

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

84-09-CA

OUELLETTE SEA PRODUCTS LTD./LES
PRODUITS DE LA MER OUELLETTE LTÉE
APPELLANT

OUELLETTE SEA PRODUCTS LTD./LES
PRODUITS DE LA MER OUELLETTE LTÉE
APPELANTE

- and -

- et -

CAP-PELÉ HERRING EXPORT INC./LES
EXPORTATIONS DE HARENG CAP-PELÉ INC.
RESPONDENT

CAP-PELÉ HERRING EXPORT INC./LES
EXPORTATIONS DE HARENG CAP-PELÉ INC.
INTIMÉE

83-09-CA

AND BETWEEN:

ET ENTRE :

OCEAN SHORE FISH EXPORT LTD.
APPELLANT

OCEAN SHORE FISH EXPORT LTD.
APPELANTE

- and -

- et -

CAP-PELÉ HERRING EXPORT INC./LES
EXPORTATIONS DE HARENG CAP-PELÉ INC.
RESPONDENT

CAP-PELÉ HERRING EXPORT INC./LES
EXPORTATIONS DE HARENG CAP-PELÉ INC.
INTIMÉE

Ouellette Sea Products Ltd./Les Produits de la Mer
Ouellette Ltée v. Cap-Pelé Herring Export Inc./Les
Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. and Ocean
Shore Fish Export Ltd. v. Cap-Pelé Herring Export
Inc./Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc.,
2010 NBCA 12

Ouellette Sea Products Ltd./Les Produits de la Mer
Ouellette Ltée c. Cap-Pelé Herring Export Inc./Les
Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. and Ocean
Shore Fish Export Ltd. c. Cap-Pelé Herring Export
Inc./Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc.,
2010 NBCA 12

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell

CORAM :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 23, 2009

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 23 juin 2009

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
November 16, 2009

Appel entendu :
Le 16 novembre 2009

Judgment rendered:
February 18, 2010

Jugement rendu :
Le 18 février 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :
L'honorable juge Deschênes

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Stéphane F. Viola and
Marie-Claude Doucet

Pour les appelantes :
Stéphane F. Viola et
Marie-Claude Doucet

For the respondent:
Sacha D. Morisset

Pour l'intimée :
Sacha D. Morisset

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed. The order of the motion judge that the appellants [TRANSLATION] “submit to the arbitration procedure provided for in the agreement for the settlement of any dispute between the parties” is set aside. The appellants are entitled to costs in the amount of \$2,500 in view of the fact that the respondent did not appear on the date set for the hearing of the appeal. No other costs are warranted.

L'appel est accueilli. L'ordonnance du juge saisi de la motion enjoignant aux appelantes de « se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue au contrat afin que soit tranché tout différend opposant les parties » est écartée. Les appelantes ont droit à la somme de 2 500 \$ en dépens en raison du défaut de l'intimée de se présenter à une date prévue pour l'audition de l'appel. Aucune autre adjudication de dépens n'est indiquée.

Le jugement de la Cour rendu par

Le juge Deschênes

I. Introduction

[1] Ce pourvoi est interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour du Banc de la Reine traitant d'une motion préliminaire déposée en vertu de la règle 40.01 des *Règles de procédure*. Les appelantes, Les Produits de la Mer Ouellette Ltée et Ocean Shore Fish Export Ltd. (PMO), et l'intimée, Les Exportations de Hareng Cape-Pelé Inc.- Cap-Pelé Herring Export Inc. (CHE), ont signé des ententes qui contiennent une clause d'arbitrage. CHE prétend que PMO vendait ses produits à des tiers en contravention de l'entente et elle a tenté de renvoyer le différend à l'arbitrage. PMO, de son côté, conteste la compétence de l'arbitre désigné en vertu de l'entente au motif que celle-ci est nulle, son caractère exécutoire n'ayant jamais pris naissance.

[2] Après avoir pris connaissance d'une lettre de l'avocat des appelantes mettant en doute sa compétence d'entendre l'arbitrage, l'arbitre désigné a décidé, de son propre chef, de mettre fin à son mandat. Face à cette démission, CHE croyait n'avoir d'autre choix que de présenter une motion préliminaire sous le régime de la règle 40.01 pour obtenir une injonction interlocutoire ainsi qu'une ordonnance renvoyant le différend à l'arbitrage. Dans une décision orale inédite, le juge saisi de la motion a rejeté la demande visant une injonction mais il a accepté celle d'un renvoi du différend à l'arbitrage. Comme nous le verrons, il s'agit malheureusement d'une affaire où la procédure employée par CHE ne permettait pas au juge de la motion de rendre une telle ordonnance. En effet, il s'agit plutôt d'une affaire qui, selon les dispositions de l'entente et de la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, ch. A-10.1, relève de la compétence d'un arbitre. Malgré le fait que l'appel doit être accueilli, il n'en reste pas moins que la thèse des appelantes est tout à fait contraire à l'économie de la *Loi sur l'arbitrage*.

[3] Le juge saisi de la motion a rendu l'ordonnance suivante: [texte original]

- (a) La demande d'injonction interlocutoire de la requérante est rejetée;
- (b) En vertu de la Règle 40, la Cour ordonne à l'intimée de se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue au contrat entre les parties, composé des documents figurant à titre de pièce, B, D et F de l'affidavit de Mario Cormier, afin qu'il soit tranché tout différend opposant les parties;
- (c) La Cour dispense la requérante de déposer un acte introductif d'instance;
- (d) Chaque partie assumera ses dépens et débours;
- (e) La Cour demeurera disponible, sur demande informelle de l'une ou l'autre des parties, pour donner des directives additionnelles concernant les délais applicables à toute procédure d'arbitrage prévu à l'alinéa b) ci-haut;

[4] L'appelante PMO soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit en rendant une ordonnance sous le régime de la règle 40.01 lui ordonnant de se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue dans l'entente. L'appelante demande donc à notre Cour d'écarter l'ordonnance rendue en première instance et de lui accorder les dépens afférents à l'appel.

II. Les faits

[5] CHE et PMO ont signé des ententes contractuelles qui contiennent une clause d'arbitrage selon laquelle ils s'entendent sur le recours au processus d'arbitrage prévu par la *Loi sur l'arbitrage*. La clause d'arbitrage se lit comme suit:

[TRADUCTION]

- (1) Les parties conviennent que tous les litiges issus de la présente convention ou tout différend quant à

l'interprétation de la présente convention seront exclusivement réglés par voie d'arbitrage, comme le prévoit la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B., ch. A-10.1, ensemble ses modifications.

- (2) Les parties conviennent également que toute décision rendue en arbitrage sera définitive et liera les deux parties.
- (3) La personne qui demande qu'une question particulière soit soumise à l'arbitrage doit passer par les étapes suivantes :
 - (i) aviser l'autre partie par écrit et par courrier recommandé de son intention de demander une décision par voie d'arbitrage;
 - (ii) fournir une description raisonnable de la question devant être tranchée par l'arbitre;
 - (iii) fournir le nom et l'adresse de l'arbitre proposé.
- (4) La partie qui reçoit l'avis d'ouverture de la procédure d'arbitrage a dix jours pour soit accepter l'arbitre proposé, soit proposer un second arbitre qui agira comme membre d'un comité de trois arbitres (le comité de trois arbitres ou l'arbitre agissant seul sera appelé « arbitre » pour les fins du présent article). Les deux arbitres ainsi nommés auront alors sept jours pour procéder à la nomination du troisième arbitre qui siègera au comité d'arbitrage à titre de président.
- (5) Une fois formé le comité de trois arbitres, ces derniers ont un délai de trente jours pour rendre leur décision. La décision majoritaire lie les parties.
- (6) Chaque partie assume ses propres dépens mais les parties reconnaissent que l'arbitre peut accorder à l'une d'elles des dépens calculés sur la base des frais entre avocat et client. Chaque partie reconnaît également que la question de savoir qui devra assumer les coûts de l'arbitrage conformément à l'article 55 de la *Loi sur l'arbitrage* est une question qui est tranchée par l'arbitre.

- (7) Malgré les dispositions du présent article, rien n'empêche une partie de présenter à la cour une demande d'injonction provisoire dans l'attente de la décision de l'arbitre.

[6] CHE prétend que PMO ne s'est pas conformé à ses obligations contractuelles en vendant ses produits de la mer à une personne non autorisée par l'entente et elle lui réclame la somme de 150 000 \$ en dommages-intérêts pour rupture de contrat, tel que le prévoit l'entente. En conformité avec les dispositions de la convention d'arbitrage, CHE informait PMO comme suit : [texte original]

Soyez avisé que Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. [CHE] considère que Les Produits de la Mer Ouellette Ltée [PMO] est en violation de l'entente de vente exclusive datée du 25 mai 2006 (ci-après « l'Entente ») et désire référer cette question à l'arbitrage. Plus précisément, Les Exportations de Hareng Cap-Pele Inc. considère que Les Produits de la Mer Ouellette Ltée a violé l'article 2 de l'Entente en vendant du hareng à une personne autre que Les Exportations de Hareng Cap-Pele Inc. à trois occasions en avril 2008.

Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. réclamera à l'arbitrage des dommages-intérêts liquides de 150,000\$, conformément à l'article 3 de l'Entente.

Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. propose que Michel Doucet, Professeur à la Faculté de droit, agisse à titre d'arbitre.

[7] Après plusieurs semaines de correspondance entre les avocats des parties et l'arbitre désigné, ce dernier a accepté son mandat et a fixé une date d'audience qui convenait à tous. Peu de temps après, PMO a retenu les services d'un nouvel avocat (qui est le même qui a comparu en appel pour les appelantes) et celui-ci a contesté immédiatement la compétence de l'arbitre d'agir dans cette affaire. Selon le nouvel avocat des appelantes, le caractère exécutoire du contrat initial sur lequel repose la validité des contrats subséquents n'a jamais pris naissance en raison de son libellé et des

pressions indues qui auraient précédé la signature de PMO sur tous les contrats. À la suite de l'exposé de sa thèse portant sur l'invalidité des contrats en cause, l'avocat en question écrivait ce qui suit : [texte original]

Puisque nous soumettons que cette défaillance met un terme *ab initio* à la convention unanime des actionnaires sur laquelle se fonde la corporation Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. pour solliciter votre intervention, il appert que l'audience d'arbitrage ne peut être tenue sans une détermination préalable de cette question.

En sus, nous soumettons respectueusement que la détermination de l'existence ou non d'une convention unanime entre actionnaires ne peut être déterminée par arbitrage. Plutôt, cette question doit faire l'objet d'une détermination devant la Cour du Banc de la Reine puisque la clause d'arbitrage sur laquelle se fonde votre intervention vous confère uniquement la compétence et le pouvoir exclusif de déterminer « *all dispute arising under this agreement or any disagreement as to the interpretation of this agreement* ». En l'espèce, le litige qui doit être tranché en premier lieu est l'existence même de la convention unanime des actionnaires sur laquelle reposerait votre compétence en matière d'arbitrage. Dans ce contexte, nous soumettons respectueusement que ni la convention unanime des actionnaires ni la *Loi sur l'arbitrage* vous confère le pouvoir et la compétence de déterminer l'existence de l'entente sur laquelle une partie se fonde.

Si vous êtes d'avis que notre argumentation relativement à votre compétence ou juridiction ne peut être déterminée par cette présentation écrite, nous demandons alors qu'une audience préliminaire relativement à votre compétence soit prévue afin d'adresser cette question uniquement. Afin de pouvoir déterminer la disponibilité de tous à cet égard, nous suggérons de procéder par appel conférence.

Nous osons croire le tout à votre entière satisfaction. Nous présumons que vous êtes déjà en possession des ententes et de la documentation mentionnée. Si cela n'est pas le cas, veuillez s'il vous plaît nous en faire part et nous vous fournirons toute la documentation que vous désirez et qui est en notre possession.

[8] Suite à ce courriel et malgré une tentative de la part de l'avocat de CHE de le convaincre du contraire, l'arbitre désigné mettait fin à son mandat en ces termes: [texte original]

Messieurs

J'ai pris connaissance de vos lettres respectives concernant le dossier mentionné en rubrique. N'ayant pas devant moi le contrat et les éléments de preuve nécessaire, il m'est difficile de dire lequel de vous deux a raison. Toutefois, je tiens à rappeler qu'il n'est pas rare dans les procédures d'arbitrage que des questions quant à la compétence de l'arbitre soit soulevée dès le début de l'audience et que l'arbitre traite de ces questions avant de passer aux questions de fonds. Ceci étant dit, je me dois également de vous rappeler que la procédure d'arbitrage doit être consensuel et que dans le cas présent, il me semble clair que Me Viola et sa cliente ne désire pas procéder à l'arbitrage. Dans ces circonstances, je me vois dans l'obligation de décliner l'invitation de Me Elsliger d'agir à titre d'arbitre. A moins d'indication contraire de votre part, je retire donc mon acceptation d'agir à titre d'arbitre dans ce différend et annule l'audience qui devait avoir lieu au mois d'octobre. Les parties prendront maintenant les procédures qu'elles jugeront appropriées dans les circonstances.

[9] C'est dans ce contexte et à la suite de la démission de l'arbitre désigné que CHE a déposé un avis de motion préliminaire en vertu de la règle 40.01 des *Règles de procédure*. CHE demandait ce qui suit : [texte original]

- b) que la Cour émette une injonction interlocutoire enjoignant Les Produits de la Mer Ouellette Ltée [PMO] à respecter une entente de vente exclusive datée du 18 août 2004 et modifiée le 13 septembre 2004 et le 25 mai 2006;
- c) que la Cour donne des directives aux parties quant à la référence de leurs différends à l'arbitrage, en vertu des par. 8(2) et 10(1) de la *Loi sur l'arbitrage*.

[10] Encore dans le cadre de sa motion préliminaire, CHE a indiqué les moyens ainsi que les dispositions législatives ou règles qu'elle invoquerait comme étant les règles 3.02(1), 37, 39 et 40 et les paragraphes 8(2) et 10(1) de la *Loi sur l'arbitrage*.

[11] Malgré la confusion qui régnait quant à la teneur de la demande visant des *directives aux parties*, le juge saisi de la motion a décidé, de son propre chef, que CHE voulait d'abord et avant tout une *ordonnance* renvoyant le différend à l'arbitrage.

[12] Pour sa part, PMO s'y opposait d'abord parce qu'il s'agissait d'une demande qui ne pouvait être rendue sous le régime de la règle 40 et ensuite pour les motifs invoqués auprès de l'arbitre désigné. Au cas où la cour devait rejeter cette demande, CHE espérait obtenir une injonction interlocutoire interdisant à PMO de vendre ses produits à des tiers. Au cours des débats, CHE a semblé reconnaître avoir utilisé la règle 40.01 à des fins non autorisées et a demandé un ajournement afin de corriger le tout. Cette demande a été refusée puisque le juge de la motion n'y voyait aucune nécessité.

III. Les moyens d'appel

[13] PMO soulève plusieurs moyens d'appel. Je ne reprends que ceux qui sont pertinents pour la détermination de ce pourvoi : [texte original]

- a) Le juge de la motion préliminaire a commis une erreur de droit en octroyant une ordonnance mandatoire sous le régime juridique de la règle 40.01 sans en avoir la compétence et sans respecter le cadre juridique et procédural relatif à cette mesure de redressement;
- b) Le juge de la motion préliminaire a commis une erreur de droit en tranchant sur la validité de l'entente contractuelle alors qu'il n'était pas saisi de cette question dans le cadre juridique et procédural d'une motion préliminaire sous la règle 40.01 des *Règles de procédure*.

IV. La décision du juge saisi de la motion

[14] Il est difficile de cerner toutes les raisons qui ont porté le juge à rendre une ordonnance mandatoire renvoyant PMO à l'arbitrage sous le régime de la règle 40. Selon moi, les commentaires qui suivent résument sa pensée : [texte original]

[...] Ça ne – puis lorsqu'on lit la règle 40, qui est – qui est la règle à la base de la motion préliminaire, la règle 40 ne se limite pas à des demandes d'injonction interlocutoire. Elle inclut également des demandes d'ordonnance mandatoire. O.K. « interlocutory injunction or mandatory order ». La deuxième demande de directives peut tomber dans ce qui est appelé une ordonnance mandatoire [...]

[...] Donc, dans cet esprit-là d'interprétation générale puis de – d'adaptation à des fins de solution équitable d'un litige, sans préjudicier les parties, je crois que la deuxième mesure de redressement qui est sollicité et qui demande au tribunal que la Cour donne des directives aux parties quant à la référence de leurs différends à l'arbitrage en vertu des paragraphes 8(2) et 10(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, pourrait s'inscrire dans les pouvoirs inhérents de la Cour de common law, d'une part, et pourrait s'inscrire dans les termes mêmes de la règle 40 lorsqu'il est question de demander une ordonnance mandatoire.

[15] Toutes les parties s'entendent pour dire que l'ordonnance a été rendue en premier lieu au motif qu'il aurait été futile d'exiger de l'auteur de la motion préliminaire qu'elle recommence le tout en utilisant une autre procédure puisque, de toute façon, les questions en litige, les éléments de preuve à l'appui et le résultat final, notamment le renvoi à l'arbitrage, auraient été les mêmes. Je note aussi que l'ordonnance rendue n'était pas assujettie à la condition obligeant PMO d'introduire une instance sans délai. On prétend que la règle 2.01, ainsi que le pouvoir inhérent de la Cour, permettraient au juge saisi de la motion d'agir ainsi. La règle 2.01 prévoit que la « cour peut en tout temps dispenser de l'observation d'une règle, à moins que celle-ci ne l'interdise de façon expresse ou implicite ».

[16] L'ordonnance formelle signée en vertu de la règle 60 enjoint à PMO de « se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue au contrat afin qu'il soit tranché tout différend opposant les parties [...] et dispense la requérante [CHE] de déposer un acte introductif d'instance ». Je reprends les propos du juge de la motion donnant ses directives par rapport au contenu de document qu'il devait signer: [texte original]

Dans le même document, là. Ça fait que vous avez l'injonction qui est refusée – O.K. – vous avez les directives qui sont accordées, puis le – le tribunal prend le pouvoir d'accorder des directives sous la règle 40, là, sous le – la rubrique des ordonnances mandatoires – O.K. – puis que le tribunal demeure disponible pour toutes directives quant au délai. Vous l'approchez par la voie sommaire, là, informelle, et vous ajoutez que la – référez à la règle 40 quelque – précise, là, avec les paragraphes qui – qui parlent de lorsque des mesures de redressement interlocutoire d'accordé, là, que les parties doivent déposer dans un – vous référez à ça et vous la – faites une référence avec la règle générale, là, des règles de procédure, au début, où est-ce qu'un tribunal peut disposer de l'application puis en énonçant que le tribunal dispense de cette exigence de déposer une action parce que c'est pas pratique dans les circonstances.

[17] Plus tôt dans ses commentaires, le juge de la motion déclarait ce qui suit :
[texte original]

Alors, le tribunal est d'accord avec la position argumenter par maître Elsliger à l'effet que toute la base factuelle et les arguments pertinents sur la question de – de directives – du caractère opportun d'émettre des directives, à ce moment ici, ont été placés devant la Cour. Le tribunal ne voit pas l'utilité, estime que ça serait non pratique, non productif et contre l'esprit des règles de procédure, d'ailleurs, de forcer la partie requérante de recommencer quelque sorte – forme de procédure que ça soit par avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande ou par avis de requête juste pour demander au tribunal des directives quant au renvoi à l'arbitrage des parties ou le conflit qui – qui les oppose présentement. Le tribunal estime que cet exercice ne serait

commandé que pour la forme et pour les mérites, pour le fond, ne serait pas justifié parce que tout a été présenté qui était utile pour aller sur – aller aux mérites. Alors, le tribunal accepte d’aller aux mérites de cette demande de directive et va – et fait, effectivement, des – des directives. Alors, le tribunal ordonne aux parties intimées – aux deux parties intimées de se plier aux – aux exigences formulées dans le contrat – O.K. – quand je parle d’un contrat, je parle un contrat qui se retrouve dans trois documents – O.K. – c’est une continuité. C’est une relation contractuelle qui s’est établie, qui a été révisée, mais le tribunal réfère aux trois documents qui sont – qui sont en preuve attachés à l’affidavit de Mario Cormier. Les – le renvoi à l’arbitrage est repris à trois – trois occasions dans des termes clairs, et la Cour donne directive aux deux parties intimées de se plier à cet engagement contractuel de régler le conflit avec la partie requérante par la voie d’arbitrage, selon les termes de l’arbitrage et procédures fixés dans les contrats – dans le contrat

Eu égard aux nombreux commentaires du juge, il est évident que, selon lui, il appartient à un arbitre de statuer sur les différends entre les parties, incluant la question touchant la validité de l’entente initiale sur laquelle les autres ententes semblent s’appuyer pour tirer leur propre validité. Pour les raisons qui suivent, je partage son point de vue sur cette question. Par contre, comme nous le verrons, il ne pouvait rendre une ordonnance mandatoire sous le régime de la règle 40.01.

V. Analyse et décision

[18] Les dispositions pertinentes des *Règles de procédure* et de la *Loi sur l’arbitrage* sont reproduites à l’annexe « A ».

A. *La règle 40.01*

[19] D’entrée de jeu, il est important de signaler que la règle 40 est intitulée *Protection des droits durant le litige*. De plus, la règle 40.01 dispose que toute demande

d'ordonnance mandatoire (c'est-à-dire une ordonnance qui commande à une personne de poser un geste) peut être présentée, sur motion préliminaire sous le régime de la règle 40.01, avant l'introduction de l'instance mais que, dans ce cas, la demande n'est accueillie qu'à la condition que l'instance soit introduite sans délai. Toutefois, les interventions de l'avocat de CHE auprès du juge indiquent que CHE recherchait essentiellement une ordonnance obligeant les parties à se soumettre au processus d'arbitrage prévue au contrat. Or, une ordonnance aux termes de la règle 40.01 ne peut être accueillie qu'à la condition qu'une instance *sous le régime des Règles de procédure* soit introduite sans délai. Évidemment, une ordonnance qui soumet les parties à l'arbitrage n'en est pas une qui exige qu'un acte introductif d'instance *sous le régime des Règles de procédure* soit déposé sans délai. La motion préliminaire contenait bel et bien un engagement de la part de CHE d'introduire une instance dans les plus brefs délais, mais cet engagement dépendait des « directives de la Cour sur la compétence d'un arbitre à entendre et trancher le différend qui oppose les parties » (voir l'Avis de motion préliminaire). Il est donc évident que CHE n'avait l'intention d'entamer une instance que si sa demande pour un renvoi à l'arbitrage devait échouer. Malgré ceci, le juge saisi de la motion a rendu une ordonnance visée par la motion préliminaire de l'intimée et ce, sans la condition expressément exigée par la règle 40.01.

[20] Comme mentionné, le juge saisi de la motion s'est fondé sur la règle 2.01 et les pouvoirs inhérents de la Cour pour rendre une ordonnance par dérogation à la règle 40.01. Pourtant, la règle 2.01 accorde un pouvoir d'inobservation d'une règle seulement si cette dernière ne l'interdit pas de façon expresse ou implicite. La règle 40.01 est, sans aucun doute, une règle qui interdit expressément l'octroi d'une ordonnance mandatoire rendue sous le régime de cette règle sans une condition portant qu'une instance soit introduite sans délai. Le juge de la motion ne pouvait donc pas utiliser la règle 2.01 pour justifier son inobservation des termes explicites de la règle 40.01. Il en est de même en ce qui a trait au pouvoir inhérent de la Cour. Ce pouvoir ne peut être invoqué face à une règle qui a force de loi et qui interdit expressément la délivrance d'une ordonnance mandatoire qui n'est pas assortie de la condition susmentionnée. Je souscris donc à la

thèse des appelantes portant que le juge saisi de la motion a outrepassé sa compétence en rendant une ordonnance mandatoire sous le régime de la règle 40.01 sans respecter le cadre juridique et procédural relatif à cette mesure de redressement. J'écarterais donc l'ordonnance rendue par le juge saisi de la motion obligeant PMO à se soumettre à l'arbitrage.

[21] À la lumière de cette décision, il n'est pas nécessaire de discuter du deuxième moyen d'appel. J'ajouterais toutefois que le juge de la motion n'avait ni le mandat, ni le pouvoir de trancher la question de la validité des ententes contractuelles dans le cadre du régime prévue par la règle 40.01 et ce, non seulement parce qu'il traitait d'une demande en vertu de la règle 40.01, mais aussi, comme nous le verrons, parce que cette question relève de la compétence d'un arbitre.

B. *La Loi sur l'arbitrage*

[22] Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le faire, je profite de cette occasion pour faire quelques commentaires sur la *Loi sur l'arbitrage*, ne serait-ce que pour remettre les pendules à l'heure quant à la portée de cette loi dans un contexte où l'une des parties conteste la validité d'une entente qui contient une clause d'arbitrage. D'une façon connexe, j'estime aussi, d'ailleurs, que mes commentaires ont une incidence sur les dépens à accorder pour cet appel.

[23] La confusion a régné devant le juge saisi de la motion quant à la teneur de la motion touchant le renvoi à l'arbitrage. CHE a demandé « que la Cour donne des directives aux parties quant à la référence de leurs différends à l'arbitrage *en vertu des par. 8(2) et 10(1) de la Loi sur l'arbitrage* » (les italiques sont de moi). Or, il se trouve que ni l'un ni l'autre de ces paragraphes de la *Loi* n'est applicable en l'espèce. Le paragraphe 8(2) vise une question de droit qui survient pendant l'arbitrage alors que le paragraphe 10(1) porte sur la désignation d'un tribunal d'arbitrage par la cour, sur demande d'une des parties, lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit aucune procédure

de désignation ou encore lorsqu'une personne ne procède pas à la désignation alors qu'elle en a l'obligation, ayant été dûment avisé de le faire par l'autre partie à l'entente d'arbitrage. En rendant une ordonnance enjoignant à PMO de se soumettre à l'arbitrage, le juge saisi de la motion s'éloignait considérablement de ce que sollicitait CHE dans l'Avis de motion préliminaire.

[24] Quoi qu'il en soit, les appelantes ont toujours prétendu avec beaucoup de conviction, tant auprès de l'arbitre désigné que devant le juge saisi de la motion et devant nous, que la question de la validité de l'entente originale et des autres ententes qui ont suivi devait être tranchée par la Cour du Banc de la Reine. Les appelantes ont soutenu qu'en l'absence d'une déclaration préalable par la Cour quant à la validité de ces ententes, un arbitre n'aurait aucune compétence pour traiter de ces questions. Pour sa part, le juge de la motion, comme l'a soutenu CHE, croyait plutôt que tous ces différends, notamment celui signalé par CHE à l'arbitre désigné ainsi que ceux touchant la validité des contrats, devaient être tranchés par un arbitre.

[25] Selon moi, quoique le juge saisi de la motion ait rendu une ordonnance interdite par la règle 40.01, il avait quand même raison de croire que la question de la validité des ententes, incluant la validité de la clause d'arbitrage qu'elles contenaient, était du ressort d'un arbitre et non d'un juge de la Cour du Banc de la Reine.

[26] Dans le présent litige, tous les contrats dont la validité est contestée contiennent une clause d'arbitrage qui a pour objet d'accorder à un arbitre le pouvoir exclusif d'entendre et de trancher tous les différends découlant de l'entente ainsi que toutes mésententes quant à son interprétation, le tout en conformité avec la *Loi sur l'arbitrage*. De plus, la clause d'arbitrage prévoit que les parties seront liées par la décision du tribunal d'arbitrage et que cette décision sera finale. L'article 6 de la *Loi sur l'arbitrage* prévoit que « [n]ulle cour ne peut intervenir dans les affaires régies en vertu de la présente loi, sauf en la manière prévue en vertu de la présente loi. » L'article 8, quant à lui, accorde au tribunal d'arbitrage des pouvoirs considérables et clairement

identifiés, pouvoirs qui s'apparentent à ceux qu'a la Cour du Banc de la Reine dans le cadre d'actions judiciaires, incluant la compétence de trancher toute question de droit qui survient pendant l'arbitrage. L'article 17, qui porte sur la compétence de l'arbitre, lui accorde le pouvoir de statuer sur sa propre compétence pour mener l'arbitrage, y compris le pouvoir spécifique de statuer sur les objections à l'égard de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage. Si la convention d'arbitrage fait partie intégrante d'une autre convention, le paragraphe 17(2) prévoit alors que cette convention d'arbitrage doit être traitée comme une convention indépendante et que la portion représentant la convention d'arbitrage peut subsister même si la convention principale est déclarée invalide par l'arbitre.

[27] Selon moi, il ressort de l'économie de la *Loi sur l'arbitrage* que c'est au tribunal d'arbitrage qu'il appartient de trancher la question de sa propre compétence, y compris la question de savoir si les différentes ententes sont valides ou non. Il s'ensuit que si le juge de la motion avait été saisi de cette question dans un cadre procédural approprié, il aurait fallu qu'il la renvoie à l'arbitrage en se fondant sur l'article 17 de la *Loi*.

VI. Disposition

[28] En définitive, j'accueillerais l'appel et j'écarterais l'ordonnance du juge obligeant PMO à se soumettre à l'arbitrage, sans pour autant porter préjudice au droit de l'intimée, si droit il y a, de faire appel aux dispositions des ententes touchant le recours à l'arbitrage et à la *Loi sur l'arbitrage* elle-même.

[29] Quant aux dépens, j'accorderais la somme de 2 500 \$ aux appelantes mais seulement par rapport au défaut de l'intimée de se présenter à la première date fixée pour l'audition de l'appel. Je n'accorderais aucuns autres dépens aux appelantes puisque, selon moi, il ne s'agit que d'une victoire à la Pyrrhus puisqu'elle ne fait que renvoyer les parties à la case de départ. Il s'agit évidemment d'un dénouement malheureux eu égard au temps

perdu et aux dépenses engagées. Toutefois, compte tenu des circonstances, j'estime que c'est la solution la plus équitable.

Deschênes, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal from a decision of the Court of Queen's Bench on a preliminary motion filed pursuant to Rule 40.01 of the *Rules of Court*. The appellants, Ouellette Sea Products Ltd./Les Produits de la Mer Ouellette Ltée and Ocean Shore Fish Export Ltd. (PMO), and the respondent, Cap-Pelé Herring Export Inc./Les Exportations de Hareng Cap-Pelé Inc. (CHE), signed agreements containing an arbitration clause. CHE alleges that PMO was selling its products to third parties in violation of the agreement and it attempted to refer the dispute to arbitration. For its part, PMO disputes the jurisdiction of the named Arbitrator under the agreement, arguing that the agreement was a nullity since it never had been enforceable.

[2] After reading a letter sent by the appellants' solicitor disputing the Arbitrator's jurisdiction to hear the arbitration dispute, the Arbitrator unilaterally decided to end his mandate. Faced with this resignation, CHE believed it had no other choice but to file a preliminary motion under Rule 40.01 in order to obtain an interlocutory injunction and an order referring the dispute to arbitration. In an unreported oral decision, the motion judge dismissed the application for an injunction but granted the referral of the dispute to arbitration. As will be seen, this is unfortunately a case where the procedure followed by CHE precluded the motion judge from making such an order. Indeed, this is a case where, pursuant to the provisions of the agreement and to the *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1, the named Arbitrator had jurisdiction. Notwithstanding that the appeal must be allowed, the fact remains that the appellants' position is contrary to the scheme of the *Arbitration Act*.

[3] The motion judge made the following order:

[TRANSLATION]

- (a) The applicant's request for an interlocutory injunction is dismissed.
- (b) Pursuant to Rule 40, the Court orders the respondent to submit to the arbitration procedure provided for in the contract between the parties, which includes the documents forming part of Exhibits B, D and F of the affidavit of Mario Cormier, and which is applicable in any dispute arising between the parties.
- (c) The Court exempts the applicant from filing an originating process.
- (d) Each party will bear its own costs and disbursements.
- (e) The Court will remain available, at the informal request of either party, to provide additional instructions with regard to the applicable deadlines for any arbitration procedure provided for under paragraph (b) above.

[4] The appellant PMO maintains the motion judge erred in law in ordering, pursuant to Rule 40.01, that it submit to the arbitration procedure provided for in the agreement. It, therefore, asks the Court to set aside the order made by the motion judge and to grant it costs on the appeal.

II. The facts

[5] CHE and PMO signed contractual agreements which include an arbitration clause whereby they agreed to submit to the arbitration procedure as provided for in the *Arbitration Act*. The arbitration clause reads as follows:

- (1) The parties hereto agree that all disputes arising under this agreement or any disagreement as to the interpretation of this agreement shall exclusively be

settled by Arbitration as provided for in the *Arbitration Act*, R.S.N.B. Chap A-10.1 as amended from time to time.

- (2) The parties also agree that the decision resulting from the Arbitration shall be final and binding on both parties.
- (3) The person requesting an arbitration on a particular issue shall:
 - i) advise the other party in writing, by registered mail, of its intention to seek a ruling from an Arbitrator;
 - ii) provide a reasonable description of issue to be determined by the Arbitrator; and
 - iii) provide the name and address of the Arbitrator that is proposed.
- (4) Upon receipt of the request for Arbitration, the other party shall have ten (10) days to either accept the proposed Arbitrator or to propose a second Arbitrator to act as a member of a committee of three (3) Arbitrators (the committee of three arbitrators or the arbitrator shall be referred to as the "Arbitrator" for the purpose of this section). The two named Arbitrators shall then have seven days to appoint a third Arbitrator: who will preside the Arbitration committee.
- (5) Once the committee of three Arbitrators is in place, they shall have 30 days to render its decision. The decision of the majority shall be binding upon the parties.
- (6) Each party shall be responsible for its own costs but understand that the Arbitrator may award costs to one party of a Solicitor Client basis. Each party further agree that the determination of who will be responsible for the cost of the Arbitration pursuant to section 55 of the Arbitration Act shall be decided by the Arbitrator.

- (7) Notwithstanding anything contained in this section, nothing prevents a party to make a request to the Court for an Interim Injunction pending the Arbitrator's decision.

[6] The respondent CHE alleges that PMO has violated its contractual obligations by selling fish products to an unauthorized buyer, contrary to the agreement, and it claims \$150,000 in damages for breach of contract, as provided for in the agreement. In accordance with the provisions of the arbitration agreement, CHE informed PMO of the following:

[TRANSLATION]

Please be advised that Cap-Pelé Herring Export Inc. [CHE] considers Ouellette Sea Products Ltd. [PMO] to be in violation of the exclusive sales agreement dated May 25, 2006, (hereafter the "Agreement"), and requests that the matter be referred to arbitration. More specifically, Cap-Pelé Herring Export Inc. is of the opinion that Ouellette Sea Products Ltd. has violated section 2 of the Agreement by selling herring to a person other than Cap-Pelé Herring Export Inc. on three occasions in April 2008.

Cap-Pelé Herring Export Inc. will claim in arbitration damages of \$150,000 pursuant to section 3 of the Agreement.

Cap-Pelé Herring Export Inc. proposes that Michel Doucet, Professor at the Faculty of Law, be named Arbitrator.

[7] After several exchanges between the solicitors for the parties and the named Arbitrator, the latter accepted the mandate and set a hearing date acceptable to all parties. A short time later, PMO retained another solicitor (the same who appeared on appeal for the appellants) who immediately challenged the jurisdiction of the Arbitrator in this matter. The new solicitor for the appellants was of the view that the initial contract, underlying the validity of subsequent contracts, was never enforceable, given its wording and the undue pressure that allegedly preceded the signing of all the contracts by PMO.

Following the statement of his position regarding the unenforceability of the contracts, he wrote:

[TRANSLATION]

Since we submit that this defect renders void *ab initio* the shareholders' unanimous agreement on which Cap-Pelé Herring Export Inc. relies to bring the matter before you as Arbitrator, it appears that the arbitration hearing cannot take place before this preliminary matter is settled.

Furthermore, we respectfully submit that the issue of whether or not there is a valid unanimous agreement between the shareholders cannot be determined through arbitration. Rather, this issue should be submitted to the Court of Queen's Bench, since the arbitration clause on which your intervention is based would only give you jurisdiction and exclusive authority to determine "all disputes arising under this agreement or any disagreement as to the interpretation of this agreement". In this case, the first issue to be determined is the very existence of the shareholders' unanimous agreement on which your jurisdiction as an arbitrator would be based. Under these circumstances, we respectfully submit that neither the shareholders' unanimous agreement nor the *Arbitration Act* would confer upon you the authority and the jurisdiction to determine the existence of the agreement relied upon by one of the parties.

If you are of the opinion that our argument with regard to your jurisdiction cannot be ruled upon as a result of this written submission, we would, therefore, request a preliminary hearing regarding your jurisdiction to address this one question. In order to ascertain the availability of all parties concerned, we suggest that we proceed by conference call.

We hope that this information is satisfactory. We are assuming that you are already in possession of the agreements and of the aforementioned documents. If that is not the case, do not hesitate to inform us and we will provide you with all the documentation you require that is in our possession.

[8] Following this e-mail and in spite of efforts by CHE's solicitor to convince him otherwise, the named Arbitrator terminated his mandate in the following terms:

[TRANSLATION]

Dear Sirs:

I have read your respective letters concerning the above-mentioned file. Since I do not have the contract in my possession nor the required evidence, it is difficult for me to say which one of you is right. However, I wish to point out that it is not uncommon in arbitration proceedings for issues of jurisdiction to be raised at the outset of the hearing and for the Arbitrator to examine such issues before moving on to substantive issues. That being said, I must also remind you that the arbitration procedure must be consensual and that in the present case it seems clear to me that Mr. Viola and his client do not wish to proceed to arbitration. Under these circumstances, I feel obliged to decline Mr. Elsliger's invitation to act as Arbitrator. Unless I am otherwise informed by you, I therefore withdraw my agreement to act as named Arbitrator in this matter and cancel the hearing that was to take place in October. The parties will now proceed as they see fit under the circumstances.

[9] Following the resignation of the named Arbitrator, CHE filed a notice of preliminary motion under Rule 40.01 of the *Rules of Court*, requesting the following:

[TRANSLATION]

- b) that the Court issue an interlocutory injunction ordering Ouellette Sea Products Ltd. [PMO] to comply with the exclusive sales agreement dated August 18, 2004, and amended on September 13, 2004, and May 25, 2006;
- c) that the Court provide instructions to the parties regarding the referral of their disputes to arbitration, in accordance with ss. 8(2) and 10(1) of the *Arbitration Act*.

[10] For the purposes of its preliminary motion, CHE stated the grounds as well as the statutory provisions or rules it would be relying on: Rules 3.02(1), 37, 39 and 40 of the *Rules of Court* as well as ss. 8(2) and 10(1) of the *Arbitration Act*.

[11] In spite of the confusion with regard to the scope of the request for *instructions to the parties*, the motion judge decided, on his own initiative, that CHE wanted first and foremost an *order* referring the matter to arbitration.

[12] For its part, PMO objected: first because this was not an application that could be made under Rule 40, and also on the grounds relied upon before the named Arbitrator. In the event the Court were to dismiss the application, CHE hoped to obtain an interlocutory injunction prohibiting PMO from selling its products to third parties. During the course of argument, CHE apparently admitted to having wrongfully relied on Rule 40.01 and requested an adjournment to correct the situation. The motion judge refused the request for adjournment.

III. The grounds of appeal

[13] PMO raises several grounds of appeal. I will only cite those relevant to this appeal:

[TRANSLATION]

- a) The motion judge erred in law by granting a mandatory order under Rule 40.01 without having jurisdiction to do so and without complying with the legal and procedural requirements pertaining to this remedy.
- b) The motion judge erred in law in ruling on the validity of the contractual agreement where the issue was not before him in the legal and procedural context of a preliminary motion under Rule 40.01 of the *Rules of Court*.

IV. The motion judge's ruling

[14] It is difficult to identify all the reasons that prompted the judge to make the mandatory order referring PMO to arbitration under Rule 40. In my view, the following comments summarize his reasoning:

[TRANSLATION]

... It doesn't — and, a reading of Rule 40, which is — which is the basis for the preliminary motion, Rule 40 is not limited to applications for interlocutory injunctions. It also includes applications for mandatory orders. O.K., “interlocutory injunction or mandatory order”. The second request for directions can fall within what is called a mandatory order...

... Therefore, in this context of general interpretation and of — of adaptation in order to find a just solution to the matter, without prejudice to the parties, I believe that the second remedy requested, whereby the Court would provide directions to the parties concerning the referral of their dispute to arbitration under ss. 8(2) and 10(1) of the *Arbitration Act*, could fall within the scope of the inherent jurisdiction of a court at common law, on the one hand, and could be included in the very terms of Rule 40 where it involves a request for a mandatory order.

[15] The parties agree that the order was made because it would have been futile to require the author of the preliminary motion to start over by way of another proceeding as the issues, the evidence and the end result, that is a referral to arbitration, would have been the same. I note also that the order was not subject to the condition that PMO commence proceedings without delay. It is submitted that Rule 2.01 as well as the inherent jurisdiction of the Court allowed the motion judge to make such a ruling. Rule 2.01 provides that “[t]he court may at any time dispense with compliance with any rule, unless the rule expressly or impliedly provides otherwise”.

[16] The formal order signed under Rule 60 directed PMO to [TRANSLATION] « submit to the arbitration procedure provided for in the agreement for

the settlement of any dispute between the parties ... and exempts the applicant [CHE] from filing an originating process". In providing directions concerning the content of the document he was going to sign, the motion judge said:

[TRANSLATION]

In the same document, you see. So, there is the refusal to grant an injunction — O.K. — and you have the directions, which are provided, and — the Court relies on Rule 40 to provide those instructions, under the section on mandatory orders — O.K. — and the Court remains available to provide any directions regarding a delay. You will treat this matter as a summary proceeding, you understand, an informal proceeding, and you will add — you will refer to Rule 40 that specifies — you see — referring to the subsections that deal with an interlocutory relief, you understand, that the parties must file within — you will mention that and you will refer to the general rule, there, of the *Rules of Court*, at the beginning, where the court may dispense with an application and you will specify that the Court dispenses with this requirement to file an action because it is not practical under the circumstances.

[17] Earlier in his comments the motion judge had stated the following:

[TRANSLATION]

Therefore, the Court is in agreement with the position taken by Mr. Elsliger that all of the factual basis and the relevant arguments concerning the question of directions — of the desirability of issuing directions at this time, have been placed before the Court. The Court does not consider practical, in fact the Court considers impractical, unproductive and contrary to the *Rules of Court*, as a matter of fact, to force the applicant to start over any kind of proceeding, whether by Notice of Action with Statement of Claim or by Notice of Application, simply to ask the Court for directions as to the referral to arbitration of the parties or the dispute between them at this time. The Court is of the view that such a procedure would only be a perfunctory one and that it would not be justified with regard to the merits because everything that would be useful in that regard has already been presented. Therefore, the Court agrees to look at the merits of the application for directions

and it will indeed issue directions. Consequently, the Court orders the respondent parties — both respondent parties to submit to — the requirements of the contract — O.K. — and by contract, I mean a contract that is found in three documents — O.K. — there is a continuity. There is a contractual relationship that has been formed, that has been reviewed, but the Court refers to the three documents that are — that have been submitted in evidence as attachments to the affidavit of Mario Cormier. The requirement to refer any dispute to arbitration has been mentioned three — on three occasions in unambiguous terms and the Court instructs both respondent parties to submit to this contractual obligation to settle any dispute with the applicant party by way of arbitration, in accordance with the terms of arbitration and the procedures set out in the contracts — in the contract.

Considering the numerous comments the trial judge made in this regard, it is clear that he viewed the dispute between the parties, including the issue concerning the validity of the initial agreement on which the other agreements seem to be based, as issues that should be dealt with by an arbitrator. For the following reasons, I share his opinion on this point. However, as will be shown, he was not entitled to make a mandatory order under Rule 40.01.

V. Analysis and decision

[18] The relevant provisions of the *Rules of Court* and of the *Arbitration Act* are attached as Appendix “A”.

A. *Rule 40.01*

[19] At the outset, it is important to point out that Rule 40 is entitled *Preservation of rights pending litigation*. Furthermore, Rule 40.01 provides that any request for a mandatory order (that is, an order which directs a person to take a certain action) may be made by preliminary motion under Rule 40.01, before the commencement of proceedings. However, in such a case, the request may be granted only on terms

providing for the commencement of a proceeding without delay. Nevertheless, the arguments of counsel for CHE before the judge indicate that CHE was essentially seeking an order directing the parties to submit to the arbitration procedure provided for in the contract. Yet, an order under Rule 40.01 can be granted only on terms providing for commencement of proceedings *under the Rules of Court* without delay. Obviously, an order directing the parties to submit to arbitration is not an order requiring an originating process to be filed *under the Rules of Court* without delay. The preliminary motion did contain an undertaking on the part of CHE to commence proceedings without delay, but that undertaking was subject to the [TRANSLATION] “directions of the court regarding the jurisdiction of the Arbitrator to rule on the dispute between the parties” (see Notice of Preliminary Motion). It is therefore obvious that CHE only intended to commence proceedings if its application for referral to arbitration was unsuccessful. Nonetheless, the motion judge issued an order on the preliminary motion of the respondent without compliance with the express term set out in Rule 40.01.

[20] As mentioned earlier, the motion judge relied on Rule 2.01 and the inherent jurisdiction of the Court to make the order notwithstanding the requirements of Rule 40.01. Yet, Rule 2.01 authorizes the Court to dispense with compliance with a rule only if that rule does not expressly or impliedly provide otherwise. Without a doubt, Rule 40.01 expressly prohibits the issuance of a mandatory order under that rule without the commencement of proceedings without delay. Consequently, the motion judge could not rely on Rule 2.01 to justify his non-compliance with the explicit terms of Rule 40.01. The same is true with regard to the inherent jurisdiction of the Court. That jurisdiction cannot be relied upon to circumvent a rule that is mandatory and expressly prohibits the issuance of a mandatory order that is not accompanied with the above-mentioned requirement. I agree with the argument put forth by the appellants that the motion judge exceeded his jurisdiction in making a mandatory order under Rule 40.01 without complying with the legal and procedural framework pertaining to that relief. I would therefore set aside the order made by the motion judge directing PMO to submit to arbitration.

[21] In view of that ruling, it is not necessary to deal with the second ground of appeal. I would, however, add that the motion judge neither had the mandate nor the jurisdiction to deal with the issue of the validity of the contractual agreements within the scope of Rule 40.01, not only because he was dealing with an application under Rule 40.01, but because that issue falls under the jurisdiction of an arbitrator.

B. *The Arbitration Act*

[22] Although it is not strictly necessary that I do so, I take this opportunity to make a few comments on the *Arbitration Act*, if only to set the record straight regarding the scope of this legislation as it applies to a situation where one party disputes the validity of an agreement that contains an arbitration clause. I am also of the view that my comments will be useful in determining costs on the appeal.

[23] There was confusion in the matter before the motion judge as to the wording used in the motion for referral to arbitration. CHE sought [TRANSLATION] “directions [from the Court] to the parties regarding the referral of their disputes to arbitration in accordance with *ss. 8(2) and 10(1) of the Arbitration Act*” (the italics are mine). However, neither of these subsections of the *Act* are applicable in this case. Subsection 8(2) deals with a question of law that arises during arbitration while s. 10(1) deals with the appointment by the Court of an arbitral tribunal, on a party’s application, if the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal. Subsection 10(1) also provides for the situation where a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so, although he or she had an obligation to do so, having been duly advised by the other party to the arbitration agreement. By making an order directing PMO to submit to arbitration, the motion judge significantly strayed from what CHE was requesting in its Notice of Preliminary Motion.

[24] The appellants have always argued before the Arbitrator, the motion judge and before this Court, that the issue of the validity of the original agreement and of the

subsequent agreements had to be determined by the Court of Queen's Bench. The appellants argued that in the absence of a preliminary declaration by the Court with regard to the validity of these agreements, an arbitrator would have no jurisdiction to deal with those issues. The motion judge, however, agreed with CHE and believed that all the disputes, including the dispute submitted by CHE to the named Arbitrator as well as those pertaining to the validity of the contracts, had to be settled by an arbitrator.

[25] In my view, although the motion judge made an order prohibited by Rule 40.01, he was justified in finding that the issue of the validity of the contracts, including the validity of the arbitration clause therein, fell under the jurisdiction of an arbitrator and not under the jurisdiction of the Court of Queen's Bench.

[26] In this case, the contracts whose validity is in dispute contain an arbitration clause, the object of which is to confer upon an arbitrator the exclusive authority to hear and to settle disputes arising from the agreement, as well as any dispute regarding the interpretation of the agreement, in accordance with the *Arbitration Act*. Moreover, the arbitration clause provides that the parties are bound by the decision of the arbitral tribunal and that this decision is final. Section 6 of the *Arbitration Act* provides that "[n]o court shall intervene in matters governed by this Act, except as this Act provides". Section 8 confers upon the arbitral tribunal considerable powers that are clearly identified, powers akin to those of the Court of Queen's Bench in actions, including the power to rule on any question of law that arises during the arbitration. Section 17, which deals with the arbitrator's jurisdiction, grants him the power to rule on his own jurisdiction to conduct the arbitration, including the specific power to rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. If the arbitration agreement is an integral part of another agreement, s. 17(2) then provides that the arbitration agreement shall be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found by the arbitrator to be invalid.

[27] In my view, it follows from the scheme of the *Arbitration Act* that the arbitral tribunal has the authority to rule on the issue of its own jurisdiction, and whether or not the different agreements are valid or invalid. It follows that if the issue had been submitted to the motion judge within the correct procedural framework, he would have had to refer it to arbitration on the basis of s. 17 of the *Act*.

VI. Disposition

[28] In the end, I would allow the appeal and set aside the order made by the judge directing PMO to submit to arbitration, without prejudice to the respondent's right, if any, to rely on the provisions of the agreements with respect to a referral to arbitration and to recourse to the *Arbitration Act* itself.

[29] As far as costs are concerned, I would allow \$2,500 to the appellants, but only with respect to the respondent's failure to appear at the first date set for the hearing of the appeal. I would not allow other costs to the appellants, since, in my view, this is a Pyrrhic victory: both parties are back to square one. Obviously, this is an unfortunate result in view of the amount of time that was expended and the expenses that were incurred. However, under the circumstances, I find this to be the most equitable solution.

APPENDIX "A" / ANNEXE « A »

Rules 2.01, 2.02, 40.01, 60.01 of the *Rules of Court*:

Règles 2.01, 2.02, 40.01 et 60.01 des *Règles de procédure* :

2.01 The Court Dispensing with Compliance 2.01 Dispense de la cour

The court may at any time dispense with compliance with any rule, unless the rule expressly or impliedly provides otherwise.

La cour peut en tout temps dispenser de l'observation d'une règle, à moins que celle-ci ne l'interdise de façon expresse ou implicite.

2.02 Effect of Non-Compliance

2.02 Effet de l'inobservation

A procedural error, including failure to comply with these rules or with the procedure prescribed by an Act for the conduct of a proceeding, shall be treated as an irregularity and shall not render the proceeding a nullity, and all necessary amendments shall be permitted or other relief granted at any stage in the proceeding, upon proper terms, to secure the just determination of the matters in dispute between the parties. In particular, the court shall not set aside any proceeding because it ought to have been commenced by an originating process other than the one employed.

Tout vice de procédure, y compris l'inobservation des présentes règles ou de la procédure judiciaire prescrite par une loi, sera considéré comme une irrégularité et n'aura pas pour effet d'annuler l'instance. La cour doit, au cours de l'instance, permettre les modifications et accorder les mesures de redressement nécessaires aux conditions appropriées afin d'assurer une solution équitable du litige. Ainsi, la cour n'annulera pas une instance en raison du fait qu'elle devait être introduite au moyen d'un autre acte.

40.01 When Motion May be Made

40.01 Présentation de la motion

A request for an interlocutory injunction or mandatory order, or for an extension thereof, may be made

Toute demande d'injonction interlocutoire ou d'ordonnance mandatoire ou encore pour leur prolongation peut être présentée

(a) before commencement of proceedings, by preliminary motion, and

a) avant l'introduction de l'instance, sur motion préliminaire ou

(b) after commencement of proceedings, by motion, but

b) après l'introduction de l'instance, sur motion,

in the former case, the request may be granted only on terms providing for commencement of proceedings without delay.

mais dans le premier cas, la demande n'est accordée qu'à la condition que l'instance soit introduite sans délai.

60.01 Disposition of Motions

60.01 Ordonnance suite à une motion

(1) On the hearing of a motion, the judge may

(1) Sur audition d'une motion, le juge peut

(a) endorse his disposition thereof on the Notice of Motion, or

a) inscrire sa réponse sur l'avis de motion ou

(b) direct the successful party to prepare a formal order for the judge's signature.

b) prescrire à la partie gagnante de rédiger une ordonnance formelle pour signature du juge.

(2) An order disposing of a motion takes effect when it is signed.

(2) L'ordonnance rendue suite à une motion prend effet au moment de sa signature.

(3) The successful party on a motion shall file with the clerk the endorsed Notice of Motion or the order signed by the judge under paragraph (1).

(3) La partie gagnante sur une motion doit déposer auprès du greffier l'avis de motion portant la réponse du juge ou l'ordonnance signée par le juge en application du paragraphe (1).

Sections 1, 5(1), 6, 8(1), 8(2), 10(1), 14(1), 16, 17(1), 17(2), 17(7), 18(1) and 18(2) of the *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1:

Articles 1, 6 et 16 et paragraphes 5(1), 8(1), 8(2), 10(1), 14(1), 17(1), 17(2), 17(7), 18(1) et 18(2) de la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, ch. A-10.1 :

1 In this Act

1 Dans la présente loi

“arbitration agreement” means an agreement by which two or more persons agree to submit to arbitration a dispute that has arisen or may arise between them[.]

« convention d'arbitrage » désigne une convention en vertu de laquelle deux personnes ou plus consentent à présenter à l'arbitrage un différend qui est survenu ou qui peut survenir entre elles[.]

5(1) An arbitration agreement may be an independent agreement or part of another agreement.

5(1) La convention d'arbitrage peut être une convention indépendante ou peut être partie d'une autre convention.

6 No court shall intervene in matters governed by this Act, except as this Act provides.	6 Nulle cour ne peut intervenir dans les affaires régies en vertu de la présente loi, sauf en la manière prévue en vertu de la présente loi.
8(1) The court's powers with respect to the detention, preservation and inspection of property, interim injunctions and the appointment of receivers are the same in arbitrations as in court actions.	8(1) Les pouvoirs de la cour à l'égard de la garde, de la conservation et de l'inspection des biens, des injonctions provisoires et de la nomination de séquestres sont les mêmes pour l'arbitrage que pour les actions judiciaires.
8(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration; the court may do so on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties or the arbitral tribunal consent.	8(2) Le tribunal d'arbitrage peut déterminer toute question de droit qui survient pendant l'arbitrage; la cour peut faire cette détermination sur demande du tribunal d'arbitrage, ou sur demande d'une partie si les autres parties ou le tribunal d'arbitrage y consentent.
10(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if	10(1) La cour peut désigner le tribunal d'arbitrage, sur demande d'une partie, si
(a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the arbitral tribunal, or	a) la convention d'arbitrage ne prévoit aucune procédure de désignation du tribunal d'arbitrage, ou
(b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so after a party has given the person seven days notice to do so.	b) une personne qui a le pouvoir de désigner le tribunal d'arbitrage ne l'a pas désigné après qu'une partie ait donné à cette personne un avis de sept jours pour le désigner.
14(1) An arbitrator's mandate terminates when	14(1) Le mandat d'un arbitre prend fin
(a) the arbitrator resigns or dies,	a) lorsque l'arbitre démissionne ou décède,
(b) the parties agree to terminate it,	b) lorsque les parties conviennent d'y mettre fin,
(c) the arbitral tribunal upholds a challenge to the arbitrator, ten days elapse after all the parties are notified of the decision and no application is made to the court, or	c) au cas où le tribunal d'arbitrage maintient un refus de l'arbitre, à l'expiration de dix jours à compter de l'avis de la décision donné à toutes les parties si

une demande n'est pas présentée à la cour,
ou

(d) the court removes the arbitrator under subsection 15(1).

d) lorsque la cour révoque l'arbitre en vertu du paragraphe 15(1).

16(1) When an arbitrator's mandate terminates, a substitute arbitrator shall be appointed, following the procedure that was used in the appointment of the arbitrator being replaced.

16(1) Lorsque le mandat d'un arbitre prend fin, un arbitre remplaçant doit être désigné, en suivant la procédure qui a été utilisée pour la désignation de l'arbitre qui est remplacé.

16(2) When an arbitrator's mandate terminates, the court may, on a party's application, give directions about the conduct of the arbitration.

16(2) Lorsque le mandat de l'arbitre prend fin, la cour peut, sur demande d'une partie, donner des directives au sujet de la conduite de l'arbitrage.

16(3) The court may appoint the substitute arbitrator on a party's application, if

16(3) La cour peut désigner l'arbitre remplaçant sur demande d'une partie, si

(a) the arbitration agreement provides no procedure for appointing the substitute arbitrator, or

a) la convention d'arbitrage ne prévoit aucune procédure de désignation de l'arbitre remplaçant, ou

(b) a person with power to appoint the substitute arbitrator has not done so after a party has given the person seven days notice to do so.

b) une personne qui a le pouvoir de désigner l'arbitre remplaçant ne l'a pas désigné après qu'une partie ait remis un préavis de sept jours à cette personne.

16(4) There is no appeal from the court's decision or from its directions.

16(4) Il ne peut être interjeté appel de la décision de la cour ou ses directives.

16(5) This section does not apply if the arbitration agreement provides that the arbitration is to be conducted only by a named arbitrator.

16(5) Le présent article ne s'applique pas si la convention d'arbitrage prévoit que l'arbitrage ne doit être mené que par l'arbitre qui y est désigné.

17(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

17(1) Un tribunal d'arbitrage peut statuer sur sa propre compétence pour mener l'arbitrage et peut à cet égard statuer sur les objections à l'égard de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage.

17(2) If the arbitration agreement forms part of another agreement, it shall, for the purposes of a ruling on jurisdiction, be

17(2) Si la convention d'arbitrage fait partie d'une autre convention, elle doit, aux fins de statuer sur la compétence, être

treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid.

traitée comme une convention indépendante qui peut subsister même si la convention principale est déclarée invalide.

17(7) The arbitral tribunal may rule on an objection as a preliminary question or may deal with it in an award.

17(7) Le tribunal d'arbitrage peut décider d'une objection comme s'il s'agissait d'une question préliminaire ou peut la décider dans la sentence arbitrale.

18(1) On a party's request, an arbitral tribunal may make an order for the detention, preservation or inspection of property and documents that are the subject of the arbitration or as to which a question may arise in the arbitration, and may order a party to provide security in that connection.

18(1) À la demande d'une partie, le tribunal d'arbitrage peut établir une ordonnance pour la garde, la conservation ou l'inspection des biens et documents qui font l'objet de l'arbitrage ou au sujet desquels une question peut être soulevée lors de l'arbitrage, et peut ordonner à une partie de fournir un cautionnement à cet égard.

18(2) The court may enforce the direction of an arbitral tribunal as if it were a similar direction made by the court in an action.

18(2) La cour peut exécuter les directives du tribunal d'arbitrage comme s'il s'agissait de directives semblables à celles données par la cour lors d'une action judiciaire.