Avec le plus grand respect, il me semble que M. le Juge Gillis n'a pas pris en considération le très important *corpus* de droit qui reconnaît la grande portée d'une clause qui fait de l'arbitrage une condition préalable. Dans l'affaire *Heyman v. Darwins Limited*², à la p. 377, Lord Wright a résumé l'état du droit à cet égard, lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Le contrat peut stipuler, soit à la place d'une clause soumettant les conflits et les différends à l'arbitrage soit avec elle, qu'il n'y aura pas de droit d'action sauf à la suite de la sentence d'un arbitre. Les parties dans un tel cas ont fait de l'arbitrage suivi d'une décision une condition de tout droit légal de recouvrer en vertu du contrat. C'est là une condition du contrat à laquelle les cours doivent donner effet, sauf s'il y a eu «renonciation» à la condition, c.-à-d., sauf si la partie qui tente de la faire valoir s'est d'une manière ou d'une autre privée elle-même du droit de ce faire.

Cette proposition a été largement acceptée depuis l'affaire *Scott v. Avery*³, et les clauses qui font de l'arbitrage une condition préalable de l'introduction d'une action sont depuis longtemps cataloguées «Clauses *Scott c. Avery*».

La différence entre ce genre de clause et une clause ordinaire d'arbitrage est bien décrite par Lord Scrutton dans l'arrêt *Cayzer, Irvine and Company v. Board of Trade*⁴, lorsqu'il dit à la p. 293:

[TRADUCTION] ... la différence entre l'affaire *Scott v. Avery* et l'arbitrage ordinaire est celle-ci: alors que dans les arbitrages ordinaires vous ne pouvez pas intenter une action en justice, sauf avec permission de la Cour, à cause de la clause d'arbitrage, dans une affaire *Scott et Avery* vous ne pouvez pas intenter une action en justice, parce qu'il n'y a pas de cause d'action tant que la sentence arbitrale n'est pas effectivement rendue.

Dans l'affaire *Scott et Avery* la clause stipulait qu'aucune des parties ne devait

[TRADUCTION] avoir le droit de soutenir une action en justice ou une poursuite en «equity» sur sa police tant

² [1942] A.C. 356.

³ (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811.

⁴ [1927] 1 K.B. 269.

² [1942] A.C. 356.

³ (1856), 25 L.J. Exch. 308, 5 H.L.C. 811.

⁴ [1927] 1 K.B. 269.

have been referred to and decided by arbitrators . . . and then only for such sum as the said arbitrators shall award, and the obtaining of the decision of such arbitrators on the matters and claims in dispute is hereby declared to be a condition precedent to the right of any member to maintain any such suit or action.

It was argued in the present case that the terms of Article VIII differed from the *Scott and Avery* clause in that the latter required an "award" by the arbitrators as a condition precedent to the bringing of an action, whereas Article VIII requires only a "submission" and that in the present case such a submission had indeed been made by both parties. It is plain, however, as Mr. Justice Cooper pointed out in his reasons for judgment, that Article VIII envisages a submission under the *Arbitration Act* of Nova Scotia and it is provided by section 3(h) of that statute:

A submission, unless contrary intention is expressed therein, shall be deemed to include, so far as they are applicable to the reference under the submission, the following provisions, that is to say: . . .

(h) the award to be made by the arbitrators or umpire shall be final and binding on the parties and persons claiming under them respectively; . . .

The case of *Scott v. Avery* is thoroughly discussed in the judgments of Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper of the Appeal Division, (see particularly Mr. Justice Coffin at 21 D.L.R. (3d) at pp. 374 and 375), but at the risk of some repetition, I think it convenient to refer to what Lord Shaw said in *Caven v. Canadian Pacific Railway*⁵, a case which came before the Privy Council on appeal *per saltum* from the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. In that case it was held that although there was a clause in the contract in question requiring an investigation before the bringing of an action, such an investigation and a determination based thereon had been made and although under these circumstances the case of *Scott v. Avery* was held not to apply, Lord Shaw nevertheless delivered himself of the following comments at

⁵ (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23.

que les questions en litige n'ont pas été soumises aux arbitres et tranchées par eux . . . et alors seulement pour la somme fixée par lesdits arbitres; et l'obtention d'une décision de ces arbitres sur les questions et réclamations en litige est par la présente déclarée être une condition préalable au droit de toute partie de soutenir semblable poursuite ou action.

On a fait valoir en la présente affaire que les conditions énoncées à l'Article VIII diffèrent de la clause *Scott et Avery* en ce que cette dernière exige une «sentence» arbitrale comme condition préalable de l'introduction d'une action, tandis que l'Article VIII exige seulement un «compromis», et qu'en l'espèce les parties avaient fait semblable compromis. Il est clair, toutefois, comme M. le Juge Cooper le signale dans ses motifs de jugement, que l'Article VIII envisage un compromis visé par l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et l'al. h) du par. 3 de cette loi prévoit:

[TRADUCTION] Un compromis, sauf si l'intention contraire y est exprimée, est réputé comprendre, dans la mesure où elles sont applicables au renvoi visé par le compromis, les dispositions suivantes: . . .

h) la sentence à être rendue par le juge-arbitre ou par les arbitres sera finale et liera respectivement les parties et ceux qui réclament aux droits des parties; . . .

L'arrêt *Scott v. Avery* est examiné à fond dans les jugements de MM. les Juges Coffin et Cooper en Division d'appel, (voir en particulier celui de M. le Juge Coffin dans 21 D.L.R. (3d) série, aux pp. 374 et 375), mais au risque de me répéter, je crois utile de me reporter à ce que Lord Shaw a dit dans l'arrêt *Caven v. Canadian Pacific Railway*⁵, une affaire dont le Conseil privé avait été saisi sur appel *per saltum* interjeté depuis la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. Dans cet arrêt-là, on décida que bien que le contrat en cause contînt une clause exigeant une enquête avant l'introduction d'une action, il y avait eu enquête et il y avait eu une décision fondée sur cette enquête, et malgré que l'arrêt *Scott v. Avery* fût jugé inapplicable vu ces circonstances-là Lord Shaw n'en a pas moins fait les observations suivantes

⁵ (1926), 95 L.J.P.C. (N.S.) 23.

p. 27, where he said:

Scott v. Avery, no doubt, is read as having decided that parties cannot, by contract, oust the Courts of their jurisdiction. But it also decided that any person may covenant that no right of action shall accrue until a third person, contractually appointed and selected, has decided on any difference that may arise between himself and the other contracting party. It is a mistake to treat *Scott v. Avery* as being confined to the question of insurance, or even building contracts, and to the ascertainment, by conventional arbitral arrangements, of sums due as being a condition precedent to maintaining an action. Said the Lord Chancellor (Lord Cranworth) (5 H.L.C. at 847): 'Now this doctrine depends upon the general policy of the law, that parties cannot enter into a contract which gives rise to a right of action for the breach of it, and then withdraw such a case from the jurisdiction of the ordinary tribunals. But surely there can be no principle or policy of the law which prevents parties from entering into such a contract as that no breach shall occur until after a reference has been made to arbitration. It appears to me that in such cases, as that, the policy of the law is left untouched.'

Lord Shaw later referred to the principle as stated by Lord Campbell in the same case at 5 H.L.C. 852 where he said:

... what pretence can there be for saying that there is anything contrary to public policy in allowing parties to contract, that they shall not be liable to any action until their liability has been ascertained by a domestic and private tribunal, upon which they themselves agree? Can the public be injured by it? It seems to me that it would be a most inexpedient encroachment upon the liberty of the subject if he were not allowed to enter into such a contract.

In conclusion Lord Shaw observed:

In the opinion of the board, the doctrines thus cited from *Scott v. Avery* are not only sound, but they are clearly applicable, not only to the plaintiffs, but to the defendants in a suit.

Twenty-eight years before this latter decision was rendered, the principles embodied in the

(à la p. 27):

[TRANSLATION] L'arrêt *Scott v. Avery*, sans doute, est interprété comme ayant décidé que les parties ne peuvent, par contrat, déposséder les cours de leur compétence. Mais il a aussi décidé qu'une personne peut convenir qu'aucun droit d'action ne prend sa naissance tant qu'une tierce personne, contractuellement nommée et choisie, n'aura pas tranché tout litige pouvant s'élever entre elle et l'autre partie contractante. C'est une erreur que de traiter l'arrêt *Scott v. Avery* comme se limitant à une question d'assurance, ou même de contrats de construction, et à la détermination, par règlement d'arbitrage conventionnel et comme condition préalable au maintien d'une action, de sommes payables. Le Lord Chancelier (Lord Cranworth) a dit (5 H.L.C. à la p. 847): «Or cette théorie repose sur l'orientation générale du droit, savoir, que les parties ne peuvent conclure un contrat dont découle un droit d'action pour la violation de ce contrat, et puis soustraire le cas à la compétence des tribunaux ordinaires. Mais à coup sûr il ne peut y avoir de principe ou d'orientation du droit qui empêche les parties de stipuler qu'il ne pourra y avoir de violation tant qu'il n'y aura pas eu renvoi à l'arbitrage. Il me semble que dans des cas semblables à celui-là il n'y a pas d'atteinte à l'orientation du droit.»

Lord Shaw a fait mention plus loin du principe énoncé dans les termes suivants par Lord Campbell dans le même arrêt (5 H.L.C. à la p. 852):

[TRANSLATION] ... quel prétexte peut-on invoquer pour dire qu'il y a quelque chose de contraire à l'ordre public dans le fait de permettre à des contractants de convenir entre eux qu'ils ne seront pas sujets à des poursuites tant qu'un tribunal de régie interne et privée, sur lequel ils seront tombés d'accord, n'aura pas établi leur responsabilité? Le public peut-il en souffrir? Il me semble que ce serait une atteinte fort inopportune à la liberté de la personne que de ne pas lui permettre de conclure un tel contrat.

En guise de conclusion, Lord Shaw a fait observer:

[TRANSLATION] De l'avis du Comité, ces théories tirées de l'arrêt *Scott v. Avery* non seulement sont valables, mais sont clairement applicables, et pas seulement à des demandeurs, mais aussi à des défendeurs.

Vingt-huit ans avant que cette dernière décision ne fût rendue, les principes de l'arrêt *Scott*

case of *Scott v. Avery* had been approved in this Court in the judgment rendered on behalf of the majority by Sir Henry Strong in *Guerin v. Manchester Fire Insurance Company*⁶, which is referred to by Mr. Justice Cooper at 21 D.L.R. (3d) p. 595, and where there was a clause in a policy of insurance which provided that no suit or action brought against the Company for the recovery of any claim under the policy "shall be sustainable in any court of law or equity until after an award shall have been obtained fixing the amount of such claim in the manner above provided." In the course of the reasons for judgment Sir Henry Strong observed:

The law of England provides that any agreement renouncing the jurisdiction of legally established courts of justice is null, but nevertheless in the case of *Scott v. Avery*, the House of Lords determined that a clause of this nature and almost in the same words as that before us making an award a condition precedent, was perfectly valid and that no action was maintainable until after an award had been made.

This Court also approved the *Scott v. Avery* principle in the case of *David v. Swift*⁷, where it was found that the provision for arbitration did not amount to a condition precedent, but Mr. Justice Davies, speaking for the majority of the Court, had occasion to refer to what had been said by Lord Herschell in *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*⁸, at p. 90, in a case where arbitration was found to have been made a condition precedent to the bringing of an action. It was there said:

This condition is expressly incorporated in the body of the policy, and must be read into that part of it which alone provides for the payment of money by the company, with the same effect as if it had been specifically inserted there, and the obligation had been in terms qualified by it.

⁶ (1898), 29 S.C.R. 139.

⁷ (1910), 44 S.C.R. 179.

⁸ [1892] A.C. 85.

v. Avery avaient été approuvés par cette Cour dans le jugement rendu au nom de la majorité par Sir Henry Strong dans l'affaire *Guérin v. Manchester Fire Insurance Company*⁶, dont M. le Juge Cooper a fait mention dans 21 D.L.R. (3d), à la p. 595, et dans laquelle une clause d'une police d'assurance stipulait qu'aucune poursuite ou action intentée contre la compagnie pour le recouvrement d'une réclamation en vertu de la police [TRADUCTION] «n'est recevable dans une cour de justice ou d'*equity* avant qu'une sentence n'ait été obtenue fixant le montant de la réclamation de la manière prévue ci-dessus.» Dans ses motifs de jugement, Sir Henry Strong a signalé:

[TRADUCTION] Le droit en Angleterre prévoit que toute convention répudiant la compétence de cours de justice légalement établies est nulle, mais cependant dans l'affaire *Scott v. Avery*, la Chambre des Lords a conclu qu'une clause de cette nature rédigée presque dans les mêmes termes que celle qui nous est soumise et faisant de la sentence une condition préalable était parfaitement valide, et qu'aucune action ne pouvait être soutenue tant qu'une sentence arbitrale n'avait pas été prononcée.

Cette Cour a également approuvé le principe *Scott v. Avery* dans l'affaire *David c. Swift*⁷, dans laquelle on a jugé que la disposition qui prévoyait l'arbitrage n'équivalait pas à une condition préalable, mais dans laquelle M. le Juge Davies, s'exprimant au nom de la majorité, eut l'occasion de se référer à ce qu'avait dit Lord Herschell dans l'arrêt *Caledonian Insurance Company v. Gilmour*⁸, à la p. 90, un arrêt dans lequel on avait conclu que l'arbitrage avait été constitué une condition préalable à l'introduction d'une action. Il y était dit:

[TRADUCTION] Cette condition est expressément incorporée dans le corps même de la police, et doit être sous-entendue dans cette partie qui seule prévoit le paiement d'argent par la compagnie, avec le même effet que si elle y avait été spécifiquement insérée, et l'obligation explicitement modifiée par elle.

⁶ (1898), 29 R.C.S. 139.

⁷ (1910), 44 R.C.S. 179.

⁸ [1892] A.C. 85.

I think this circumstance was overlooked in the Court below. The question is not whether where a contract creates an obligation to pay a sum of money it is a good answer to an action to recover it that disputes have arisen as to the liability to pay the sum, and that the contract provides for the reference of such differences to arbitration, but whether where the only obligation created is to pay a sum ascertained in a particular manner, where, in other words, such ascertainment is made a condition precedent to the obligation to pay, the Courts can enforce an obligation without reference to such ascertainment? If they could do so they would not be enforcing the contract made by the parties, but one of a different nature.

Many other cases to the same effect are cited in the judgments of Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper in the Appeal Division, and while I do not think that any benefit can be obtained by multiplying authority, it is perhaps well to refer to *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited*⁹, at pp. 37 and 38 where Mr. Justice Greschuk of the Supreme Court of Alberta applied the *Scott v. Avery* rule and noted the distinction between the clause in that case and an ordinary arbitration clause.

I am in agreement with Mr. Justice Coffin and Mr. Justice Cooper that Article VIII of the agreement here under consideration had the effect of making an arbitration award a condition precedent to the bringing of any action and as that agreement had not been complied with, the appellants had no cause of action against Burns and Roe of Canada Limited and that action should accordingly be stayed.

The finding of the learned judge at first instance that there was here sufficient reason why the matter should not be referred, in accordance with the submission pursuant to s. 5 of the *Arbitration Act*, was based first on his conclusion that the "X" and "Y" extensions were not governed by the contract; secondly that complicated questions might arise involving possible questions of law; and thirdly that the other parties defendant had separate contracts

Je pense que cette circonstance a échappé à la cour d'instance inférieure. La question n'est pas de savoir si, lorsqu'un contrat crée une obligation de payer un montant d'argent, c'est un bon moyen de défense à une action en recouvrement que d'invoquer que des différends se sont élevés quant à l'obligation de payer la somme, et que le contrat prévoit que semblables différends doivent être soumis à l'arbitrage, mais bien de savoir si, lorsque la seule obligation créée est celle de payer une somme qui est déterminée suivant certaines modalités, en d'autres termes, lorsque cette détermination constitue une condition préalable à l'obligation de payer, les cours peuvent exécuter l'obligation indépendamment de semblable détermination? Si elles le pouvaient, elles se trouveraient à exécuter non pas le contrat conclu par les parties, mais un contrat d'une nature différente.

MM. les Juges d'appel Coffin et Cooper ont cité plusieurs autres arrêts au même effet, et quoique je ne voie pas d'avantage à multiplier les citations, il serait peut-être bon de mentionner l'arrêt *Shirley Ford Sales Limited v. Franki of Canada Limited*⁹, aux pp. 37 et 38, dans lequel M. le Juge Greschuk de la Cour suprême de l'Alberta a appliqué la règle *Scott v. Avery* et noté la différence entre la clause qui était en question et une clause d'arbitrage ordinaire.

Je suis d'accord avec MM. les Juges Coffin et Cooper que l'Article VIII de la convention à l'étude ici fait de la sentence arbitrale une condition préalable à l'introduction d'une action et que, étant donné que cette condition n'a pas été respectée, les appelantes n'avaient pas de cause d'action contre Burns and Roe of Canada Limited et l'action doit donc être suspendue.

La conclusion du savant juge de première instance qu'il y a ici raison suffisante militant contre le renvoi de la question à l'arbitrage conformément au compromis visé par l'art. 5 de l'*Arbitration Act*, est fondée d'abord sur sa conclusion que les rallonges «X» et «Y» n'étaient pas régies par le contrat; deuxièmement, que des questions complexes mettant peut-être en cause des questions de droit pourraient surgir; et troisièmement, que les autres parties défende-

⁹ (1966), 55 W.W.R. 34.

⁹ (1966), 55 W.W.R. 34.

with Deuterium which contained arbitration clauses and might give rise to conflicting findings by different arbitrators. As I have said, I agree with the members of the Appeal Division that the "X" and "Y" extensions were carried out pursuant to the original agreement and I do not think that agreements with other parties which may or may not contain a condition precedent provision should affect the rights of the respondents under their contract.

The fact that complicated issues might arise before the arbitrators was, as Mr. Justice Gillis has indicated, a circumstance which might have constituted a sufficient cause for denying a stay of proceedings if there had not been a *Scott and Avery* clause in the original agreement, but I am satisfied that Article VIII is, as Lord Wright said in *Heyman v. Darwins Limited*, *supra*: "A condition of the contract to which the Court must give effect".

There may be cases where it would be palpably futile and ineffective to submit the matter to arbitration and in such event it might be desirable to refuse a stay of proceedings under s. 5 notwithstanding the existence of a *Scott and Avery* clause, but in my opinion this is not such a case and indeed I am satisfied that where, as here, a contract has been concluded between two substantial corporations, acting at arm's length and no doubt with advice, it would constitute an encroachment on freedom of contract if it were held that the courts were at liberty to interfere with a condition precedent freely accepted by both parties for the purpose of limiting the conditions under which an action could be brought under the contract.

For all these reasons, I am of the opinion that the order of the Court of Appeal directing a stay of proceedings against Burns and Roe of Canada Limited should be affirmed.

As to the second portion of this appeal dealing with the application for leave to serve a

resses avaient conclu avec Deuterium des contrats distincts qui renfermaient des clauses d'arbitrage et pouvaient donner lieu à des conclusions contradictoires par différents arbitres. Comme je l'ai dit, je conviens avec les juges de la Division d'appel que les rallonges «X» et «Y» ont été faites conformément à la convention initiale et je ne pense pas que des conventions conclues avec d'autres parties, qui peuvent ou non renfermer une disposition emportant condition préalable, devraient porter atteinte aux droits qu'ont les appelantes en vertu de leur contrat.

Le fait que des questions complexes puissent surgir devant les arbitres est, comme M. le Juge Gillis l'a indiqué, une circonstance qui aurait pu constituer un motif suffisant de refuser une suspension d'instance si la convention initiale n'avait pas renfermé une clause *Scott et Avery*, mais je suis convaincu que l'Article VIII est, comme l'a dit Lord Wright dans l'arrêt *Heyman v. Darwins Limited*, précité: «Une condition du contrat à laquelle la Cour doit donner effet».

Il peut se trouver des cas où il serait de toute évidence vain et inefficace de soumettre la question à l'arbitrage et dans un tel cas il serait peut-être souhaitable de refuser une suspension d'instance en vertu de l'art. 5, nonobstant l'existence d'une clause *Scott et Avery*, mais à mon avis il ne s'agit pas d'un cas de ce genre en l'espèce, et même je suis convaincu que lorsque, comme ici, un contrat est conclu entre deux compagnies importantes, traitant à distance et sans doute après avoir pris conseil, on porterait atteinte à la liberté de contracter si l'on décidait que les cours peuvent faire obstacle à une condition préalable librement acceptée par toutes les parties et visant à limiter les conditions dans lesquelles des poursuites peuvent être intentées en vertu du contrat.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'ordonnance de la Cour d'appel suspendant l'instance engagée contre Burns and Roe of Canada Limited doit être confirmée.

Quand à la seconde partie du pourvoi, traitant de la demande d'autorisation de signifier à

concurrent writ out of the jurisdiction upon Burns and Roe Inc., I agree with Mr. Justice Coffin, speaking for the majority of the Appeal Division, that it is impossible to grant the application for such leave once the application for a stay of proceedings had been made and I adopt the following sentence from the penultimate paragraph of his reasons for judgment where he says, (see 21 D.L.R. (3d) at p. 585):

When one accepts the view that under a *Scott v. Avery* clause there is no right of action until the condition precedent has been satisfied, he is forced to say that no application for leave to issue the writ *ex juris* can be granted until the terms of the *Scott v. Avery* clause have been met.

In view of all the above, I would dismiss these appeals. The respondents will have their costs in this Court, but I would not disturb the disposition of costs made by the Appeal Division.

Judson J. also concurred in the judgment of

LASKIN J.—The two appeals before us, brought here by leave of this Court, relate to (1) an order of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, granting to Burns and Roe of Canada Limited a stay of proceedings against it by the appellants, and (2) an order of that Court setting aside an order against Burns and Roe, Inc. for the issue and service of a concurrent writ of summons *ex juris*. Both orders in appeal here were in reversal of orders of Gillis J., who refused a stay of proceedings and refused to set aside an order for the issue of a concurrent writ and service of notice thereof *ex juris* upon the respondent Burns and Roe, Inc. which were directed by Cowan C.J.T.D.

The matters in appeal arise out of certain engineering obligations undertaken by Burns and Roe of Canada Limited, of which Burns and Roe, Inc. became guarantor, in respect of the construction of a heavy water plant by the appellant Deuterium of Canada Limited. I shall

Burns and Roe Inc. un bref concurrent hors du territoire juridictionnel, je suis d'accord avec M. le Juge Coffin, qui parlait au nom de la majorité de la Division d'appel, qu'il est impossible de faire droit à la demande de semblable autorisation une fois la demande de suspension d'instance faite, et je reprends à mon compte la phrase suivante de l'avant-dernier alinéa de ses motifs de jugement (voir 21 D.L.R. (3d), à la p. 585):

[TRADUCTION] Quand on adopte le point de vue qu'en vertu d'une clause *Scott v. Avery* il n'existe pas de droit d'action tant que n'a pas été remplie la condition préalable, on est forcé de dire qu'aucune demande d'autorisation d'émettre le bref *ex juris* ne peut être accordée avant que les conditions de la clause *Scott v. Avery* n'aient été remplies.

Vu ce qui précède, je suis d'avis de rejeter les pourvois. Les intimées ont droit à leurs dépens en cette Cour, mais je n'interviendrais pas dans l'attribution des dépens faite par la Division d'appel.

Le juge Judson a aussi souscrit le jugement du

JUGE LASKIN—Les deux pourvois, interjetés avec l'autorisation de cette Cour, ont trait à (1) un jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en sa Division d'appel, accordant à Burns and Roe of Canada Limited une suspension de l'instance engagée contre elle par les appelantes, et (2) un jugement de la même Cour annulant une ordonnance rendue contre Burns and Roe, Inc. visant l'émission et la signification d'un bref concurrent d'assignation *ex juris*. Les deux jugements dont appel infirment des ordonnances du Juge Gillis, qui avait refusé une suspension d'instance et refusé d'écarter l'ordonnance d'émission de bref concurrent et de signification d'avis *ex juris* à l'intimée Burns and Roe, Inc. que M. le Juge en chef Cowan de la Division d'instruction avait prononcée.

Les questions en appel découlent de certaines obligations d'ingénierie assumées par Burns and Roe Canada Limited, dont Burns and Roe, Inc. s'était portée garante, relativement à la construction d'une usine d'eau lourde par l'appelante Deuterium of Canada Limited. Je parlerai plus

refer in more detail later to the respective obligations of the various parties, but it is sufficient for the moment to say that the issues now before this Court were precipitated by a dispute between Burns and Roe of Canada Limited and Deuterium of Canada Limited as a result of which the former invoked an arbitration clause in the contract between them, and by notice of January 19, 1970 claimed a certain sum from the latter and nominated an arbitrator. Deuterium of Canada Limited in turn nominated an arbitrator and gave notice at the same time of its intention to submit against the two Burns and Roe companies a counterclaim, of which no details were given then or later. Before any further steps were taken in the proposed arbitration, Deuterium of Canada Limited and its subsidiary Cape Breton Heavy Water Limited brought action on March 4, 1970 claiming damages in tort and in contract against the two Burns and Roe companies and against two other companies, Allis-Chalmers Canada Limited and Canada Valve and Hydrant Company Limited (which was substituted for A.C. Forr Canada Limited, originally named as a defendant), which were suppliers of parts for the construction project. On March 6, 1970, Cowan C.J.T.D. gave leave to issue a concurrent writ in the action and to serve notice thereof *ex juris* upon Burns and Roe, Inc., in the State of New Jersey. The general contractor for the project, Brown and Root Limited, was later added as a party defendant.

I have had the advantage of reading the reasons drafted by my brother Ritchie before preparing my own and I reach the same conclusion that he has reached. The substantial question before this Court is whether the contract between the parties contains a so-called "Scott and Avery" clause, and, even if it does, whether in view of the complexity of the issues sought to be litigated by the appellants, having regard to the parties involved, and having regard to the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, the action should be stayed pending the outcome of the

loin et plus en détail des obligations respectives des diverses parties, mais il suffit pour le moment de dire que ce qui a précipité les litiges dont cette Cour est maintenant saisie, c'est un différend entre Burns and Roe of Canada Limited et Deuterium of Canada Limited en conséquence de quoi la première compagnie mentionnée a invoqué une clause d'arbitrage du contrat conclu entre elles, et par un avis daté du 19 janvier 1970 a réclamé une certaine somme de Deuterium of Canada Limited et a nommé un arbitre. Deuterium of Canada Limited à son tour a nommé un arbitre et a donné avis à la même époque de son intention de déposer contre les deux compagnies Burns and Roe une demande reconventionnelle, dont les détails n'ont été donnés ni à ce moment-là ni plus tard. Avant que d'autres mesures n'aient été prises concernant l'arbitrage projeté, Deuterium of Canada Limited et sa filiale Cape Breton Heavy Water Limited ont, le 4 mars 1970, intenté des poursuites en dommages extracontractuels et contractuels contre les deux compagnies Burns and Roe et contre deux autres compagnies, Allis-Chalmers Canada Limited et Canada Valve and Hydrant Company Limited (qui fut substituée à A.C. Forr Canada Limited, initialement citée comme une des défenderesses), des fournisseurs de pièces pour la construction projetée. Le 6 mars 1970, M. le Juge en chef Cowan de la Division d'instruction a donné la permission d'émettre un bref concurrent dans l'action et d'en signifier avis *ex juris* à Burns and Roe, Inc, dans l'État du New Jersey. L'entrepreneur général du projet, Brown and Root Limited, a été ajouté plus tard comme partie défenderesse.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le Juge Ritchie avant de préparer les miens et j'arrive à la même conclusion que lui. La question essentielle devant cette Cour est de savoir si le contrat entre les parties contient une clause dite «Scott et Avery» et, même s'il en contient une, si à cause de la complexité des questions sur lesquelles les appelantes veulent engager une contestation tenant compte des parties en cause, et tenant compte de l'*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c.12, l'action doit être suspendue dans l'attente de l'aboutissement de

proposed arbitration between the appellant Deuterium of Canada Limited and the two Burns and Roe companies.

It will be convenient hereafter to refer to the various parties as Deuterium, Cape Breton, BR Canada, BR U.S., Allis-Chalmers, Canada Valve and Brown and Root respectively.

By an agreement dated March 12, 1964, but executed later in 1964, Deuterium engaged BR Canada to supply the engineering services in connection with the construction of a heavy water plant by Deuterium. BR U.S. guaranteed the performance of the engineering services which were to be paid for on a cost plus fixed fee basis. The contract contemplated construction of an initial stage plant with a capacity of 200 tons of heavy water per year but it contemplated expansion to 400 tons per year (the appellant alleges that it was to 425 tons per year, but this difference is immaterial for present purposes). I am satisfied to accept the conclusion of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, that what were called the X and Y extensions, on which work was performed by BR Canada at Deuterium's request in 1966, were governed by the terms of the original contract. Cape Breton, which was incorporated in 1967, leased from Deuterium the land on which the Y extension was built and was charged by Deuterium for payments for services but never had any direct contractual relationships with either of the Burns and Roe companies. Allis-Chalmers entered into a contract with Deuterium to supply compressor units to the plant and Canada Valve contracted with Deuterium to supply valves.

By its notice of arbitration of January 19, 1970, BR Canada claimed \$353,303.98 plus interest and named its arbitrator, all pursuant to Article VIII of the original contract. In giving notice of a proposed counterclaim and naming its arbitrator, Deuterium also invoked Article

l'arbitrage projeté entre l'appelante Deuterium of Canada Limited et les deux compagnies Burns and Roe.

Pour plus de commodité, les diverses parties seront ci-après appelées Deuterium, Cape Breton, BR Canada, BR U.S., Allis-Chalmers, Canada Valve et Brown and Root respectivement.

Par une convention datée du 12 mars 1964, mais signée plus tard en 1964, Deuterium a retenu le concours de BR Canada pour la fourniture par celle-ci des services d'ingénierie relatifs à la construction par Deuterium d'une usine d'eau lourde. BR U.S. s'est portée garante de l'exécution des services d'ingénierie, qui devaient être rémunérés sur une base de coût plus un honoraire déterminé. Le contrat envisageait la construction, à la phase initiale, d'une usine d'une capacité de 200 tonnes d'eau lourde par année, qui serait ensuite augmentée à 400 tonnes par année (l'appelante soutient que la capacité devait plutôt être portée à 425 tonnes par année, mais cette différence n'a pas d'importance pour les fins actuelles). Je suis disposé à accepter la conclusion de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, Division d'appel, selon laquelle ce qu'on a appelé les rallonges X et Y, sur lesquelles des travaux furent exécutés par BR Canada à la demande de Deuterium en 1966, étaient régies par les conditions du contrat initial. Cape Breton, qui fut constituée en 1967, a loué de Deuterium le terrain sur lequel la rallonge Y fut construite, et Deuterium lui a facturé des paiements relatifs à des services, mais Cape Breton n'a jamais eu de rapports contractuels avec l'une ou l'autre des compagnies Burns et Roe. Allis-Chalmers a conclu avec Deuterium un contrat dans lequel elle s'engageait à fournir des compresseurs à l'usine et Canada Valve a conclu avec Deuterium un contrat de fourniture de valves.

Dans son avis d'arbitrage daté du 19 janvier 1970, BR Canada a réclamé \$353,303.98, plus les intérêts, et a désigné son arbitre, le tout conformément à l'article VIII du contrat initial. En donnant avis d'une demande reconventionnelle projetée et nommant son arbitre, Deute-

VIII. It appears that Allis-Chalmers also gave notice of arbitration to Deuterium, apparently under an arbitration clause in its contract, claiming \$61,660.09.

It is undisputed that the plant was a failure, producing no heavy water, and it has been dismantled. Deuterium's action of March 4, 1970 involved claims against the Burns and Roe companies to fix them with liability for the failure and claims against Allis-Chalmers and Canada Valve for breach of warranty; and, because Brown and Root was added as a defendant, it is a fair inference that Deuterium intends to claim against it as well in respect of the construction contract. There are thus a series of claims involved in one comprehensive action against a number of defendants arising out of a number of contracts relating to the same projects, some of the claims sounding in tort as well as in contract.

Article VIII of the arbitration clause in the original contract with the Burns and Roe companies reads as follows:

Any dispute, unresolved claim or failure to agree between the company on one hand and the engineer and/or guarantor on the other hand which cannot be informally resolved or settled between the parties between thirty (30) days from the time such controversy is made known as such to all parties in writing shall, at the option of the company or the engineer be considered a dispute to be settled by a submission to two arbitrators, one nominated by the company and the other by the engineer, under the provisions of the Arbitration Act of Nova Scotia, and the award made pursuant to such provisions shall, as provided therein, be final and binding on the parties and may by leave of the Supreme Court of Nova Scotia or a single judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, subject nevertheless to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. Unless otherwise expressly provided by statute, all required notices shall be served in writing, personally or by registered mail.

rium a aussi invoqué l'article VIII. Il semble qu'Allis-Chalmers ait également donné un avis d'arbitrage à Deuterium, apparemment en vertu d'une clause d'arbitrage dans son contrat, réclamant \$61,660.09.

Personne ne conteste que l'usine a été un échec, ne produisant pas d'eau lourde, et elle a été démantelée. L'action de Deuterium en date du 4 mars 1970 vise à imputer aux compagnies Burns et Roe la responsabilité de l'échec, et contient des réclamations contre Allis-Chalmers et Canada Valve pour violation de garantie; et, parce que Brown and Root fut ajoutée comme défenderesse, il est raisonnable de déduire que Deuterium a l'intention de faire une réclamation contre elle aussi relativement au contrat de construction. Il s'agit donc d'une série de réclamations comprises dans une action unique intentée contre un certain nombre de défenderesses, relativement à plusieurs contrats ayant trait aux mêmes projets, et certaines des réclamations sont extracontractuelles aussi bien que contractuelles.

L'article VIII de la clause d'arbitrage du contrat initial conclu avec les compagnies Burns and Roe se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les différends, réclamations non réglées ou désaccords entre la compagnie, d'une part, et l'ingénieur et (ou) le garant, d'autre part, que les parties ne peuvent régler ou résoudre entre elles dans les trente (30) jours de la date où la controverse est portée par écrit à la connaissance de toutes les parties doivent, au choix de la compagnie ou de l'ingénieur, être tenus pour des différends à régler par un compromis recourant à l'arbitrage de deux arbitres, l'un désigné par la compagnie et l'autre par l'ingénieur, sous le régime des dispositions de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et la sentence rendue conformément auxdites dispositions est, comme il y est prévu, finale et irrévocable et peut, avec l'autorisation de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ou d'un de ses juges seul, être exécutoire de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance au même effet, sous réserve néanmoins des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement rendu sur la sentence prévue par la loi. Sauf disposition expresse d'une loi, tous les avis requis doivent être signifiés par écrit, en personne ou sous pli recommandé.

Submission to arbitration pursuant to the provisions of this Article VIII shall be a condition precedent to the bringing of any action with respect to this agreement, but, subject to such limitation, any claim against the company on the one hand, the engineer and/or the guarantor on the other hand or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review, in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada. For such purpose the engineer and the guarantor hereby irrevocably consent and submit, both as to person and subject matter, to the jurisdiction of the Supreme Court of Nova Scotia and to the entry of any judgment rendered in any such proceedings, subject always to the rights of appeal as aforesaid. If any judgment is recovered against the engineer and/or guarantor in any such proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia or in any appeal therefrom, the engineer and guarantor as the case may be, further irrevocably agree that they will neither contest such judgment in any jurisdiction where the company deems realization of such judgment necessary or desirable, nor oppose such realization, nor will they raise in such jurisdiction any defence to such judgment or realization by way of set-off, counterclaim or denial of the jurisdiction of the Supreme Court of Nova Scotia. The engineer and the guarantor hereby appoint _____ of _____ Nova Scotia, or such other person whose name and address they may subsequently give to the company in writing as their agent duly authorized by them to accept service of any process in connection with any such proceeding in the Supreme Court of Nova Scotia or the Supreme Court of Canada and to enter any necessary appearance on their behalf, and the engineer and the guarantor hereby consent that service of any such process on said _____ or such other agent shall constitute service upon the engineer at its address at 25 King Street West, Toronto 1, Ontario, and upon the guarantor at its address at 160 West Broadway, New York, N.Y., or at such other addresses as are subsequently furnished to the company by the engineer and the guarantor.

For all purposes this agreement shall be governed by the laws of the Province of Nova Scotia.

Following the commencement of the action against it and after its appearance thereto, BR

Le recours à l'arbitrage conformément aux dispositions du présent article VIII est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à la présente convention, mais sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la compagnie d'une part, l'ingénieur et (ou) le garant d'autre part, ou *vice versa*, peut être décidée tant en première instance qu'en révision sur recours approprié engagé en Cour suprême de Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada. A cette fin l'ingénieur et le garant par les présentes irrévocablement consentent et se soumettent, à la fois pour ce qui est des personnes et de la question en litige, à la compétence de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et à l'inscription de tout jugement prononcé à la suite de semblable recours, toujours sous réserve des droits d'appel précités. Si un jugement est rendu contre l'ingénieur et (ou) le garant à la suite de semblable recours en Cour suprême de Nouvelle-Écosse ou à la suite d'un appel interjeté depuis cette cour-là, l'ingénieur et le garant, selon le cas, s'engagent de plus, irrévocablement, à ne pas contester le jugement dans un ressort territorial où la compagnie estime qu'il est nécessaire ou souhaitable de l'exécuter, et à ne pas s'opposer à semblable exécution, et à ne pas opposer, en semblable ressort, par voie de compensation, demande reconventionnelle ou négation de la compétence de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, un moyen de défense contre le jugement ou son exécution. L'ingénieur et le garant par les présentes nomment _____ de _____ Nouvelle-Écosse, ou toute autre personne dont le nom et l'adresse pourront être donnés ultérieurement par écrit à la compagnie, comme leur agent dûment autorisé à accepter la signification d'actes de procédure relatifs à de tels recours en Cour suprême de Nouvelle-Écosse ou Cour suprême du Canada et à comparaître en leur nom chaque fois que la chose sera nécessaire, et l'ingénieur et le garant conviennent par les présentes que la signification de tout acte semblable audit _____ ou à cet autre agent constitue une signification à l'ingénieur à son adresse, 25 ouest, rue King, Toronto 1, (Ontario), et au garant à son adresse, 160 West Broadway, New York, N.Y., ou une signification aux adresses, quelles qu'elles soient, que l'ingénieur et le garant pourront ultérieurement fournir à la compagnie.

A toutes fins, la présente convention est régie par les lois de la province de Nouvelle-Écosse.

A la suite de l'introduction de l'action contre elle et de sa comparution y afférente, BR

Canada moved under s. 5 of the Nova Scotia *Arbitration Act* for a stay of proceedings. BR U.S., after service of the notice of the writ upon it moved to set aside the service *ex juris*. I am satisfied that the disposition of the issue of service *ex juris* depends on what disposition is made of the application for a stay of proceedings; this was the view taken by the Appeal Division and I agree with it.

Section 5 of the *Arbitration Act* is in these terms:

If any party to a submission, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the submission, or any person claiming through or under him, in respect to any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time after appearance, and before delivering any pleadings, or taking any other steps in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings, and that court, or a judge thereof, if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission, and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, may make an order staying the proceedings.

This provision is taken directly from s. 4 of the English *Arbitration Act*, 1889, 52 & 53 Vict., c. 89. It must be remembered that prior to the *Common Law Procedure Act* of 1854 and prior to the 1889 *Arbitration Act*, a promise to arbitrate was not directly or indirectly enforceable to compel arbitration, and hence, although breach of the obligation was itself actionable, an action taken in defiance of an arbitration clause would not be stayed: see *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*¹⁰.

¹⁰ [1912] 3 K.B. 257.

Canada a demandé, en vertu de l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, une suspension d'instance. BR U.S., après qu'on lui eut signifié avis du bref, a demandé que soit écartée la signification *ex juris*. J'ai la conviction que le règlement de la question de signification *ex juris* dépend de la décision qui sera rendue sur la demande de suspension d'instance; c'est le point de vue adopté par la Division d'appel et je suis d'accord avec elle.

L'article 5 de l'*Arbitration Act* est conçu en ces termes:

[TRADUCTION] Si une partie à un compromis, ou une personne poursuivant aux droits de cette partie ou par elle, intente des procédures dans une cour quelconque contre une autre des parties au compromis, ou une personne réclamant aux droits de cette autre partie ou par elle, relativement à toute question qu'on avait convenu d'envoyer à l'arbitrage, l'une quelconque des parties à semblables procédures peut, en tout temps après la comparution, et avant de produire des plaidoiries écrites, ou de passer à d'autres étapes de la procédure, demander à cette cour-là une suspension d'instance; et si la cour, ou l'un de ses juges, a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militant contre le renvoi à l'arbitrage conformément au compromis, et que la partie qui fait la demande était, à l'époque où les procédures furent entamées, et est encore, prête et disposée à faire toutes choses nécessaires à la bonne conduite de l'arbitrage, elle peut ordonner une suspension d'instance.

Cette disposition provient directement de l'art. 4 de l'*Arbitration Act* d'Angleterre, 1889, 52 & 53 Vict., c. 89. Il faut se rappeler qu'avant le *Common Law Procedure Act* de 1854 et avant l'*Arbitration Act* de 1889, une promesse d'arbitrage n'était pas directement ni indirectement exécutoire pour imposer l'arbitrage, et partant, même si la violation de l'obligation donnait en soi matière à procès, des poursuites intentées au mépris d'une clause d'arbitrage ne pouvaient être suspendues: voir *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*¹⁰.

¹⁰ [1912] 3 K. B. 257.

Gillis J. came to the conclusion that he should, in the exercise of discretion, refuse a stay. In his reasons, he made the following findings: (1) there were complex issues to be decided as between the appellants and the two Burns and Roe companies; (2) there was the probability of liability on the part of one or both of Allis-Chalmers and A.C. Forr Canada Limited (now Canada Valve); (3) the contracts with these additional defendants contained arbitration clauses, and if a stay should be granted, there may be three arbitration tribunals set up which may reach inconsistent findings of fact relative to fault in respect of the whole of the damage suffered by the appellants.

So far as the initial stage plant was concerned, it was the conclusion of Gillis J. that there was a requirement of arbitration, that there had been actual notice thereof and a submission to arbitration by the two parties involved. Gillis J. stated that, *prima facie*, the parties should be left to their agreement, but s. 5 of the *Arbitration Act* empowered a judge to order a stay "if satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred to arbitration". In his view, the question to be determined was whether there were sufficient reasons why the discretion of the Court should not be exercised in favour of a stay.

One of the reasons given by him for denying a stay was founded on his finding (which the Appeal Division did not accept) that the X and Y extensions were not subject to the original contract or to its arbitration provision. A second reason was that the question of the relationship of BR Canada and BR U.S. to each other, and of each of them to the appellants, relative to the contract and the performance of services, was of great complexity involving questions of direct and vicarious liability. Although complex issues were submissible to arbitration, several references to the Court under s. 20 of the *Arbi-*

M. le Juge Gillis a conclu qu'il devait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser une suspension d'instance. Dans ses motifs, il a tiré les conclusions suivantes: (1) il y avait des questions complexes à décider entre les appelantes et les deux compagnies Burns et Roe; (2) il y avait probabilité de responsabilité de la part d'Allis-Chalmers ou de A. C. Forr Canada Limited (maintenant Canada Valve), ou des deux; (3) les contrats conclus avec ces défenderesses additionnelles renfermaient des clauses d'arbitrage, et si une suspension devait être accordée, il se pourrait que soient constitués trois tribunaux d'arbitrage qui seraient susceptibles d'arriver à des conclusions incompatibles sur les faits relativement à la faute en ce qui concerne la totalité du dommage subi par les appelantes.

Pour ce qui a trait à l'usine dans sa phase initiale, M. le Juge Gillis a conclu qu'il existait une exigence de recours à l'arbitrage, qu'il y avait eu notification de cette exigence et recours à l'arbitrage de la part des deux parties en cause. M. le Juge Gillis a déclaré que, à première vue, il fallait que les parties s'en tiennent à leur convention, mais que l'art. 5 de l'*Arbitration Act* conférait au juge le pouvoir d'ordonner une suspension «(s'il) a la conviction qu'il n'y a pas de raison suffisante militante contre le renvoi à l'arbitrage». Selon lui, la question à trancher était celle de savoir s'il existait des raisons suffisantes pour que la discrétion de la cour ne soit pas exercée en faveur d'une suspension d'instance.

L'un des motifs qu'il a donnés pour refuser une suspension était fondé sur sa conclusion (que la Division d'appel n'a pas acceptée) que les rallonges X et Y n'étaient pas assujetties au contrat initial ou à sa clause d'arbitrage. Un second motif a été que la question des rapports de BR Canada et BR U.S. entre elles, et de chacune d'elles avec les appelantes, relativement au contrat et à la prestation de services, était d'une grande complexité impliquant des questions de responsabilité directe et de responsabilité du fait d'autrui. Bien que des questions complexes puissent être susceptibles d'être sou-

tration Act might be necessary to settle questions of law, whereas all issues were now before the Court in one action. The third and most compelling reason for Gillis J. was the fact that there were multiple party defendants, having agreements with Deuterium which included arbitration clauses and there was therefore the likelihood of several different arbitration tribunals with the possibility of inconsistent findings. Relying on English authority, Gillis J. concluded that on all the facts in evidence it would be unfair to allow the arbitration to proceed.

In reversing Gillis J., the Appeal Division proceeded on the basis that Article VIII of the governing contract made submission to arbitration, and a consequent award, a condition precedent to any action, that this was a valid "Scott and Avery" clause which could not be overcome under s. 5 of the *Nova Scotia Arbitration Act*, and hence a stay of proceedings was compelled. Coffin J.A., who delivered the opinion of the Appeal Division (although there were concurring reasons by Cooper J.A.), said this in the course of his reasons:

Were these proceedings governed by the English Arbitration Act, my inclination would be to follow the opinion of Lord Denning [in *Taunton-Collins v. Cromie*, [1964] 2 All E.R. 332] and allow the action to proceed.

The reference to the English *Arbitration Act* was a reference to s. 25(4) of the Act of 1950, 14 Geo. VI, c. 27, (similar to s. 3(4) of the English Act of 1934, 24 & 25 Geo. V, c. 14) which is as follows:

25(4) Where it is provided (whether by means of a provision in the arbitration agreement or otherwise) that an award under an arbitration agreement shall be a condition precedent to the bringing of an action with respect to any matter to which the agreement applies, the High Court, if it orders (whether under this section or under any other enactment) that the agreement shall cease to have effect as regards any

mises à l'arbitrage, plusieurs renvois à la cour sous le régime de l'art. 20 de l'*Arbitration Act* pouvaient s'avérer nécessaires au règlement des questions de droit, tandis que toutes les questions en litige étaient alors devant la Cour au moyen d'une seule action. Le troisième motif, le plus impératif pour M. le Juge Gillis, tenait au fait qu'il y avait multiplicité de parties défendresses, lesquelles avaient conclu avec Deuterium des conventions renfermant des clauses d'arbitrage, et qu'il y avait donc probabilité de plusieurs tribunaux d'arbitrage distincts et possibilité de conclusions incompatibles. S'appuyant sur la jurisprudence anglaise, M. le Juge Gillis a conclu que, devant tous les faits prouvés il serait injuste de permettre à l'arbitrage de suivre son cours.

En infirmant la décision de M. le Juge Gillis, la Division d'appel est partie de la prémisse que l'article VIII du contrat directeur fait du renvoi à l'arbitrage, et de la sentence, une condition préalable de toute action, qu'il s'agit d'une clause «Scott et Avery» valide à laquelle on ne peut passer outre sous le régime de l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, et partant qu'une suspension d'instance s'imposait. M. le Juge Coffin, qui a exprimé l'avis de la Division d'appel (bien que M. le Juge d'appel Cooper ait rédigé des motifs concordants), a dit dans son exposé:

[TRADUCTION] Si l'instance était régie par l'*Arbitration Act* anglais, j'inclinerais à suivre l'avis de Lord Denning [dans *Taunton-Collins v. Cromie*, [1964] 2 All E. R. 332] et à laisser l'action suivre son cours.

Le renvoi à l'*Arbitration Act* anglais visait le par. 4 de l'art. 25 de la loi de 1950, 14 Geo. VI, c. 27, (similaire au par. 4 de l'art. 3 de la loi anglaise de 1934, 24 et 25 Geo. V, c. 14), qui est rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] 25(4) Lorsqu'il est prévu (soit au moyen d'une disposition de la convention d'arbitrage ou autrement) qu'une sentence sous le régime d'une convention d'arbitrage est une condition préalable de l'introduction d'une action relative à une affaire à laquelle la convention s'applique, la Haute Cour, si elle statue (que ce soit en vertu du présent article ou d'une autre disposition législative) que la convention

particular dispute, may further order that the provision making an award a condition precedent to the bringing of an action shall also cease to have effect as regards that dispute.

This provision purports to put the Court in the same position to allow an action to proceed, notwithstanding that an arbitration award is a condition precedent to a cause of action (the Scott and Avery clause) as it would be if there was merely a promise to arbitrate. There is no such provision in the Nova Scotia *Arbitration Act*, but Gillis J. did not appear to think that express reference to the Court's power to disregard a Scott and Avery clause was necessary. It was certainly his view that s. 5 of the Nova Scotia *Arbitration Act* provided an adequate basis of authority for the exercise of his discretion to refuse a stay of the action.

The difficulty with this conclusion is shown in the reasons of Romer L.J. in *Freshwater v. Western Australian Assurance Co.*¹¹ at p. 528, a case decided shortly before the enactment of the English *Arbitration Act* of 1934 which gave the Courts the power to refuse a stay notwithstanding a Scott and Avery clause. Romer L.J. said this:

I think that this action ought to be stayed, and for this reason. If the action goes on and the defendants can satisfy the Court that arbitration was a condition precedent to the action being brought against the insurance company, the condition precedent to their being liable to the plaintiff, the judge, so far as I can see, would have no course open to him but to dismiss the action with costs. If, on the other hand, we now stay these proceedings, the matter will go to arbitration; it will no longer be open to the insurance company to avail themselves of the defence that there has been no performance of the condition precedent relating to the making of an award, and this difficult and important question of law may, and I have no doubt will, as was pointed out by the Master of the Rolls, be raised for the decision of the Court on a case stated.

¹¹ [1933] 1 K.B. 515.

doit cesser d'avoir effet quant à un différend précis, peut statuer en outre que la disposition qui fait d'une sentence arbitrale une condition préalable de l'introduction d'une action cessera d'avoir effet quant à ce différend.

Cette disposition a pour objet de placer la cour dans la même position, pour permettre à l'action de suivre son cours nonobstant qu'une décision arbitrale soit une condition préalable de la cause d'action (la clause Scott et Avery), que celle qu'elle occuperait s'il n'y avait qu'une simple promesse de se soumettre à l'arbitrage. Il n'y pas de disposition semblable dans l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, mais M. le Juge Gillis n'a pas semblé croire nécessaire de mentionner expressément le droit de la Cour de ne pas tenir compte d'une clause Scott et Avery. Il était certainement d'avis que l'art. 5 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse fournissait une base suffisante à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension des procédures.

La difficulté qui naît de cette conclusion est mise en lumière dans les motifs du Juge Romer dans l'arrêt *Freshwater v. Western Australian Assurance Co.*¹¹ à la p. 528, une affaire jugée peu avant l'adoption de l'*Arbitration Act* anglais de 1934 qui accordait aux cours le pouvoir de refuser une suspension d'instance malgré une clause Scott et Avery. Le Juge Romer a dit ceci:

[TRADUCTION] Je crois que l'action doit être suspendue, et pour le motif que voici. Si l'action suit son cours et que les défendeurs réussissent à convaincre la cour que l'arbitrage était une condition préalable de l'introduction de l'action contre la compagnie d'assurance, la condition préalable de leur responsabilité envers le demandeur, le juge, pour autant que je puisse en juger, ne pourra rien faire d'autre que de rejeter l'action avec dépens. Si, d'autre part, nous suspendons maintenant les procédures, l'affaire ira à l'arbitrage; il ne sera plus loisible à la compagnie d'assurance de se prévaloir du moyen de défense selon lequel la question préalable afférente à l'établissement d'une décision arbitrale n'a pas été remplie, et cette question de droit difficile et importante pourra être, et sera je n'en doute pas, comme l'a fait remarquer le Maître des rôles, soulevée sur exposé de cause en vue d'une décision de la cour.

¹¹ [1933] 1 K.B. 515.

It appears to me, therefore, that what must be decided is whether the Scott and Avery clause should continue to be recognized and, if so, whether Article VIII in question here is such a clause.

As to the first point, although *Scott v. Avery*¹² itself, was narrowly construed a few years later in *Horton v. Sayer*¹³, as limiting the condition precedent to action to the amount due, it has been taken in a succession of later cases, including cases in this Court, as enabling parties to a contract validly to make a reference to arbitration of all disputes thereunder, whether involving questions of law or not, and an award thereon a condition precedent to resort to the Courts: see *Woodall v. Pearl Assurance Co.*¹⁴, at pp. 607-8; *Atlantic Shipping and Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*¹⁵; *Guerin v. Manchester Fire Insurance Co.*¹⁶

In a well known judgment on the subject under discussion, *Meacham v. Jamestown, F.&C.R. Co.*¹⁷, Cardozo J., in separate concurring reasons in a refusal by the New York Court of Appeals to uphold a Scott and Avery clause, said this (at p. 655):

An agreement that all differences arising under a contract shall be submitted to arbitration relates to the law of remedies, and the law that governs remedies is the law of the forum. In applying this rule, regard must be had, not so much to the form of the agreement, as to its substance. If an agreement that a foreign court shall have exclusive jurisdiction is to be condemned it is not saved by a declaration that resort to the foreign court shall be deemed a condition precedent to the accrual of a cause of action. A rule would not long survive if it were subject to be avoided by so facile a device. Such a contract, whatever form it may assume, affects in its operation the remedy alone. . . . Whether the attempt to bring

Il me paraît donc que ce qu'il faut décider, c'est s'il faut continuer à reconnaître la clause Scott et Avery et, dans l'affirmative, si l'art. VIII dont il est ici question est une clause de ce genre.

Pour ce qui est du premier point, bien que l'arrêt *Scott v. Avery* lui-même¹², ait été interprété étroitement quelques années plus tard dans l'affaire *Horton v. Sayer*¹³, comme limitant au montant dû la condition préalable à une action, on l'a interprété dans une série d'affaires ultérieures, y compris des affaires jugées en cette Cour, comme permettant aux parties à un contrat de soumettre valablement à l'arbitrage tous les différends s'y rapportant, qu'ils comportent des questions de droit ou non, et de stipuler que la sentence arbitrale rendue à leur égard est une condition préalable du recours aux tribunaux: voir *Woodall v. Pearl Assurance Co.*¹⁴, aux pp. 607-8; *Atlantic Shipping and Trading Co. v. Louis Dreyfus & Co.*¹⁵; *Guerin c. Manchester Fire Insurance Co.*¹⁶

Dans un jugement bien connu sur la question en litige, *Meacham v. Jamestown, F.&C.R. Co.*¹⁷, le Juge Cardozo, dans des motifs concordants et distincts à l'appui de la décision de la Cour d'appel de New York de refuser de valider une clause Scott et Avery, a dit ceci (à la p. 655):

[TRADUCTION] Une convention prévoyant que tous les différends découlant d'un contrat doivent être soumis à l'arbitrage se rattache au droit des redressements, et la loi qui régit les redressements est la loi du for. Dans l'application de cette règle, il faut tenir compte moins de la forme que du fond de la convention. Si une convention prévoyant qu'une cour étrangère aura compétence exclusive est condamnable, elle ne devient pas acceptable du fait d'une déclaration que le recours à la cour étrangère sera censé constituer une condition préalable de la naissance d'une cause d'action. Une règle ne survivrait pas longtemps si un expédient aussi facile permettait de s'en écarter. Un tel contrat, quelle que soit la forme qu'il revête,

¹² (1856), 5 H.L.C. 809, 10 E.R. 1121.

¹³ (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993.

¹⁴ [1919] 1 K.B. 593.

¹⁵ [1922] 2 A.C. 250.

¹⁶ (1898), 29 S.C.R. 138.

¹⁷ (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.

¹² (1856), 5 H.L.C. 809, 10 E.R. 1121.

¹³ (1859), 4 H.&N. 643, 157 E.R. 993.

¹⁴ [1919] 1 K.B. 593.

¹⁵ [1922] 2 A.C. 250.

¹⁶ (1898), 29 R.C.S. 138.

¹⁷ (1914), 105 N.E. 653, 211 N.Y. 346.

about this result takes the form of a condition precedent or a covenant it is equally ineffective.

Legislation in New York State, subsequently enacted, has changed the picture there, and it may be stated generally that many American States have legislation which authorizes the Courts to stay an action pending arbitration even if there is no Scott and Avery clause: see *Corbin on Contracts*, Vol. 6A (1962), s. 1435.

The position in Nova Scotia, absent such legislation as exists now in England, is to deprive the Courts of jurisdiction over the merits of a commercial dispute where arbitration and award are a condition precedent to action and to leave to them only the jurisdiction to review the award. This is not because of legislation which alone compels this result (as is the case in labour-management relations) but because of the acceptance of a broad view of *Scott v. Avery* as not being contrary to any public policy respecting the jurisdiction of the ordinary Courts.

In the face of arbitration statutes which, like that in Nova Scotia and others elsewhere in Canada, are designed to place private arbitration on a regulated footing, I am not prepared at this date to revert to a common law policy of jealous reaction to the attempted supersession of the original jurisdiction of the ordinary Courts. It remains therefore to consider whether Article VIII in the present case provides escape from the discretionary authority to allow an action to proceed.

Article VIII provides for submission of unresolved disputes to arbitration by two arbitrators (one nominated by each party) under the Nova Scotia *Arbitration Act* and that the award, pursuant to the Act, shall be final and binding, subject to such rights of modification, correction or vacation or of appeal from any judgment entered thereon as may be provided by law. It

n'a d'effet dans sa mise à exécution que sur le redressement. . . . Que la tentative d'amener ce résultat soit sous forme de condition préalable ou d'engagement formel, elle est également inefficace.

Une loi de l'État de New York, adoptée subseqüemment, y a modifié la situation, et on peut généralement dire que les États américains possèdent une législation qui permet aux tribunaux de suspendre une action en attendant l'arbitrage même s'il n'y a pas de clause Scott et Avery: voir *Corbin on Contracts*, Vol. 6A (1962), sec. 1435.

La position adoptée en Nouvelle-Écosse, où il n'y a pas de législation comme celle qui existe maintenant en Angleterre, est de priver les tribunaux de la compétence de connaître du fond d'un différend commercial lorsque l'arbitrage et la sentence arbitrale sont une condition préalable de l'action, et de leur laisser uniquement compétence pour réviser la sentence arbitrale. Cela n'est pas à cause d'une législation qui à elle seule amène obligatoirement ce résultat (comme il arrive dans les relations du travail) mais à cause de l'acceptation d'une vue large selon laquelle l'arrêt *Scott v. Avery* n'est pas contraire à des exigences d'ordre public relatives à la compétence des juridictions ordinaires.

Face à des lois sur l'arbitrage qui, comme celle de la Nouvelle-Écosse et comme d'autres ailleurs au Canada, sont conçues de façon à doter l'arbitrage privé d'une réglementation, je ne suis pas disposé aujourd'hui à retourner à une ligne de conduite de *common law* consistant à réagir jalousement à la tentative de supplanter la compétence originelle des juridictions ordinaires. Il reste donc à déterminer si l'article VIII en l'espèce fournit un moyen d'échapper au pouvoir discrétionnaire de permettre qu'une action suive son cours.

L'article VIII prévoit que les différends non réglés seront soumis à l'arbitrage de deux arbitres (un arbitre nommé par chacune des parties) sous le régime de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse et que la décision arbitrale, conformément à cette loi, sera finale et irrévocable, sous réserve des droits de modification, correction, annulation ou appel de tout jugement ins-

then goes on to make submission to arbitration as aforesaid a condition precedent to the bringing of any action with respect to the contract; and this is followed immediately by these words:

but subject to such limitation, any claim against the company [i.e. Deuterium], the Engineer [i.e. BR Canada] and/or the Guarantor [i.e. BR U.S.] or vice versa may be adjudicated, both in the first instance and upon review in appropriate proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia and, if any party asserts such an appeal, in the Supreme Court of Canada.

I confess to great difficulty in understanding how a claim "may be adjudicated at first instance" if arbitration and award are a condition precedent to any action. As a condition precedent, the award when made does not disappear, and any subsequent proceedings taken in the Courts are simply proceedings respecting review of the award. Warrington L.J. in *Woodall v. Pearl Assurance Co.*¹⁸, at p. 608 put it as follows:

... Where arbitration followed by an award is a condition precedent to any other proceedings being taken, any further proceedings then [are], strictly speaking, not upon the original contract but upon the award made under the arbitration clause.

Neither Coffin J.A. nor Cooper J.A. who gave reasons in this case in the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, dwelt upon the words "may be adjudicated at first instance" in Article VIII. There is a brief reference in the reasons of Coffin J.A. to the clause in which these words appear, as follows:

The words of the Article whereby the parties accept the jurisdiction of the Court come immediately after the condition precedent and begin by saying "but, subject to such limitation".

I am of the opinion that the difficulty of determining the meaning of the words in Article

crit sur la sentence que peut prévoir la loi. Puis il fait de la soumission à l'arbitrage, comme il est dit ci-dessus, une condition préalable de l'introduction d'une action relative au contrat; puis vient immédiatement ce qui suit:

[TRADUCTION] mais, sous réserve de cette restriction, toute réclamation contre la compagnie [i.e. Deuterium], l'ingénieur [i.e. BR Canada] et (ou) le garant [i.e. BR U.S.] ou *vice versa*, peut être décidée tant en première instance qu'en révision, sur recours approprié engagé en Cour suprême de Nouvelle-Écosse et, si l'une des parties interjette un pourvoi, en Cour suprême du Canada.

J'avoue éprouver bien de la difficulté à comprendre comment une réclamation «peut être décidée en première instance» si l'arbitrage et la sentence arbitrale sont une condition préalable de l'action. En tant que condition préalable, la sentence arbitrale une fois faite ne disparaît pas, et toute procédure subséquente prise devant les tribunaux ne peut viser que la révision de la sentence. Le Juge Warrington, dans l'affaire *Woodall v. Pearl Assurance Co.*¹⁸, à la p. 608, s'en est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] ... Lorsque l'arbitrage suivi d'une sentence est une condition préalable de l'institution de toute autre procédure, toutes les procédures subséquentes [se rapportent] alors, rigoureusement parlant, non pas au contrat initial mais à la sentence rendue en vertu de la clause d'arbitrage.

Ni M. le Juge d'appel Coffin ni M. le Juge d'appel Cooper, qui ont rédigé des motifs dans cette affaire en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, ne se sont attardés sur l'expression «peut être décidée en première instance» qui figure à l'article VIII. Dans les motifs de M. le Juge d'appel Coffin, on trouve une brève mention de la clause, mention dans laquelle on trouve les termes suivants:

[TRADUCTION] Les termes de l'article en vertu duquel les parties acceptent la compétence de la cour viennent immédiatement après la condition préalable et commencent en disant «mais, sous réserve de cette restriction».

Je suis d'avis que la difficulté qu'il y a à déterminer la signification des mots «peut être

¹⁸ [1919] 1 K.B. 593.

¹⁸ [1919] 1 K.B. 593.

VIII, "may be adjudicated at first instance", cannot be resolved by limiting the clear "Scott and Avery" words which precede them. It is my view that in order to give effect to all the words of Article VIII, the provision for adjudication at first instance in the Courts must be read as giving the parties a choice by agreement (or perhaps by waiver) to submit their differences to the Court instead of going to arbitration. Short of agreement (or perhaps waiver) either party may invoke arbitration, with the consequences set out in Article VIII.

In the result, I would dismiss the appeal and make the same disposition of costs as proposed by my brother Ritchie.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: D. R. Chipman, Halifax.

Solicitor for the respondents: I. M. MacKeighan, Halifax.

décidée en première instance» figurant à l'article VIII ne peut être résolue en fixant des limites au libellé clairement «Scott et Avery» qui les précède. Je suis d'avis que pour donner leur effet à tous les termes de l'article VIII, la disposition prévoyant que les tribunaux pourront statuer en première instance doit être interprétée comme donnant aux parties la faculté, d'un commun accord (ou peut-être sur renonciation), de soumettre leurs différends à la cour au lieu d'aller à l'arbitrage. Faute d'accord (ou peut-être de renonciation) l'une ou l'autre des parties peut demander l'arbitrage, avec les conséquences énoncées dans l'article VIII.

En fin de compte, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'adjuger les dépens comme le propose mon collègue le Juge Ritchie.

Appel rejeté avec dépens.

Procureur des appelantes: D. R. Chipman, Halifax.

Procureur des intimées: I. M. MacKeighan, Halifax.