

A-444-04
2006 FCA 284

A-444-04
2006 CAF 284

OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, and the Owners and Charterers and all others interested in the Ship “Mathilde Maersk” and in the Ship “Suzanne Delmas” (Appellants) (Defendants)

OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, et les propriétaires, les affréteurs et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire « Mathilde Maersk » et sur le navire « Suzanne Delmas » (appelants) (défendeurs)

v.

c.

Magic Sportswear Corp. and Blue Banana (Respondents) (Plaintiffs)

Magic Sportswear Corp. et Blue Banana (intimées) (demanderesses)

INDEXED AS: MAGIC SPORTSWEAR CORP. v. MATHILDE MAERSK (THE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : MAGIC SPORTSWEAR CORP. c. MATHILDE MAERSK (LE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Evans and Sharlow J.J.A.—Ottawa, June 21 and August 23, 2006.

Cour d’appel fédérale, juges Décary, Evans et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 21 juin et 23 août 2006.

Maritime Law — Carriage of Goods — Respondents (shippers) bringing action in Federal Court against appellants (carriers) for partial loss of cargo carried by sea from New York to Monrovia, Liberia — Appellants commencing proceedings in High Court in London claiming damages for breach of contract (clause in bill of lading specifying High Court as exclusive forum), obtaining anti-suit injunction against respondents restraining latter from pursuing Federal Court action — Appellants seeking stay of respondents’ action in Federal Court on basis of exclusive forum clause, English anti-suit injunction — Marine Liability Act, s. 46(1) conferring jurisdiction on Federal Court over respondents’ claim — However, s. 46(1) not removing Court’s broad discretion under Federal Courts Act, s. 50(1) to stay proceeding over which having jurisdiction but where claim being proceeded with elsewhere or where stay in best interest of justice — Stay granted as Federal Court less convenient forum.

Droit maritime — Transport de marchandises — Les intimées (les chargeurs) ont intenté une action devant la Cour fédérale contre les appelants (les transporteurs) en raison de la perte partielle d’un chargement qui a été transporté par mer de New York à Monrovia (Liberia) — Les appelants ont intenté une action devant la Haute Cour de Londres en vue d’obtenir des dommages-intérêts pour violation de contrat (une clause du connaissement précise que la Haute Cour est le for exclusif) et ont obtenu une injonction interdisant les poursuites en vue d’empêcher les intimées d’intenter leur action devant la Cour fédérale — Les appelants ont demandé la suspension de l’action intentée par les intimées devant la Cour fédérale sur le fondement de la clause attributive de compétence exclusive et de l’injonction interdisant les poursuites rendue en Angleterre — L’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime confère à la Cour fédérale le pouvoir d’examiner la créance des intimées — Cependant, l’art. 46(1) ne supprime pas le large pouvoir discrétionnaire que possède la Cour en vertu de l’art. 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales de suspendre une instance qui relève de sa compétence lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal ou l’intérêt de la justice exige la suspension de l’instance — La suspension a été accordée en l’espèce parce que la Cour fédérale était un tribunal moins approprié.

Federal Court Jurisdiction — Respondent shippers commencing action in Federal Court for damages for loss of cargo carried by sea notwithstanding clause in bill of lading specifying High Court in London as exclusive forum for settling disputes — Respondents relying on Marine Liability Act, s. 46(1) providing claimant may institute proceedings in Canadian court where certain conditions met — These

Compétence de la Cour fédérale — Les intimées ont intenté une action en dommages-intérêts devant la Cour fédérale en raison de la perte d’un chargement qui a été transporté par mer bien qu’une clause du connaissement précisait que la Haute Cour de Londres avait compétence exclusive pour trancher les différends — Les intimées ont invoqué l’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, qui

conditions met as one of appellants having branch office in Canada, contract made in Canada — Marine Liability Act, s. 46(1) conferring jurisdiction on Federal Court over respondents' claim — However, s. 46(1) not removing Court's broad discretion under Federal Courts Act, s. 50(1) to stay proceeding despite having jurisdiction where claim being proceeded with elsewhere or where stay in interest of justice — Action stayed as Federal Court forum non conveniens.

Practice — Stay of Proceedings — Appeal from order refusing to stay respondents' Canadian action for damages for loss of cargo carried by sea — Appellants relying on exclusive forum clause in contract, English proceeding, to argue High Court in London appropriate forum — Seeking stay pursuant to Federal Courts Act, s. 50 — Marine Liability Act, s. 46(1), allowing respondents to institute proceedings in Federal Court, but not removing Court's discretion under s. 50 to grant stay where another court more convenient forum — Appeal allowed.

Conflict of Laws — Respondents commencing action in Federal Court for damages for loss of cargo carried by sea by appellants from New York to Monrovia, Liberia — Appellants: (1) obtaining anti-suit injunction from, seeking damages in, London High Court on basis contract between parties providing that court appropriate forum; (2) bringing motion in Federal Court to have respondents' action stayed — Respondents arguing having right to litigate in Canada pursuant to Marine Liability Act, s. 46(1) despite foreign exclusive jurisdiction clause — S. 46 granting jurisdiction to Federal Court as appellants having branch office, and contract made, in Canada — Weight to be given in forum non conveniens analysis to parties' choice of forum, English judgments asserting jurisdiction of High Court — International comity, avoidance of parallel proceedings, problems of recognition warranting treatment of English judgments as relevant — S. 46(1) not ousting principles of international comity — Consideration of relevant factors leading to conclusion Federal Court forum non conveniens.

dispose que le réclamant peut tenter une procédure devant un tribunal au Canada si certaines conditions existent — Ces conditions existaient en l'espèce parce que l'un des appelants avait une succursale au Canada et que le contrat avait été conclu au Canada — L'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime conférerait à la Cour fédérale le pouvoir d'examiner la créance des intimées — Cependant, l'art. 46(1) ne supprime pas le large pouvoir discrétionnaire que possède la Cour en vertu de l'art. 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales de suspendre une instance qui relève de sa compétence lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal ou l'intérêt de la justice exige la suspension de l'instance — La suspension a été accordée parce que la Cour fédérale était un tribunal moins approprié.

Pratique — Suspension d'instance — Appel d'une ordonnance rejetant la requête en suspension de l'action en dommages-intérêts intentée au Canada par les intimées en raison de la perte d'un chargement transporté par mer — Les appelants ont invoqué la clause contractuelle attributive de compétence exclusive et l'instance anglaise pour soutenir que la Haute Cour de Londres était le tribunal approprié — Ils ont demandé la suspension en vertu de l'art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales — L'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permettait aux intimées d'intenter une procédure devant la Cour fédérale, mais il ne supprimait pas le pouvoir discrétionnaire de la Cour en vertu de l'art. 50 d'accorder une suspension s'il existe un tribunal plus approprié — Appel accueilli.

Conflit de lois — Les intimées ont intenté une action en dommages-intérêts devant la Cour fédérale en raison de la perte d'un chargement transporté par mer par les appelants de New York à Monrovia (Liberia) — Les appelants : 1) ont obtenu de la Haute Cour de Londres une injonction interdisant les poursuites et ont réclamé des dommages-intérêts au motif que le contrat entre les parties stipulait que ce tribunal était le tribunal approprié; et 2) ont présenté à la Cour fédérale une requête en suspension de l'action des intimées — Ces dernières ont affirmé avoir le droit d'ester en justice au Canada en vertu de l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, malgré l'existence d'une clause contractuelle attribuant une compétence exclusive à un tribunal étranger — L'art. 46(1) attribuait à la Cour fédérale compétence parce que les appelants avait une succursale au Canada et que le contrat avait été conclu au Canada — Force probante à accorder dans le cadre de l'analyse du principe forum non conveniens à la clause d'élection de for des parties et aux jugements anglais confirmant la compétence de la Haute Cour — Il convenait d'accorder une force probante aux jugements anglais en raison des règles de la courtoisie internationale, du souci d'éviter des instances parallèles et des problèmes de reconnaissance des jugements — L'art. 46(1) n'a pas écarté les règles de la courtoisie internationale — L'examen des

Construction of Statutes — Marine Liability Act, s. 46(1) allowing claimants to institute proceedings in Canada re: carriage of goods despite foreign exclusive jurisdiction clause where certain conditions (i.e. Canadian connection) met — S. 46(1) designed to redress perceived power imbalance between shipowners, shippers — However, s. 46 not stating foreign exclusive jurisdiction clause null and void or of no effect where conditions for its application met — Had Parliament intended to invalidate such clauses for all purposes, would have said so explicitly — S. 46 removing Court's discretion to stay solely on basis of exclusive forum clause, but not broad discretion to stay pursuant to Federal Courts Act, s. 50(1).

This was an appeal from an order of the Federal Court refusing to stay the respondents' action for damages for the partial loss of cargo carried by water. The appellants carried the respondents' cargo from New York to Monrovia, Liberia. The alleged loss was discovered after the goods arrived in Monrovia. The respondents brought an action in the Federal Court at the instigation of the insurers of the cargo, who were based in Toronto. Following the commencement of that action, the appellants: (1) commenced proceedings in the High Court in London claiming damages for the breach of a clause in the bill of lading (the contract) specifying the High Court in London as the exclusive forum; (2) obtained an anti-suit injunction to restrain the respondents from litigating their claim in Canada, or elsewhere, in breach of that clause; and (3) brought the motion in the Federal Court to stay the respondents' action.

Subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* provides that "a claimant may institute judicial . . . proceedings in a court . . . in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where. . . (b) the person against whom the claim is made has a . . . branch . . . in Canada; or (c) the contract was made in Canada." The appellant OT Africa Line Ltd. had a branch office in Toronto, and the contract was made in Canada. As such, subsection 46(1) conferred jurisdiction on the Federal Court over the respondents' claim against the appellants. At issue was (1) whether subsection 46(1) removed the Court's discretion to grant a stay pursuant to subsection 50(1) of the *Federal*

facteurs pertinents a mené à la conclusion que la Cour fédérale était un tribunal moins approprié.

Interprétation des lois — L'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permet au réclamant d'intenter une procédure au Canada relativement au transport de marchandises malgré l'existence d'une clause attributive de compétence exclusive à un tribunal étranger si certaines conditions existent (notamment s'il existe un lien avec le Canada) — L'art. 46(1) a pour objet de remédier à un déséquilibre apparent entre le pouvoir des propriétaires de navire et celui des chargeurs — Cependant, l'art. 46 n'énonce pas que les clauses attributives de compétence exclusive à un tribunal étranger sont nulles et dépourvues d'effet lorsque les conditions d'application sont remplies — Si le législateur avait eu l'intention d'invalider ces clauses dans tous les cas, il l'aurait dit de façon explicite — L'art. 46 supprime le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner la suspension de l'instance pour le seul motif que les parties ont choisi d'attribuer une compétence exclusive, mais il ne supprime pas le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension en vertu de l'art. 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale, qui a refusé de suspendre l'action en dommages-intérêts intentée par les intimées en raison de la perte partielle d'un chargement transporté par eau. Les appelants ont transporté le chargement des intimées de New York à Monrovia (Liberia). La perte alléguée a été constatée après que les marchandises sont arrivées à Monrovia. Les intimées ont intenté une action devant la Cour fédérale à l'instigation des assureurs du chargement, qui exerçaient leurs activités à Toronto. Après l'institution de cette action, les appelants ont : 1) intenté une action devant la Haute Cour de Londres en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour violation d'une clause du connaissance (le contrat) qui précise que la Haute Cour de Londres est le for exclusif; 2) obtenu une injonction interdisant les poursuites en vue d'empêcher les intimées de faire valoir leur créance au Canada, ou dans un autre pays, en violation de cette clause; et 3) présenté à la Cour fédérale la requête en suspension de l'action des intimées.

Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* dispose que « le réclamant peut [. . .] intenter une procédure judiciaire [. . .] au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe [. . .] b) l'autre partie a au Canada [. . .] une succursale [. . .]; c) le contrat a été conclu au Canada ». Un des appelants, soit OT Africa Line Ltd., avait une succursale à Toronto, et le contrat a été conclu au Canada. À ce titre, le paragraphe 46(1) attribuait à la Cour fédérale compétence à l'égard des créances des intimées contre les appelants. Les questions litigieuses étaient celles de savoir 1)

Courts Act when it is not the most convenient forum (*forum non conveniens*); and if not (2) what weight was the Court required to give in its *forum non conveniens* analysis to the parties' contractual choice of forum and to the judgments asserting the jurisdiction of the High Court?

Held, the appeal should be allowed.

Subsection 46(1) removes the Court's discretion to stay solely on the ground that the parties have selected an exclusive forum outside of Canada. However, it does not expressly remove its broad discretion under subsection 50(1) of the *Federal Courts Act* to stay a proceeding over which it has jurisdiction, but where "the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction" or where "a stay is in the interest of justice". It simply affirms the Court's jurisdiction by specifying that claimants who satisfy one of the three connecting factors it sets out may pursue their claim in Canada, despite a contractual foreign exclusive jurisdiction clause.

While subsection 46(1) is designed to redress a perceived power imbalance between shipowners and shippers by favouring shippers, it only does so to the extent of providing claimants with the option of instituting proceedings in a Canadian forum. It does not require them to litigate in Canada, nor does it state that foreign exclusive jurisdiction clauses are null and void or of no effect when there is a specified Canadian connection.

Three principal considerations favoured a Canadian court treating the English judgments as relevant in a *forum non conveniens* analysis: international comity, the avoidance of parallel proceedings on the same matter, and problems of recognition in the event that the parallel proceedings produce different results. The Supreme Court of Canada authoritatively stated in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)* the approach of Canadian law to comity in the context of identifying the more convenient forum. The question herein was whether the English courts had "departed from our own test of *forum non conveniens* to such an extent as to justify our courts in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court." A Canadian court could normally be expected to have reached the same conclusion as the English courts, i.e. if the applicable law of the contract had

si le paragraphe 46(1) avait pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire que possède la Cour d'accorder une suspension d'instance en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* lorsque celle-ci n'est pas le tribunal le plus approprié (*forum non conveniens*); et, s'il n'a pas cet effet, 2) quelle était la force probante que la Cour devait accorder dans son analyse du principe *forum non conveniens* à la clause d'élection de for des parties et aux jugements reconnaissant la compétence de la Haute Cour.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le paragraphe 46(1) supprime le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner la suspension de l'instance pour le seul motif que les parties ont choisi d'attribuer une compétence exclusive à un for situé à l'extérieur du Canada. Cependant, il ne supprime pas expressément son large pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 50(1) de *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre une instance qui relève de sa compétence lorsque « la demande est en instance devant un autre tribunal » ou « l'intérêt de la justice » exige la suspension de l'instance. Il confirme tout simplement la compétence de la Cour en précisant que les réclamants qui répondent à une des trois conditions de rattachement qu'il contient peuvent présenter leur créance au Canada, même en présence d'une clause contractuelle attributive de compétence exclusive à un for étranger.

Bien que le paragraphe 46(1) ait pour objet de remédier à un déséquilibre apparent entre le pouvoir des propriétaires de navire et celui des chargeurs en favorisant ces derniers, il compense ce déséquilibre en donnant uniquement aux réclamants la possibilité d'intenter une action devant un for canadien. Il n'oblige pas les réclamants à faire valoir leur créance au Canada et il n'énonce pas que les clauses attributives de compétence exclusive à un tribunal étranger sont nulles et dépourvues d'effet lorsqu'il existe avec le Canada un lien prévu par la loi.

Trois considérations principales incitaient un tribunal canadien à estimer que les jugements anglais constituaient un facteur dont il convenait de tenir compte dans l'application du principe *forum non conveniens* : les règles de la courtoisie internationale, le souci d'éviter des instances parallèles portant sur la même question et les problèmes de reconnaissance des jugements dans le cas où les instances parallèles entraîneraient des résultats différents. La Cour suprême du Canada a exposé de façon définitive la conception canadienne de la courtoisie internationale lorsqu'il s'agit de rechercher le tribunal approprié dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*. En l'espèce, il s'agissait de savoir si les tribunaux anglais « [auraient] dérogé à tel point à notre propre critère de *forum non conveniens*, que nos tribunaux seraient autorisés à refuser

been Canadian, a court in Canada would, in the absence of strong reasons, have given effect to an exclusive jurisdiction clause in the contract, in the interests of commercial certainty and on the basis of the principle of party autonomy in determining the terms of the contract.

The shippers, the consignees, the goods, and the ports of loading and discharge had no connection to Canada. While section 46 preserves the jurisdiction of Canadian courts in proceedings brought by foreign shippers and consignees, it does not follow that, in deciding whether to exercise its jurisdiction, a court should depart from its normal practice of affording respect to foreign judgments. Given the dominant role being played in the litigation herein by the Canadian insurers, it did not frustrate Parliament's purpose (the protection of the interests of Canadian exporters and importers) to take the English judgments into account in the course of determining the more convenient forum. Section 46 did not oust the principles of international comity set out in *Amchem Products*. Weight could therefore be given to the English judgments asserting their jurisdiction in order to determine if, compared to the High Court in London, the Federal Court was *forum non conveniens*. For similar reasons, to give weight to the parties' choice of forum in this case was not inconsistent with the policy underlying section 46, especially in light of the fact that this case did not involve Canadian shippers or Canadian goods, but a claim subrogated to Canadian shippers in respect of foreign shippers and foreign goods. If Parliament had intended to invalidate exclusive jurisdiction clauses for all purposes, it could have declared them to be void or of no effect.

The factors relevant to a *forum non conveniens* inquiry are set out by the Supreme Court in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.* The factors connecting the dispute herein to Canada were minor, whereas those connecting it with England were cumulatively much more significant. (1) The English judgments implicated the principle of comity, raised the possibility of parallel proceedings, and made the recognition in England of a judgment by the Federal Court potentially problematic. (2) Taking into account the parties' choice of the High Court in London as the exclusive forum respects the principle of freedom of contract, promotes commercial certainty, and does not frustrate the policy objectives of section 46. (3) It is generally more convenient to litigate in a forum in the jurisdiction whose law governs the dispute. (4) The appellant OT Africa Line Ltd.'s head office

de respecter la compétence que [se sont attribués] le[s] tribuna[ux] étranger[s] ». On pourrait normalement s'attendre à ce qu'un tribunal canadien en arrive à la même conclusion qu'un tribunal anglais; c'est-à-dire que si le droit applicable au contrat était le droit canadien, un tribunal canadien donnerait, en l'absence de motifs impérieux, effet à la clause d'un contrat attribuant une compétence exclusive pour favoriser la sécurité des relations commerciales et respecter le principe de la liberté contractuelle.

Les chargeurs, les consignataires, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement n'avaient aucun lien avec le Canada. Bien que l'article 46 confirme la compétence des tribunaux canadiens à l'égard des poursuites instituées par des chargeurs et des consignataires étrangers, cela ne veut pas dire qu'un tribunal appelé à exercer sa compétence doit s'écarter de sa pratique normale constituant à donner effet aux jugements étrangers. Vu le rôle dominant qu'ont joué les assureurs canadiens des marchandises dans le litige, il n'était pas contraire à l'intention du législateur (de protéger les intérêts des exportateurs et des importateurs canadiens) de tenir compte des jugements étrangers pour choisir le tribunal approprié. L'article 46 n'a pas écarté les règles de la courtoisie internationale exposées dans l'arrêt *Amchem Products*. Il convenait donc d'accorder une force probante aux jugements confirmant la compétence des tribunaux anglais pour décider si la Cour fédérale et non la Haute Cour de Londres était le tribunal approprié. Pour des raisons semblables, il n'était pas incompatible avec la politique qui sous-tend l'article 46 de tenir compte de l'élection de for effectuée par les parties, notamment parce que la présente affaire ne concernait pas des chargeurs canadiens ou des marchandises canadiennes, mais des assureurs canadiens qui ont acquis par subrogation une créance concernant des chargeurs étrangers et des marchandises étrangères. Si le législateur avait eu l'intention d'invalider les clauses attributives de compétence exclusive dans tous les cas, il aurait pu les déclarer nulles et sans effet.

Les facteurs de rattachement applicables au principe *forum non conveniens* ont été exposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.* Les facteurs de rattachement du litige au Canada étaient faibles, alors que ceux qui les rattachaient à l'Angleterre étaient, collectivement, beaucoup plus forts. 1) Les jugements anglais mettaient en jeu les règles de la courtoisie, soulevaient la possibilité d'instances parallèles et rendaient quelque peu problématique la reconnaissance en Angleterre d'un jugement prononcé par la Cour fédérale. 2) Tenir compte du fait que les parties ont choisi la Haute Cour de Londres comme for exclusif respecte le principe de la liberté contractuelle, favorise la certitude dans les relations commerciales et ne va pas à l'encontre de l'objet de l'article 46. 3) Il est en général plus pratique de plaider devant un tribunal du pays dont le

is in London, where it keeps its corporate records, books and accounts, and where one potential witness resides. For these reasons, the Federal Court is a less convenient forum and the respondents' action was stayed on the condition that the appellants pursue without delay their proceeding in the English High Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).
Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991, s. 11(2).
Civil Procedure Rules 1998, S.I. 1998/3132, Rule 11.
Contracts (Applicable Law) Act 1990 (U.K.), 1990, c. 36.
Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/ECC), Art. 3, 4.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(1) (as am. *idem*, s. 46).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, ss. 44, 46, Sch. 4.
Maritime Transport Act 1994 (N.Z.), 1994/104, s. 210(1).
United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978, concluded at Hamburg on 31 March, 1978, 1695 U.N.T.S. 3 (Hamburg Rules) [S.C. 2001, c. 6, Sch. 4], Art. 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A., [1998] 3 F.C. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; 39 W.A.C. 1; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 297 N.R. 83; 2002 SCC 78.

DISTINGUISHED:

Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 SCC 27; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220; (2002), 297 N.R. 151; 2002 FCA 479.

droit régit le litige. 4) OT Africa Line Ltd., un des appelants, a son siège social à Londres, et c'est là qu'elle conserve les registres, les livres et les comptes de la société, et où un témoin éventuel demeure. Pour les motifs susmentionnés, la Cour fédérale est un tribunal moins approprié que la Haute Cour de Londres, et l'action des intimées a été suspendue à condition que les appelants poursuivent, sans délai, leur instance devant la Haute Cour d'Angleterre.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).
Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991, art. 11(2).
Civil Procedure Rules 1998, S.I. 1998/3132, règle 11.
Contracts (Applicable Law) Act 1990 (U.K.), 1990, ch. 36.
Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, conclue à Hambourg le 31 mars 1978, 1695 R.T.N.U. 3 (Règles de Hambourg) [L.C. 2001, ch. 6, ann. 4], art. 21.
Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE), art. 3, 4.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 44, 46, ann. 4.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50(1) (mod., *idem*, art. 46).
Maritime Transport Act 1994 (N.Z.), 1994/104, art. 210(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A., [1998] 3 C.F. 418 (C.A.); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., [2003] 1 R.C.S. 450; 2003 CSC 27; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220; 2002 CAF 479.

CONSIDERED:

OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors, [2004] EWHC 2441 (Comm.); *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*, [2005] EWCA Civ 710; *Dongnam Oil & Fats Co. v. Chemex Ltd.* (2004), 264 F.T.R. 264; 2004 FC 1732.

REFERRED TO:

Ford Aquitaine Industries SAS v. Canmar Pride (The), [2005] 4 F.C.R. 441; (2005), 271 F.T.R. 224; 2005 FC 431; *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498; 122 B.C.A.C. 18; 67 B.C.L.R. (3d) 278; 34 C.P.C. (4th) 1; 1999 BCCA 243.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport and Government Operations. *Evidence*, 1st Session, 37th Parliament (27 March 2001).
 Force, Robert and Martin Davies. "Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts" in *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, 4.
House of Commons Debates, No. 058, 1st Session, 37th Parliament (9 May 2001).
 Talpis, Jeffrey A. and Shelley L. Kath. "The Exceptional as Commonplace in Québec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point" (2000), 34 *R.J.T.* 761.
 Tetley, William. "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea" in *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, 24.

APPEAL from a decision of a Judge of the Federal Court ([2005] 2 F.C.R. 236; (2004), 264 F.T.R. 1; 2004 FC 1165) affirming the decision of a Prothonotary (*Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd.*, 2003 FC 1513) dismissing the appellants' motion to stay the respondents' action for damages for the partial loss of cargo carried by water. Appeal allowed.

APPEARANCES:

C. William Hourigan for appellants.
Marc D. Isaacs for respondents.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors, [2004] EWHC 2441 (Comm.); *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*, [2005] EWCA Civ 710; *Dongnam Oil & Fats Co. c. Chemex Ltd.*, 2004 CF 1732.

DÉCISIONS CITÉES :

Ford Aquitaine Industries SAS c. Canmar Pride (Le), [2005] 4 R.C.F. 441; 2005 CF 431; *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498; 122 B.C.A.C. 18; 67 B.C.L.R. (3d) 278; 34 C.P.C. (4th) 1; 1999 BCCA 243.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales. *Témoignages*, 1^{re} session, 37^e législature (27 mars 2001).
Débats de la Chambre des communes, n° 058, 1^{re} session, 37^e législature (9 mai 2001).
 Force, Robert et Martin Davies. « Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts » dans *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law : Essays in Honor of Robert Force*. La Haye : Kluwer Law International, 2005, 4.
 Talpis, Jeffrey A. et Shelley L. Kath. « The Exceptional as Commonplace in Québec *Forum Non Conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point » (2000), 34 *R.J.T.* 761.
 Tetley, William. « Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea » dans *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law : Essays in Honor of Robert Force*. La Haye : Kluwer Law International, 2005, 24.

APPEL d'une décision d'un juge de la Cour fédérale ([2005] 2 R.C.F. 236; 2004 CF 1165) confirmant la décision de la protonotaire (*Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd.*, 2003 CF 1513) qui rejetait la requête des appelants en suspension de l'action en dommages-intérêts intentée par les intimées en raison de la perte partielle d'un chargement transporté par eau. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

C. William Hourigan pour les appelants.
Marc D. Isaacs pour les intimées.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, for appellants.

Strathy & Associates, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Contracts for the carriage of goods by sea often specify both the exclusive forum for settling disputes between the shipper and the carrier, and the applicable law. The High Court, or an arbitrator, in London is often named as the exclusive forum where any disputes arising from the contract are to be resolved in accordance with English law. The high cost and inconvenience of having to litigate a claim for cargo loss in a foreign forum can deprive Canadian shippers of an effective remedy for a breach of contract by the carrier, and compel the acceptance of a settlement on terms favourable to the carrier.

[2] In 2001, Parliament addressed this issue by enacting subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6:

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

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

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

(c) the contract was made in Canada.

[3] This is an appeal by carriers from an order of a Judge of the Federal Court affirming the decision of a

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, pour les appelants.

Strathy & Associates, Toronto, pour les intimées.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Les contrats de transport de marchandises par mer précisent souvent le tribunal qui aura compétence exclusive pour trancher les différends entre l'expéditeur et le transporteur ainsi que le droit applicable. La Haute Cour ou un arbitre, de Londres, est souvent désignée comme étant le for exclusif lorsque les différends découlant du contrat doivent être résolus selon le droit anglais. L'obligation d'intenter une poursuite devant un tribunal étranger pour faire valoir une créance découlant de la perte de marchandises occasionne aux expéditeurs canadiens des coûts élevés et des complications et risque de les priver d'un recours efficace en cas de rupture de contrat de la part des transporteurs et de les inciter à accepter un règlement favorable à ces derniers.

[2] En 2001, le législateur a réglé ce problème en adoptant le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 :

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

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

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

c) le contrat a été conclu au Canada.

[3] Dans la présente affaire, les transporteurs interjetent appel d'une ordonnance du juge de la Cour

Prothonotary to dismiss their motion to stay an action by shippers for damages for the partial loss of cargo. The Prothonotary's reasons are reported as *Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd.*, 2003 FC 1513, and the Judge's as *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2005] 2 F.C.R. 236 (F.C.).

[4] The appeal is about whether the dispute over the alleged cargo loss should be resolved in the High Court in London, as the contract provides, or in the Federal Court, which has jurisdiction by virtue of subsection 46(1). It requires a consideration of two questions. First, to what extent has subsection 46(1) modified private international law principles regarding the Court's discretion to decline to exercise its jurisdiction on the ground that another forum is more appropriate? Second, in making that determination, must the Court take into account foreign judgments and contractual foreign exclusive forum clauses?

B. BACKGROUND

[5] Following the commencement of the shippers' action in the Federal Court, the carriers sought, and obtained, from the High Court in London an anti-suit injunction to restrain the shippers from litigating their claim in Canada, or elsewhere, in breach of the clause in the contract specifying the High Court in London as the exclusive forum. Armed with the English judgment, the carriers brought the motion in the Federal Court to stay the shippers' action.

[6] The appellants are OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, and the owners, charterers and others interested in the two ships that carried the cargo from New York to Monrovia, Liberia, via Le Havre where it was transhipped. OT Africa Line Ltd., has its head office in London and other offices around the world, including a branch office in Toronto where it conducts its business through the agency services of Seabridge International Shipping Inc. I shall refer to the appellants as "the carriers."

fédérale confirmant la décision de la protonotaire qui rejetait leur requête en suspension de l'action en dommages-intérêts intentée par des chargeurs en raison de la perte partielle d'un chargement. Les motifs de la protonotaire sont publiés sous l'intitulé *Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd.*, 2003 CF 1513, et ceux du juge sous l'intitulé *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2005] 2 R.C.F. 236 (C.F.).

[4] L'appel porte sur la question de savoir si le différend concernant la perte de marchandises alléguée doit être tranché par la Haute Cour de Londres, comme le prévoit le contrat, ou par la Cour fédérale, qui a compétence sur ce litige en vertu du paragraphe 46(1). Il y a lieu d'examiner deux questions. Premièrement, dans quelle mesure le paragraphe 46(1) a-t-il modifié les principes de droit international privé concernant le pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'exercer sa compétence pour le motif qu'un autre tribunal est plus approprié? Deuxièmement, la Cour est-elle tenue de se prononcer sur cette question en tenant compte des jugements étrangers et des clauses contractuelles attributives de compétence exclusive à un tribunal étranger?

B. LE CONTEXTE

[5] Après l'institution de l'action par les chargeurs devant la Cour fédérale, les transporteurs ont demandé et obtenu de la Haute Cour de Londres une injonction interdisant les poursuites en vue d'empêcher les expéditeurs de faire valoir leur créance au Canada, ou dans un autre pays, en violation de la clause du contrat qui désigne la Haute Cour de Londres comme for exclusif. Armés du jugement anglais, les transporteurs ont présenté à la Cour fédérale une requête en suspension de l'action des expéditeurs.

[6] Les appelants sont OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, ainsi que les propriétaires, affrêteurs et toutes les personnes ayant un droit sur les deux navires qui ont transporté le chargement de New York à Monrovia (Liberia) via Le Havre, où il a été transbordé. OT Africa Line Ltd. a son siège social à Londres et des bureaux dans différents pays, notamment une succursale à Toronto où elle exerce ses activités par le truchement de l'agence Seabridge International Shipping Inc. Je désignerai les appelants comme « les transporteurs ».

[7] The respondents to the appeal are Magic Sportswear Corporation, a Delaware corporation, carrying on business in New York, and Blue Banana, a Liberian company, carrying on business in Monrovia. They are the shipper and consignee, respectively, of the allegedly lost cargo and are the plaintiffs in an action in the Federal Court against the carriers to recover damages for the loss. I shall refer to the respondents collectively as “the shippers.”

[8] The alleged loss was discovered and investigated after the ship carrying the goods arrived in Monrovia. The litigation is being pursued at the instigation of the insurers of the cargo who, having paid under the policy on a claim by the consignee, are exercising their right of subrogation to the rights of the shippers.

[9] Like the shippers, the goods have no connection with Canada. However, the insurers of the cargo are based in Toronto, where the bill of lading evidencing the contract for the carriage of the goods was issued on February 5, 2002, and where the ocean freight was payable to OT Africa Line Ltd.

[10] The clause of the conditions to the bill of lading relevant to this appeal provides:

25. LAW AND JURISDICTION

(1) Any claim or dispute whatsoever arising in connection with the carriage under the Bill of Lading shall exclusively be governed by English law and determined by the High Court in London.

(2) In the event that anything herein contained is inconsistent with any applicable international convention or national law which cannot be departed for private contract the provisions hereof shall to the extent of such inconsistency but no further be null and void.

[11] The chronology of the principal events in the protracted history of this litigation is as follows:

- August 1, 2003: the shippers commenced an action in the Federal Court against the carriers, claiming \$30,000

[7] Les intimées en appel sont Magic Sportswear Corporation, une société du Delaware, qui exploite son entreprise à New York, et Blue Banana, une société libérienne, qui exerce ses activités à Monrovia. Ces sociétés sont le chargeur et le consignataire, respectivement, du chargement dont la perte est alléguée, et elles sont demanderesses dans l’action introduite devant la Cour fédérale contre les transporteurs en vue d’obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi. Je désignerai l’ensemble des intimées par le vocable « les chargeurs ».

[8] La perte alléguée a été constatée et fait l’objet d’une enquête après que le navire transportant les marchandises soit arrivé à Monrovia. L’action a été intentée à l’instigation des assureurs des marchandises qui ont versé la somme réclamée par le consignataire aux termes de la police d’assurance et qui exercent leur droit de subrogation dans les droits des chargeurs.

[9] Tout comme les chargeurs, les marchandises n’ont aucun lien avec le Canada. Les assureurs du chargement exercent cependant leurs activités à Toronto, lieu où le connaissement constatant le contrat de transport des marchandises a été délivré le 5 février 2002 et où le fret maritime était payable à OT Africa Line Ltd.

[10] La clause du connaissement contenant les conditions pertinentes au présent appel énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

25. DROIT ET COMPÉTENCE

1) Tout différend qui s’élèverait entre les parties relativement à l’exécution du connaissement ressortit exclusivement au droit anglais et à la Haute Cour de Londres.

2) Toute stipulation du présent contrat qui serait incompatible avec une convention internationale ou une loi nationale applicables auxquelles il ne peut être dérogé par contrat privé est nulle et de nul effet dans la seule mesure de cette incompatibilité.

[11] Voici la chronologie des principaux événements qui ont marqué la longue histoire de ce litige :

- 1^{er} août 2003 : les chargeurs introduisent une action devant la Cour fédérale contre les transporteurs et

for breach of contract for the partial loss of the cargo;

- August 15, 2003: notice of the shippers' action was served on the Toronto office of OT Africa Line Ltd.;

- September 3, 2003: the carriers commenced proceedings in London claiming: (i) damages against the shippers for commencing an action in the Federal Court in breach of clause 25 of the conditions to the bill of lading; (ii) damages from the cargo insurers for inducing the breach of contract; (iii) an anti-suit injunction against the shippers and their insurers to restrain them from breaching clause 25 by pursuing their action in the Federal Court, and from commencing any other proceedings for the alleged cargo loss anywhere other than in London; and (iv) a declaration that the carriers were not liable for the alleged partial loss of the cargo;

- September 8, 2003: the carriers obtained an interim anti-suit injunction from Gross J., a Judge of the High Court in London, on an *ex parte* motion of which the shippers had short notice;

- September 9, 2003: the carriers filed a motion in the Federal Court to stay the shippers' action against them;

- October 28, 2003: at the instance of their insurers, the shippers filed an acknowledgement of service indicating their intention to contest the jurisdiction of the High Court, but subsequently made no jurisdiction application;

- December 15, 2003: Prothonotary Milczynski of the Federal Court issued an oral order dismissing the carriers' motion for an order staying the shippers' action against them in the Federal Court for damages for the partial loss of the cargo. Written reasons were issued on December 22, 2003;

réclament 30 000 \$ pour rupture de contrat en raison de la perte partielle du chargement;

- 15 août 2003 : l'avis de l'action des chargeurs est signifié au bureau de Toronto de la OT Africa Line Ltd.;

- 3 septembre 2003 : les transporteurs introduisent une instance à Londres dans laquelle ils demandent : i) des dommages-intérêts contre les chargeurs parce qu'ils ont introduit une action devant la Cour fédérale en violation de la clause 25 des conditions du connaissement; ii) des dommages-intérêts contre les assureurs du chargement pour incitation à rupture de contrat; iii) une injonction interdisant les poursuites engagées par les chargeurs et leurs assureurs pour leur interdire de violer la clause 25 en intentant leur action devant la Cour fédérale et d'introduire une autre instance pour la prétendue perte de marchandises dans un autre lieu que Londres; et iv) un jugement déclarant que les transporteurs ne sont pas responsables de la perte partielle des marchandises, alléguée par les chargeurs;

- 8 septembre 2003 : les transporteurs obtiennent du juge Gross, un juge de la Haute Cour de Londres, une injonction provisoire interdisant les poursuites dans le cadre d'une requête *ex parte*, dont les chargeurs n'ont été informés que peu de temps avant son instruction;

- 9 septembre 2003 : les transporteurs déposent une requête devant la Cour fédérale pour obtenir la suspension de l'action introduite contre eux par les chargeurs;

- 28 octobre 2003 : à la demande de leurs assureurs, les chargeurs déposent un accusé de réception de la signification dans lequel ils font part de leur intention de contester la compétence de la Haute Cour mais ils ne présentent pas, par la suite, de déclinatoire de compétence;

- 15 décembre 2003 : la protonotaire Milczynski de la Cour fédérale prononce à l'audience une ordonnance dans laquelle elle rejette la requête présentée par les transporteurs en vue d'obtenir une ordonnance suspendant l'action des chargeurs instituée contre eux devant la Cour fédérale en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte partielle de marchandises. Les motifs écrits sont rendus le 22 décembre 2003;

- April 5, 2004: Cooke J. of the English High Court gave the carriers leave to join the shippers' insurers as parties to the English proceedings, to serve them in Canada, and to amend the claim accordingly;
 - August 23, 2004: O'Keefe J. of the Federal Court dismissed the carriers' appeal from the order of the Prothonotary refusing the stay;
 - November 3, 2004: an anti-suit injunction against the shippers was issued by Langley J., a Judge of the Commercial Court of the High Court in London. His reasons are reported at [2004] EWHC 2441 (Comm.) [*OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*];
 - June 13, 2005: the English Court of Appeal dismissed the shippers' appeal from the issue of the anti-suit injunction. The Court's reasons are reported at [2005] EWCA 710 [*OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*];
 - June 15, 2005: the carriers' appeal to this Court from the order of O'Keefe J. was adjourned pending the disposition of the shippers' petition to the House of Lords for leave to appeal the order of the English Court of Appeal upholding the anti-suit injunction;
 - December 9, 2005: the House of Lords dismissed the petition for leave to appeal; and
 - June 21, 2006: this Court heard the carriers' appeal.
- 5 avril 2004 : le juge Cooke de la Haute Cour d'Angleterre autorise les transporteurs à mettre en cause à titre de parties à l'instance anglaise les assureurs des chargeurs, à leur signifier les documents au Canada et à modifier leur demande en conséquence;
 - 23 août 2004 : le juge O'Keefe de la Cour fédérale rejette l'appel interjeté par les transporteurs à l'égard de l'ordonnance de la protonotaire qui refusait la suspension de l'instance;
 - 3 novembre 2004 : le juge Langley, un juge de la Chambre commerciale de la Haute Cour de Londres, délivre une injonction interdisant les poursuites contre les chargeurs. Ces motifs sont publiés à [2004] EWHC 2441 (Comm.) [*OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*];
 - 13 juin 2005 : la Cour d'appel anglaise rejette l'appel des chargeurs contre l'injonction interdisant les poursuites. Les motifs de la Cour d'appel sont publiés à [2005] EWCA 710 [*OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corporation & Ors*];
 - 15 juin 2005 : l'appel interjeté par les transporteurs devant la Cour à l'encontre de l'ordonnance du juge O'Keefe est ajourné en attendant la décision relative à la requête présentée par les chargeurs à la Chambre des Lords en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Angleterre confirmant l'injonction interdisant les poursuites;
 - 9 décembre 2005 : la Chambre des Lords rejette la requête en autorisation d'appel;
 - 21 juin 2006 : la Cour entend l'appel des transporteurs.

C. THE ISSUES AND THE PARTIES' POSITIONS

[12] Although the shippers are seeking a relatively small amount in damages for the cargo loss, the case raises issues of principle potentially affecting hundreds of similar claims. The question in dispute concerns the appropriate forum for litigating the claim and involves a conflict of laws.

C. LES QUESTIONS EN LITIGE ET LES POSITIONS DES PARTIES

[12] Les chargeurs réclament des dommages-intérêts d'un montant relativement modeste pour la perte du chargement, mais cette affaire soulève des questions de principe susceptibles de toucher des centaines de demandes semblables. La question en litige porte sur le choix du tribunal approprié pour entendre la demande et sur un conflit de lois.

[13] English law, the proper law of the contract in this case, regards the parties' contractual choice of forum as virtually conclusive. In contrast, subsection 46(1) permits a party to institute proceedings in Canada for breach of contract, despite the presence of a clause nominating a foreign court as the exclusive forum for the resolution of disputes under the contract, provided that the claimant establishes that the parties or the contract have one of the statutorily specified connections to Canada.

[14] In the present case, subsection 46(1) confers jurisdiction on the Federal Court over the shippers' claim against the carriers because the contract was made in Canada and the carriers have a place of business in Canada. The appeal raises two issues concerning the exercise of that jurisdiction.

[15] First, does subsection 46(1) remove the discretion of the Federal Court and the Federal Court of Appeal to grant a stay pursuant to subsection 50(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], even if another jurisdiction is a more convenient forum (the *forum non conveniens* doctrine) than Canada? The carriers say that it does not, while the shippers say that it does.

[16] As relevant to this appeal, the *Federal Courts Act* provides as follows:

50. (1) The Federal Court of Appeal or the Federal Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[17] Second, if subsection 46(1) does not deprive the Court of its discretion to stay proceedings when it is the less convenient forum, what weight, if any, should the Court give in its *forum non conveniens* analysis to the parties' contractual choice of forum and to the judgments asserting the jurisdiction of the English High

[13] Le droit anglais, le droit applicable au contrat en l'espèce, considère que la clause contractuelle d'élection de for adoptée par les parties a un effet pratiquement déterminant. Par contre, le paragraphe 46(1) autorise une partie à intenter une action au Canada pour rupture de contrat, malgré la présence d'une clause attribuant la compétence exclusive en matière de règlement des différends découlant du contrat à un tribunal étranger, pourvu que le réclamant démontre que les parties ou le contrat ont avec le Canada un des liens prévus par la loi.

[14] En l'espèce, le paragraphe 46(1) attribue à la Cour fédérale compétence à l'égard des créances des chargeurs contre les transporteurs lorsque le contrat a été conclu au Canada et que les transporteurs ont un établissement au Canada. L'appel soulève deux questions concernant l'exercice de cette compétence.

[15] Premièrement, le paragraphe 46(1) a-t-il pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire que possèdent la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale d'accorder une suspension d'instance aux termes du paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], même dans le cas où un autre tribunal est plus approprié (notion de *forum non conveniens*) que le tribunal canadien? Les transporteurs affirment que ce n'est pas le cas, et les chargeurs affirment que c'est le cas.

[16] La *Loi sur les Cours fédérales* contient la disposition suivante qui se rapporte au présent appel :

50. (1) La Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

[17] Deuxièmement, si le paragraphe 46(1) n'a pas pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire de la Cour de suspendre l'instance lorsqu'elle est un tribunal moins approprié, quelle est la force probante que la Cour doit accorder, le cas échéant, dans son analyse du principe *forum non conveniens*, à la clause d'élection de

Court over the dispute by virtue of the exclusive jurisdiction clause?

[18] The carriers say that the principles of comity and freedom of contract, commercial certainty, and the desirability of avoiding parallel proceedings in Canada and England, require that these factors be afforded considerable weight. The shippers, on the other hand, say that to give the exclusive jurisdiction clause and the English judgments any weight would defeat the purpose of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* by depriving them of their statutory right to litigate in Canada, despite the foreign exclusive jurisdiction clause in the contract.

[19] For the reasons which follow, I am of the opinion that the carriers are right and that the shippers' action in the Federal Court should be stayed. Accordingly, I would allow the carriers' appeal.

D. ANALYSIS

Issue 1: Standard of review

[20] The bases upon which this Court may set aside a decision of the Federal Court respecting a motion for a stay were clearly articulated by Décary J.A. in *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), at paragraph 12:

In reviewing a discretionary decision of a motions judge upon an application to stay proceedings on the basis of a jurisdiction clause, a court of appeal must uphold the decision unless it was arrived at on a wrong basis or was plainly a wrong decision (see *Seapearl [Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile]*, [1982] 2 F.C. 161 (C.A.), at page 176, Pratte J.A.). A similar standard of review is to be applied by a motions judge in an appeal from a prothonotary's order of this kind (see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at page 454). This Court may therefore interfere only if the Motions Judge had no grounds to interfere with the Prothonotary's decision or, in the event such grounds existed,

for des parties et aux jugements reconnaissant la compétence de la Haute Cour d'Angleterre sur le litige en vertu de la clause lui attribuant une compétence exclusive?

[18] Les transporteurs affirment que les règles de la courtoisie internationale et la liberté contractuelle, la sécurité des relations commerciales et le souci d'éviter des instances parallèles se déroulant au Canada et en Angleterre exigent que la Cour accorde à ces facteurs une force probante considérable. Les chargeurs affirment, de leur côté, qu'attribuer une force probante à la clause attributive de compétence exclusive et aux jugements anglais irait à l'encontre de l'objet du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* en les privant de leur droit légal d'ester en justice au Canada, malgré l'existence d'une clause contractuelle attribuant une compétence exclusive à un tribunal étranger.

[19] Pour les motifs qui suivent, j'estime que les transporteurs ont raison et qu'il y a lieu de suspendre l'action intentée par les chargeurs devant la Cour fédérale. Je serais donc d'avis de faire droit à l'appel des transporteurs.

D. ANALYSE

Question en litige 1 : La norme de contrôle

[20] Le juge Décary a clairement exposé, au paragraphe 12 de l'arrêt *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), les motifs permettant à la Cour d'annuler une décision de la Cour fédérale à l'égard d'une requête en suspension :

Une Cour d'appel chargée de contrôler la décision discrétionnaire d'un juge des requêtes dans le cadre d'une demande de suspension des procédures fondée sur une clause attributive de compétence doit confirmer la décision à moins qu'elle soit mal fondée ou manifestement erronée (voir *Seapearl [Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)]*, [1982] 2 C.F. 161 (C.A.), à la page 1767, le juge Pratte). Une norme de contrôle semblable doit être appliquée par un juge des requêtes en appel d'une ordonnance de cette nature rendue par un prothonotaire (voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), à la page 454). La présente Cour ne peut donc intervenir que si le juge des requêtes n'avait aucun

if her own decision was arrived at on a wrong basis or was plainly a wrong decision.

[21] In the present case, the issues raised on appeal are questions of law. The first question of law is whether subsection 46(1) removes the Court's discretion to decline to exercise its jurisdiction on the ground that it is not the more convenient forum. If the subsection does not remove the Court's discretion to order a stay, a second question of law arises, namely, whether any weight should be given to the exclusive jurisdiction clause and to the English judgments asserting jurisdiction over the dispute.

[22] If the Court below was wrong on either of these issues, it exercised its discretion on a wrong basis, and this Court is warranted in setting aside the order and substituting its own.

Issue 2: Does subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* remove the Court's jurisdiction under section 50 of the *Federal Courts Act* to stay the shippers' proceeding in the Federal Court if it is *forum non conveniens*?

[23] For convenience, I set out again subsection 46(1), which lies at the heart of this appeal.

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

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

motif de modifier la décision du protonotaire ou, advenant l'existence de tels motifs, si sa propre décision était mal fondée ou qu'elle était manifestement erronée.

[21] En l'espèce, les questions soulevées en appel sont des questions de droit. La première question de droit est celle de savoir si le paragraphe 46(1) a pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'exercer sa compétence pour le motif qu'elle n'est pas le tribunal approprié. Si ce paragraphe n'a pas pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner une suspension d'instance, il se pose alors une seconde question de droit, à savoir : y a-t-il lieu d'accorder une force probante à la clause attributive de compétence exclusive et aux jugements dans lesquels les tribunaux anglais affirment leur compétence à l'égard du litige?

[22] Si la Cour fédérale a commis une erreur sur une de ces deux questions, elle a alors exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée et la Cour est fondée à annuler l'ordonnance et à lui substituer sa propre ordonnance.

Question en litige 2 : Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* a-t-il pour effet de supprimer la compétence que possède la Cour aux termes de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre l'instance instituée par les chargeurs devant la Cour fédérale si ce tribunal n'est pas approprié?

[23] Pour la commodité du lecteur, je reproduis à nouveau le paragraphe 46(1), qui se trouve au cœur du présent appel.

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

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

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

(c) the contract was made in Canada.

[24] It is common ground that this provision confers jurisdiction on the Federal Court over the shippers' claim in this case. First, the Hamburg Rules (the *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, 31 March 1978, 1695 U.N.T.S. 3 [S.C. 2001, c. 6, Sch. 4], which came into effect internationally on November 1, 1993, when 20 countries ratified or acceded to them, do not apply, and the contract directs the adjudication of claims arising under it to a court outside Canada. Second, two of the statutory factors connecting the dispute with Canada are satisfied: the defendant to the claim, OT Africa Line Ltd., has a place of business in Canada (paragraph 46(1)(b)), and the contract for the carriage of goods was made in Canada (paragraph 46(1)(c)). Third, the Federal Court would be competent to determine the claim if the contract had referred it to Canada.

[25] The shippers argue that subsection 46(1) not only confers jurisdiction on the Federal Court over the dispute, but also directs the Court to exercise its jurisdiction, without considering whether it, or the High Court in London, is the more convenient forum for litigating it. Accordingly, they say, the Federal Court was wrong to decide otherwise. I disagree for the following three reasons.

[26] First, subsection 46(1) does not state that, once one of the jurisdictional criteria in subsection 46(1) is present, the court in which the claimant has elected to proceed must exercise its jurisdiction. The subsection merely provides that, when it applies, a claimant may institute proceedings in a court in Canada that would have jurisdiction if the contract had referred the claim to Canada. It gives no directive to the court in Canada in which the claimant elects to proceed respecting that court's exercise of its jurisdiction.

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

c) le contrat a été conclu au Canada.

[24] Il est reconnu par les parties que cette disposition attribuée à la Cour fédérale compétence à l'égard de la demande présentée par les chargeurs dans la présente affaire. Premièrement, les Règles de Hambourg (*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978*, 31 mars 1978, 1695 R.T.N.U. 3 [L.C. 2001, ch. 6, ann. 4]), qui sont entrées en vigueur sur le plan international le 1^{er} novembre 1993 parce que 20 pays les avaient ratifiées ou y avaient adhéré, ne s'appliquent pas, et le contrat confie à un tribunal non canadien le pouvoir de trancher les demandes découlant du contrat. Deuxièmement, deux des facteurs légaux établissant un lien avec le Canada sont remplis : la défenderesse visée par la demande, OT Africa Line Ltd., a un établissement au Canada (alinéa 46(1)b)), et le contrat de transport des marchandises a été conclu au Canada (alinéa 46(1)c)). Troisièmement, la Cour fédérale aurait le pouvoir d'entendre la demande si le contrat avait prévu le renvoi de la demande au Canada.

[25] Les chargeurs soutiennent que le paragraphe 46(1) a non seulement pour effet d'attribuer compétence à la Cour fédérale à l'égard du litige, mais aussi celui d'ordonner à la Cour d'exercer sa compétence, sans qu'elle soit tenue d'examiner si c'est elle ou la Haute Cour de Londres qui est le tribunal le plus approprié. Par conséquent, affirment-ils, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a pris une décision contraire. Je ne peux souscrire à cet argument pour les trois motifs qui suivent.

[26] Premièrement, le paragraphe 46(1) n'énonce pas qu'une fois établi l'un des critères attributifs de compétence du paragraphe 46(1), la juridiction devant laquelle le réclamant a choisi d'intenter une action est tenue d'exercer sa compétence. Ce paragraphe prévoit simplement que, lorsqu'il s'applique, le réclamant peut introduire une poursuite devant la juridiction canadienne qui aurait été compétente si le contrat avait prévu le renvoi de la créance au Canada. Il ne fournit aucune directive à la juridiction canadienne que le réclamant a

[27] Second, subsection 46(1) does not expressly remove the broad discretion of the Federal Court and the Federal Court of Appeal under subsection 50(1) of the *Federal Courts Act* to stay a proceeding over which they have jurisdiction, but where “the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction” or a stay “is in the interest of justice”. In my opinion, it requires more specific language than that in section 46 to remove from the courts a power fundamental to their ability to control their own process.

[28] Third, it would produce anomalous results to interpret subsection 46(1) as implicitly removing the Federal Courts’ discretion in deciding to stay on the ground that another court is the more convenient forum.

[29] Suppose, for example, that, in this case, in addition to the English choice of law and exclusive forum clauses, the contract had provided for the carriage of the cargo from New York to London, the bill of lading had been issued in London, and the loss of the cargo was alleged to have occurred in London, where all the witnesses resided.

[30] Since all these connecting factors favour litigating the dispute in a competing forum, England, it would make no sense to require the Federal Court to decide the dispute, simply because it has jurisdiction under subsection 46(1) on the ground that the carrier has an office in Toronto. And, if proceedings had already been commenced in England, to interpret the legislation as precluding a Canadian court from subsequently considering whether it was the less convenient forum would require the court to exclude considerations of international comity.

[31] It would also be odd to conclude that subsection 46(1) requires a court in Canada to decide a dispute because the parties had agreed to a forum outside

saisi de sa demande au sujet de la façon dont elle doit exercer sa compétence.

[27] Deuxièmement, le paragraphe 46(1) ne supprime pas expressément le large pouvoir discrétionnaire que possèdent la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale aux termes du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre une instance qui relève de leur compétence, lorsque « la demande est en instance devant un autre tribunal », ou « l’intérêt de la justice » exige la suspension de l’instance. À mon avis, il faudrait des termes plus clairs que ceux de l’article 46 pour retirer à ces tribunaux un pouvoir essentiel à leur capacité de contrôler leur propre procédure.

[28] Troisièmement, interpréter le paragraphe 46(1) comme s’il avait implicitement pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire des Cours fédérales de prononcer la suspension de l’instance pour le motif qu’il existe un autre tribunal plus approprié entraînerait des résultats étranges.

[29] Supposons, par exemple, que, dans la présente affaire, en plus des clauses relatives au choix du droit anglais et d’élection de for, le contrat prévoyait que les marchandises seraient transportées de New York à Londres, que le connaissement ait été délivré à Londres et que la perte du chargement alléguée soit survenue à Londres, ville où résidaient tous les témoins.

[30] Étant donné que tous ces facteurs de rattachement militent en faveur du renvoi du litige à un tribunal concurrent, en Angleterre, il ne serait pas logique d’obliger la Cour fédérale à trancher le litige, pour la seule raison qu’elle a compétence aux termes du paragraphe 46(1) pour le motif que le transporteur a un bureau à Toronto. De plus, si l’instance avait déjà été introduite en Angleterre, interpréter ces dispositions législatives comme si elles interdisaient à un tribunal canadien d’examiner par la suite la question de savoir s’il est un tribunal non approprié interdirait à ce tribunal de tenir compte des règles de la courtoisie internationale.

[31] Il serait également étrange de conclure que le paragraphe 46(1) oblige un tribunal canadien à trancher un litige parce que les parties ont convenu de confier

Canada, whereas if the contract had contained no exclusive jurisdiction clause, a court in Canada would have declined to exercise jurisdiction on the ground that it was not the more convenient forum.

[32] Counsel for the shippers argues that this Court is bound by precedent deciding that subsection 46(1) not only confers jurisdiction on a court in Canada where a claimant elects to proceed, but also requires the court to exercise it. He relies in particular on the following paragraphs in the reasons of Justice Bastarache when writing for the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraphs 37-38:

Section 46(1) of the *Marine Liability Act*, which entered into force on August 8, 2001, has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b), or (c) are met. This includes where the actual port of loading or discharge is in Canada. In this case, there would be no question that the Federal Court is an appropriate forum to hear the respondents' claim but for the fact that s. 46 does not apply to judicial proceedings commenced prior to its coming into force: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479, at paras. 13-24. Section 46 of the *Marine Liability Act* is therefore irrelevant in this appeal.

Indeed, s. 46(1) would appear to establish that, in select circumstances, Parliament has deemed it appropriate to limit the scope of forum selection clauses by facilitating the litigation in Canada of claims related to the carriage of goods by water having a minimum level of connection to this country. Such a legislative development does not, however, provide support for the fundamental jurisprudential shift made by the Court of Appeal in the case at bar. To the contrary, s. 46(1) indicates Parliament's intent to broaden the jurisdiction of the Federal Court only in very particular instances that can easily be ascertained by a prothonotary called upon to grant a stay of proceedings pursuant to the forum selection clause of a bill of lading. Section 46(1) in no way mandates a prothonotary to consider the merits of the case, an approach in line with the general objectives of certainty and efficiency, which underlie this area of the law.

ledit litige à un tribunal non canadien, alors que si le contrat ne contenait pas de clause attributive de compétence exclusive, le tribunal canadien aurait refusé d'exercer sa compétence pour le motif qu'il n'était pas le tribunal approprié.

[32] L'avocat des chargeurs soutient que la Cour est liée par le précédent qui a établi que le paragraphe 46(1) a non seulement pour effet d'attribuer compétence au tribunal canadien saisi par le réclamant, mais aussi d'obliger le tribunal en question à l'exercer. Il se fonde en particulier sur les paragraphes suivants des motifs du juge Bastarache, parlant au nom de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, aux paragraphes 37 et 38 :

Entré en vigueur le 8 août 2001, le par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l'une ou l'autre des conditions énoncées aux al. 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d'élection de for. Le fait que le port de chargement ou de déchargement effectif est situé au Canada fait partie des conditions énoncées. Dans la présente affaire, nul ne contesterait que la Cour fédérale a compétence pour connaître de la demande des intimées si ce n'était que l'art. 46 ne s'applique pas aux procédures engagées avant son entrée en vigueur : *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2002] A.C.F. n° 1699 (QL), 2002 CAF 479, par. 13-24. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'est donc pas pertinent en l'espèce.

En fait, il semblerait, à la lecture du par. 46(1), que le législateur a jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d'élection de for en facilitant l'instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. Cette mesure législative ne justifie cependant pas le revirement jurisprudenciel fondamental de la Cour d'appel en l'espèce. Au contraire, le par. 46(1) témoigne de l'intention du législateur de n'élargir la compétence de la Cour fédérale que dans des cas bien particuliers que pourra facilement identifier le protonotaire saisi d'une demande de suspension fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissement. Le paragraphe 46(1) n'oblige aucunement le protonotaire à examiner le bien-fondé de l'instance, une démarche conforme aux objectifs généraux de certitude et d'efficacité sous-jacents à ce domaine du droit.

[33] Although the meaning of these passages may not be beyond dispute, I do not agree with counsel's interpretation of them. In my view, Justice Bastarache was saying that, when one of the statutory conditions for jurisdiction is satisfied, subsection 46(1) removes the Court's discretion to stay proceedings solely because of a foreign forum selection clause. Justice Bastarache was thus not addressing the question in our case, namely, whether subsection 46(1) also removes the Court's discretion to order a stay when, taking all relevant considerations into account, it is not the more convenient forum.

[34] I interpret in the same manner the passage in the reasons given for this Court by Nadon J.A. in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220, at paragraph 13 and referred to above by Justice Bastarache.

[35] Counsel for the shippers also suggested that subsection 46(1) would be largely redundant if it was not interpreted as removing the Federal Court's discretion to grant a stay on the ground that it was not the more convenient forum. Again, I do not agree.

[36] First, subsection 46(1) affirms the Court's jurisdiction by specifying that claimants who satisfy one of the three connecting factors set out in paragraphs (a), (b), and (c) may pursue their claim in Canada, despite a contractual foreign exclusive jurisdiction clause. Second, the statutory bases of jurisdiction are simpler to apply than the common law's "real and substantial connection" test for determining whether the Court has jurisdiction over a claim and, arguably, more easily satisfied. Third, it removes the Court's discretion to stay solely on the ground that the parties have selected an exclusive forum outside Canada.

[33] Le sens de ce passage n'est peut-être pas très clair, mais je ne souscris pas à l'interprétation qu'en donne l'avocat des chargeurs. À mon avis, le juge Bastarache a dit que, lorsqu'une des conditions légales d'attribution de compétence est remplie, le paragraphe 46(1) supprime le pouvoir discrétionnaire de la Cour de suspendre l'instance pour l'unique raison qu'il existe une clause d'élection de for étranger. Le juge Bastarache n'examinait donc pas la question qui se pose ici, à savoir : le paragraphe 46(1) supprime-t-il également le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner la suspension de l'instance lorsque, après avoir pris en considération toutes les circonstances de l'espèce, elle ne constitue pas le tribunal approprié.

[34] J'interprète de la même façon le passage des motifs prononcés par le juge Nadon au nom de la Cour dans l'arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220, au paragraphe 13 et mentionné ci-dessus par le juge Bastarache.

[35] L'avocat des chargeurs affirme également que le paragraphe 46(1) n'aurait guère de raison d'être s'il n'était pas interprété de façon à supprimer le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accorder une suspension pour le motif qu'elle ne constitue pas un tribunal approprié. Là encore, je ne peux souscrire à cet argument.

[36] Premièrement, le paragraphe 46(1) confirme la compétence de la Cour en précisant que les réclamants qui répondent à une des trois conditions de rattachement énoncées aux alinéas a), b) et c) peuvent présenter leur créance au Canada, même en présence d'une clause contractuelle attributive de compétence exclusive à un for étranger. Deuxièmement, les fondements légaux de cette compétence sont plus simples à appliquer que la notion de [TRADUCTION] « lien réel et substantiel » de la common law pour décider si la Cour a le pouvoir d'examiner la créance et, peut-on soutenir, sont plus faciles à établir. Troisièmement, cette disposition supprime le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner la suspension de l'instance pour le seul motif que les parties ont choisi d'attribuer une compétence exclusive à un for situé à l'extérieur du Canada.

[37] Accordingly, like the Federal Court Judge, I agree with the Prothonotary's analysis (at paragraph 16 of her reasons) on this issue: see also *Ford Aquitaine Industries SAS v. Canmar Pride (The)*, [2005] 4 F.C.R. 441 (F.C.), at paragraphs 38-40. Thus, while subsection 46(1) confers jurisdiction on the Federal Court over the shippers' claim for the partial cargo loss, it is still necessary to decide if the Federal Court or the High Court in London is the more convenient forum in order to determine if the carriers' motion for a stay should be granted.

Issue 3: Did the Federal Court err in exercising its discretion under section 50 of the *Federal Courts Act* to refuse to stay the shippers' action, on the ground that it was not the less convenient forum?

(i) The English judgments

(a) the attornment issue

[38] The *forum non conveniens* analysis conducted by the Federal Court appears to have given no weight to the interim anti-suit injunction issued *ex parte* by Justice Gross in the High Court in London, on the ground that the shippers had not attorned to the jurisdiction of the English court.

[39] The Prothonotary principally based her rejection of the argument that the shippers had attorned on the ground of an annotation to the English *Civil Procedure Rules 1998* [S.I. 1998/3132]. She also mentioned the possible existence of practical reasons why the shippers did not contest the court's jurisdiction. On appeal, the Judge of the Federal Court agreed. In my respectful opinion, they were in error in discounting the English judgment on the ground of non-attornment.

[40] The law of a foreign jurisdiction is a question of fact to be determined on the basis of the evidence before the court. The record before the Prothonotary included an uncontradicted affidavit from Sean Gibbons, an

[37] Par conséquent, tout comme le juge de la Cour fédérale, je souscris à l'analyse de la protonotaire (au paragraphe 16 de ses motifs) sur ce point : voir également *Ford Aquitaine Industries SAS c. Canmar Pride (Le)*, [2005] 4 R.C.F. 441 (C.F.), aux paragraphes 38 à 40. Par conséquent, si le paragraphe 46(1) attribue effectivement à la Cour fédérale compétence sur la demande fondée sur la perte partielle de marchandises présentée par les chargeurs, il y a néanmoins lieu de décider si la Cour fédérale ou la Haute Cour de Londres est le tribunal approprié pour décider s'il convient de faire droit à la requête en suspension présentée par les transporteurs.

Question en litige 3 : La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en refusant, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, de suspendre l'action des chargeurs, pour le motif qu'elle n'était pas un tribunal non approprié?

i) Les jugements anglais

a) la question de l'acquiescement

[38] La Cour fédérale semble avoir appliqué la notion de *forum non conveniens* sans tenir compte de l'injonction provisoire interdisant les poursuites délivrée *ex parte* par le juge Gross de la Haute Cour de Londres, pour le motif que les chargeurs n'avaient pas acquiescé à la compétence du tribunal anglais.

[39] La protonotaire a écarté l'argument selon lequel les chargeurs avaient acquiescé en se fondant principalement sur un commentaire des Règles de procédure civiles anglaises [*Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998/3132]. Elle a également mentionné la possibilité qu'il existe des raisons pratiques pour lesquelles les chargeurs n'ont pas contesté la compétence du tribunal anglais. En appel, le juge de la Cour fédérale a souscrit à ce raisonnement. À mon avis, ils ont commis une erreur en écartant le jugement anglais en raison de l'absence d'acquiescement.

[40] Le droit étranger est une question de fait qu'il convient de trancher en se fondant sur la preuve présentée au tribunal. Le dossier présenté à la protonotaire comprenait un affidavit non contredit

English solicitor and a partner in the firm acting on behalf of the carriers in the English proceeding for an anti-suit injunction.

[41] Mr. Gibbons explained in the affidavit that, after Justice Gross had issued the anti-suit injunction, the shippers' English solicitors filed two acknowledgements of service with the Commercial Court indicating that they intended to contest the jurisdiction of the English courts over the cargo claim. However, they failed to bring an application to contest the jurisdiction within the 28 days prescribed in the rules of the Commercial Court.

[42] Mr. Gibbons further stated that the effect of Rule 11, paragraph 5, of the English *Civil Procedure Rules 1998* is that, having failed to contest the jurisdiction of the court within the time specified after filing their acknowledgement of service, the shippers were to be treated in English law as having accepted that the court had jurisdiction to try the claim. The reasons of Justice Langley (at paragraph 11), which were rendered after the decisions of the Prothonotary and the Federal Court, confirm Mr. Gibbons' view of the law in England on this issue.

[43] Having concluded that the Federal Court's refusal to attach weight to the anti-suit injunction was based on a misapprehension of the evidence, I must consider *de novo* whether weight should be given in the *forum non conveniens* analysis to the English decisions, including the decisions of Justice Langley and the English Court of Appeal, which were not available to the Federal Court.

(b) Commercial Court

[44] Sitting in the Commercial Court, Justice Langley had the benefit of the reasons of both the Prothonotary and the Federal Court Judge. The issues in the Commercial Court most relevant to the present appeal

émanant de Sean Gibbons, un avocat anglais et un associé du cabinet qui représentait les transporteurs dans l'instance anglaise dans le cadre de l'injonction interdisant les poursuites.

[41] M. Gibbons a expliqué dans son affidavit qu'après que le juge Gross ait délivré une injonction interdisant les poursuites, les avocats anglais des chargeurs ont déposé deux accusés de réception de signification auprès de la Chambre commerciale dans lesquels ils exprimaient leur intention de contester la compétence des tribunaux anglais sur la créance concernant les marchandises. Ils ont toutefois omis de présenter un déclinatoire de compétence dans les 28 jours, comme le prescrivent les règles de la Chambre commerciale.

[42] M. Gibbons a également déclaré que, selon la Règle 11, paragraphe 5 des Règles de procédure civiles 1998 d'Angleterre, lorsque les chargeurs ont omis de contester la compétence du tribunal dans le délai imparti après le dépôt de leur accusé de réception de signification, ils sont considérés, selon le droit anglais, comme ayant admis que le tribunal avait compétence à l'égard de la demande. Les motifs du juge Langley (au paragraphe 11), qui ont été prononcés après les décisions de la protonotaire et de la Cour fédérale, confirment l'interprétation qu'a donnée M. Gibbons du droit anglais sur ce point.

[43] J'ai conclu que le refus de la Cour fédérale d'attacher une force probante à l'injonction interdisant les poursuites était fondé sur une appréciation erronée de la preuve et je dois maintenant examiner *de novo* quelle est la force probante qu'il convient d'accorder, dans le cadre d'une analyse de la notion de *forum non conveniens*, aux décisions anglaises, notamment les décisions du juge Langley et de la Cour d'appel d'Angleterre, dont ne disposait pas la Cour fédérale.

b) la Chambre commerciale

[44] Siégeant en Chambre commerciale, le juge Langley a eu la possibilité de prendre connaissance des motifs de la protonotaire et du juge de la Cour fédérale. Les questions en litige devant la Chambre commerciale

were whether (i) the carriers' proceeding in the English High Court should be stayed in view of the action already commenced by the shippers in the Federal Court, and (ii) the carriers' anti-suit injunction against the shippers should be continued or discharged, and a similar injunction issued against their insurers.

[45] On the first issue, he stated that English courts normally give effect to contractual exclusive jurisdiction clauses, in the absence of "strong reasons" for not so doing. Accordingly, he reasoned (at paragraph 33), it would take "some exceptional justification" to stay the English proceedings when the parties had selected the High Court in London as the exclusive forum for resolving disputes arising from the contract.

[46] Justice Langley declined to depart from the rule of English private international law that parties' contractual selection of the exclusive forum is normally determinative. He found the connections with Canada relied on by the shippers (the place where the contract was made, ocean freight was payable, and the carriers had an office) to be minor and not relevant to the issues arising from the cargo claim. Hence, apart from the effect of subsection 46(1), which he termed "the overriding issue," he concluded that the shippers had not made out a case for an order staying the carriers' action in England.

[47] Justice Langley regarded subsection 46(1) as relevant to the request for a stay of the English proceedings, as well as to the anti-suit injunction restraining the shippers from proceeding with their claim in another forum. He stated that, on both issues, the question was whether the subsection constituted "strong reasons" for not giving effect to the exclusive jurisdiction clause. He concluded (at paragraph 41) that:

qui touchent le plus le présent appel étaient celles de savoir i) si l'action instituée par les transporteurs devant la Haute Cour d'Angleterre devait être suspendue compte tenu du fait que les chargeurs avaient déjà intenté une poursuite devant la Cour fédérale et ii) s'il y avait lieu de confirmer ou de lever l'injonction interdisant les poursuites obtenue par les transporteurs contre les chargeurs et s'il y avait lieu de délivrer une injonction semblable contre leurs assureurs.

[45] En ce qui concerne la première question en litige, il a déclaré que les tribunaux anglais donnaient habituellement effet aux clauses contractuelles attributives de compétence exclusive en l'absence de « motifs impérieux » de ne pas le faire. Il a ainsi raisonné (au paragraphe 33) qu'il faudrait [TRADUCTION] « un motif exceptionnel » pour suspendre l'instance anglaise dans une affaire où les parties avaient désigné la Haute Cour de Londres comme le tribunal exclusif chargé de trancher les litiges découlant du contrat.

[46] Le juge Langley a refusé d'écarter la règle de droit international privé anglais selon laquelle la clause contractuelle attributive de compétence exclusive joue normalement un rôle déterminant. Il a statué que les facteurs de rattachement avec le Canada invoqués par les chargeurs (le lieu du contrat, le lieu du versement du fret maritime et le lieu où se trouve le bureau des transporteurs) n'étaient pas très importants et ne concernaient pas les questions découlant de la demande relative aux marchandises. Par conséquent, à part l'effet du paragraphe 46(1), qu'il a qualifié de « question essentielle », il a conclu que les chargeurs n'avaient pas démontré qu'il y avait lieu de rendre une ordonnance suspendant l'action des transporteurs intentée en Angleterre.

[47] Le juge Langley a déclaré que le paragraphe 46(1) se rapportait à la demande de suspension de l'instance anglaise, ainsi qu'à l'injonction interdisant les poursuites qui empêche les chargeurs de faire valoir leur demande devant un autre tribunal. Il a déclaré au sujet de ces deux points que la question était de savoir si le paragraphe en question constituait « des motifs impérieux » de ne pas donner effet à la clause attributive de compétence exclusive. Il a conclu (au paragraphe 41) que :

... there is insufficient logic in treating Section 46 as giving rise to some exceptional circumstance beyond the usual case where a party seeks to proceed in another court, relying on the principles by which that court is guided in the exercise of its own jurisdiction, and does so despite an exclusive jurisdiction clause binding upon that party. In such circumstances, English law is, I think, established at the highest level that an anti-suit injunction should be granted essentially to ensure that the parties abide by the agreement they have made.

(c) Court of Appeal

[48] In more elaborate reasons, Lord Justice Longmore defined the crucial issue (at paragraph 15) as the extent to which, when deciding whether to stay the carriers' proceeding, the English court should have regard to subsection 46(1) and to the judgments of the Federal Court refusing to stay the shippers' action. He noted that, in enacting section 46, Parliament had adopted a provision respecting exclusive jurisdiction clauses similar to Article 21 of the Hamburg Rules, which Canada had not yet implemented in its domestic law.

[49] He held that, under English private international law, the conflict between subsection 46(1) and the common-law rule respecting exclusive jurisdiction clauses was to be resolved by the proper law governing the interpretation and enforcement of the contract. The parties had agreed that any disputes arising from the contract were to be determined by English law, and English conflict of laws rules permit parties to specify the proper law of the contract. Accordingly, he reasoned, English private international law required the Court to give effect to the exclusive jurisdiction clause in this case, in the absence of strong reasons for not so doing.

[50] Lord Justice Longmore regarded section 46 as an insufficient basis for staying the carriers' English proceedings, on the ground that (at paragraph 24):

... no English court would expect a foreign court to grant a stay by reason of any provision of English law, if an action

[TRADUCTION] [. . .] il n'est pas très logique de considérer l'article 46 comme une circonstance exceptionnelle qui va au-delà de l'affaire habituelle dans laquelle une partie souhaite intenter une action devant un autre tribunal, en se fondant sur les principes qui guident l'exercice par ce tribunal de sa propre compétence, malgré l'existence d'une clause attributive de compétence exclusive liant cette partie. Dans ces circonstances, il est, à mon avis, bien établi en droit anglais, par les plus hautes instances judiciaires, qu'il y a lieu d'accorder une injonction interdisant la poursuite dans le principal but d'obliger les parties à respecter l'entente qu'elles ont conclue.

c) la Cour d'appel

[48] Dans des motifs plus détaillés, le lord juge Longmore a déclaré (au paragraphe 15) que la question essentielle était la mesure dans laquelle, lorsqu'il s'agit de suspendre l'action intentée par les chargeurs, le tribunal anglais devrait tenir compte du paragraphe 46(1) et des jugements de la Cour fédérale dans lesquels celle-ci a refusé de suspendre l'action des chargeurs. Il a noté que, lorsque le législateur a adopté l'article 46, il a adopté une disposition respectant les clauses attributives de compétence semblables à l'article 21 des Règles de Hambourg, que le Canada n'a pas encore introduit dans son droit interne.

[49] Il a jugé que, selon le droit international privé anglais, le conflit entre le paragraphe 46(1) et la règle de common law concernant les clauses attributives de compétence exclusive devait être résolu en appliquant le droit régissant l'interprétation et l'exécution du contrat. Les parties avaient convenu que tout litige découlant du contrat serait tranché selon le droit anglais et les règles anglaises de conflit de lois autorisent les parties à préciser le droit applicable au contrat. Par conséquent, a-t-il raisonné, selon le droit international privé anglais, la Cour est tenue de donner effet à la clause attributive de compétence exclusive dans la présente affaire, en l'absence de motifs impérieux de ne pas le faire.

[50] Le lord juge Longmore a considéré que l'article 46 n'était pas un fondement suffisant pour suspendre l'action intentée par les transporteurs en Angleterre, pour le motif que (au paragraphe 24) :

[TRADUCTION] [. . .] aucun tribunal anglais ne s'attendrait à ce qu'un tribunal étranger suspende une action en raison d'une

was proceeding in that foreign court by virtue of an agreement, governed by the law of that court, that proceedings were to be brought in the courts of that country. Conversely, an English court would hope that a decision to restrain an action brought in England, pursuant to an exclusive jurisdiction clause in a contract governed by English law, would be respected by any foreign court.

[51] For similar reasons, he was prepared to reinforce the refusal of a stay with an anti-suit injunction, stating that this was not an attack on the Canadian Parliament or courts because it only restrained the shippers if they elected to pursue the proceeding in Canada in breach of the contract. Moreover, he added, granting the injunction would help to avoid the unattractive prospect of parallel proceedings on the same claim, with the potential for different results.

[52] In concurring reasons, Lord Justice Rix said (at paragraph 54) that the principles governing the exercise by the English courts of their residual discretion not to give effect to a contractual exclusive jurisdiction clause “if the interests of justice demand otherwise” are analogous to those respecting the identification of the more convenient forum. Turning to subsection 46(1), he noted that the Federal Court had not treated the exclusive jurisdiction clause as a factor in its *forum non conveniens* analysis.

[53] Lord Justice Rix considered the argument advanced by the shippers that subsection 46(1) reflected a growing international consensus, evidenced by the Hamburg Rules, respecting exclusive jurisdiction clauses. The argument was that considerations of international comity militated against granting the anti-suit injunction, as an exception to the common-law principle giving primacy to party autonomy in the selection of an exclusive forum.

disposition du droit anglais, si l'action a été introduite devant le tribunal étranger en vertu d'un contrat, régi par le droit qu'applique ce tribunal, et prévoyant que l'instance devait être introduite devant les tribunaux de ce pays. De la même façon, un tribunal anglais espérerait que la décision de suspendre une action introduite en Angleterre, conformément à une clause attributive de compétence exclusive d'un contrat régi par le droit anglais, serait respectée par un tribunal étranger.

[51] Pour des raisons semblables, il a estimé opportun de renforcer son refus de suspendre l'instance par la délivrance d'une injonction interdisant les poursuites, en déclarant qu'il ne s'agissait pas là d'une attaque contre le législateur ou les tribunaux canadiens, étant donné que l'injonction ne restreignait les chargeurs que s'ils décidaient de poursuivre au Canada leur action intentée pour rupture de contrat. En outre, a-t-il ajouté, le fait de délivrer l'injonction permettrait d'éviter que la même créance donne lieu à des instances parallèles, une possibilité peu souhaitable, risquant de déboucher sur des résultats contradictoires.

[52] Dans ses motifs concourants, le lord juge Rix a déclaré (au paragraphe 54) que les principes régissant l'exercice par les tribunaux anglais de leur pouvoir discrétionnaire résiduaire de ne pas donner effet à une clause contractuelle attributive de compétence exclusive « si l'intérêt de la justice l'exige » sont analogues à ceux qui s'appliquent au choix du tribunal approprié. Il a fait remarquer, à propos du paragraphe 46(1), que la Cour fédérale n'avait pas vu dans la clause attributive de compétence exclusive un facteur dont il y avait lieu de tenir compte dans son analyse du principe *forum non conveniens*.

[53] Le lord juge Rix a examiné l'argument avancé par les chargeurs selon lequel le paragraphe 46(1) reflète un consensus international de plus en plus large, concrétisé par les Règles de Hambourg, concernant les clauses attributives de compétence exclusive. L'argument était fondé sur le fait que les considérations de courtoisie internationale militaient contre la délivrance d'une injonction interdisant les poursuites, à titre d'exception au principe de common law qui privilégie l'autonomie des parties dans l'élection d'un for exclusif.

[54] One of the grounds on which Lord Justice Rix rejected this argument was a statement by Justice Sopinka in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at page 934, to the effect that, as a matter of comity, a Canadian court would respect a decision of a foreign court to assume jurisdiction over a matter on the basis of principles broadly conforming to those of Canadian private international law. Conversely, a Canadian court would not respect a decision of a foreign court to assume jurisdiction on a basis which was inconsistent with those principles and would expose a potential litigant in a Canadian court to an injustice.

[55] Lord Justice Rix inferred (at paragraph 81) from Justice Sopinka's reasons that Canadian law "would also understand without offence" the anti-suit injunction granted in this case by the courts in England, applying the proper law of the contract, to restrain the shippers from seeking a remedy in Canada, where, as an exception to the rule normally applied in Canada, legislation directs Canadian courts not to give effect to a foreign exclusive jurisdiction clause agreed to by the parties.

(ii) Subsection 46(1)

[56] On the basis of submissions to the Parliamentary committees, and statements made in the *House of Commons Debates*, it would appear that section 46 of the *Marine Liability Act* was primarily enacted to protect Canadian exporters and importers from having to litigate claims against carriers in a foreign forum where the expense may be prohibitive. When applicable, section 46 provides a litigant with the option of pursuing a claim in a competent court in Canada, despite the exclusive foreign jurisdiction clause in the contract of carriage.

[57] Particular concern was expressed in the parliamentary proceedings that small-to medium-sized

[54] Le lord juge Rix a écarté cet argument en se fondant notamment sur une observation du juge Sopinka dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, à la page 934, selon laquelle, à titre de courtoisie, un tribunal canadien respecterait la décision d'un tribunal étranger d'exercer sa compétence sur une question donnée, en se fondant sur des principes à peu près conformes à ceux du droit international privé canadien. Par contre, un tribunal canadien ne respecterait pas la décision d'un tribunal étranger d'exercer sa compétence si ce dernier se fondait sur un motif qui serait incompatible avec ces principes et causerait une injustice au plaideur qui saisirait un tribunal canadien.

[55] Le lord juge Rix a déduit (au paragraphe 81) des motifs du juge Sopinka que le droit canadien [TRADUCTION] « comprendrait sans prendre ombrage » la délivrance d'une injonction interdisant les poursuites dans la présente affaire par les tribunaux anglais, qui appliquaient la loi du contrat, en vue d'empêcher les chargeurs de demander réparation au Canada dans un cas où, contrairement à la règle normalement appliquée au Canada, une disposition législative oblige les tribunaux canadiens à ne pas donner effet à une clause attributive de compétence exclusive à un tribunal étranger adoptée par les parties.

ii) Le paragraphe 46(1)

[56] D'après les observations présentées aux comités parlementaires et aux déclarations faites au cours des *Débats de la Chambre des communes*, il semble que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* a été principalement adopté pour que les exportateurs et importateurs canadiens ne soient pas tenus de faire valoir leurs créances contre les transporteurs devant un tribunal étranger, parce que cela risquerait d'entraîner pour eux des coûts prohibitifs. Lorsqu'il est applicable, l'article 46 offre au plaideur la possibilité de renvoyer sa créance à un tribunal compétent canadien, malgré la présence d'une clause attributive de compétence exclusive à un tribunal étranger figurant dans le contrat de transport.

[57] Les débats parlementaires reflètent le souci de protéger les petits et moyens chargeurs et consignataires

Canadian shippers and consignees do not have as much bargaining power as large shipowners in the negotiation of the terms of the contract: exclusive jurisdiction clauses are normally inserted in the interests of the carrier. Since Canada is a significant trading nation, the interests of Canadian exporters and importers are a matter of legitimate public concern.

[58] Thus, in his submissions to the House of Commons Standing Committee considering a Bill containing what became section 46, Mr. James Gould, the then-President of the Canadian Maritime Law Association, stated that the Association supported the clause because:

. . . it provides Canadian claimants with an option—and it's just that, an option—to sue or arbitrate in Canada in circumstances in which there is a substantial connection with Canada. It would provide an advantage to Canadian exporters and importers whose only other option might be to abandon their claims or sue or arbitrate claims in a foreign jurisdiction.

Particularly, advancing low or medium-sized claims can be subject to very significant inconvenience and disproportionate cost if one is forced to litigate or arbitrate in a foreign jurisdiction. . . .

If the jurisdiction clause [i.e. section 46] is not retained, the present situation will continue, keeping Canadian importers and exporters at a significant disadvantage, I think, and that would only benefit foreign shipowners and operators.

(Canada, House of Commons, Standing Committee on Transport and Government Operations. *Evidence* (27 March 2001), at 12:05 and 12:10.)

And, in an exchange with a representative of ship-owning interests, Mr. Marcel Proulx, M.P. said:

I assume clause 46 was included to avoid situations where Canadian consumers, regardless of their size, would have to incur exorbitant costs to defend or institute proceedings against one of your clients abroad. That must be the reason, at least in part, for this provision.

canadiens qui n'ont pas le même pouvoir de négociation que les propriétaires de navire lorsqu'il s'agit de s'entendre sur les termes du contrat : les clauses attributives de compétence exclusive sont normalement insérées dans le contrat dans l'intérêt du transporteur. Étant donné que le Canada est une nation commerçante, les intérêts des exportateurs et importateurs canadiens constituent une préoccupation publique légitime.

[58] C'est ainsi que, dans ses observations présentées au comité permanent de la Chambre des communes qui examinait un projet de loi contenant ce qu'est devenu l'article 46, M. James Gould, président de l'Association canadienne de droit maritime à l'époque, a déclaré que l'Association était favorable à cette disposition parce que :

[. . .] elle permet à un réclamant canadien—et il s'agit bien d'un choix qu'on lui offre—d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada, dans les cas où le lien avec le Canada est clairement établi. Elle fournirait un avantage aux exportateurs et importateurs canadiens dont le seul choix serait d'abandonner leur demande de réclamation ou d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger.

De manière plus précise, le règlement de créances peu élevées peut être source de nombreux problèmes et entraîner des coûts exorbitants si on est obligé d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger [. . .]

Si la clause de juridiction [c.-à-d. l'art. 46] n'est pas adoptée, les importateurs et exportateurs canadiens continueront d'être sérieusement défavorisés par rapport aux armateurs et aux exploitants étrangers.

(Canada, Chambre des communes, Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales. *Témoignages* (27 mars 2001), à 12 h 05 et 12 h 10.)

Et, au cours d'un échange avec un représentant des intérêts des propriétaires de navire, le député Marcel Proulx a déclaré :

Je présume que la raison de l'article 46, c'est d'éviter à des consommateurs canadiens, peu importe leur taille, d'avoir à faire face à des dépenses exorbitantes pour se défendre ou pour intenter une action contre un de vos clients à l'étranger. Ce doit être là le raisonnement sur lequel repose cet article, du moins en partie.

(Canada, House of Commons, Standing Committee on Transport and Government Operations. *Evidence* (27 March 2001), at 11:40.)

It is clear from the exchange that “Canadian consumers” refers to Canadian shippers of goods.

[59] The position of the proponents of section 46 was well captured in the House of Commons by Mr. Norman Doyle, M.P. who said:

Indeed a culture has grown up that sees most of these disputes resolved in British boardrooms and in British courts. That suits the big shipping lines and the British legal profession just fine. However I would submit that a small Canadian exporter would be badly outclassed going up against the big boys in that kind of a setting. . . .

(*House of Commons Debates*, 37th Parliament, 1st Session, No. 058, May 9, 2001, at 16:45.)

[60] Some of the above statements may need to be read in light of the fact that shippers generally insure the cargo and that, as in the present case, the insurers are the real litigants. Nonetheless, the principal policy objective of section 46 would be advanced if insurers of the goods of Canadian shippers and consignees were not forced by an exclusive jurisdiction clause to exercise their subrogated rights outside Canada.

[61] Allowing insurers to sue in Canada may reduce the cost of litigation and thus improve their prospects of recouping the amount paid on a claim by the shippers or consignees. In theory, these reduced costs of doing business should be reflected in the premiums payable by Canadian shippers or consignees, thereby either making Canadian exports more competitive or reducing the final price paid by the consumer in Canada for imported goods.

[62] Section 46 should also be seen in an international context. It was described in the parliamentary

(Canada, Chambre des communes, Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales. *Témoignages* (27 mars 2001), à 11 h 40.)

Il est clair que, dans cet échange, les « consommateurs canadiens » sont en fait les expéditeurs de marchandises canadiens.

[59] La position des partisans de l’article 46 a été bien exposée par le député Norman Doyle qui a déclaré à la Chambre des communes :

D’ailleurs, une culture s’est installée selon laquelle la plupart des différends sont réglés dans des salles de conseil et des tribunaux britanniques. Cela fait l’affaire des grandes lignes de navigation et des gens de robe britanniques. Cependant, je suis d’avis que, dans un tel contexte, un petit exportateur canadien serait nettement désavantagé face aux grandes lignes de navigation [. . .]

(*Débats de la Chambre des communes*, 37^e législature, 1^{re} session, n^o 058, 9 mai 2001, à 16 h 45.)

[60] Il convient de lire certaines déclarations citées ci-dessus à la lumière du fait que les chargeurs assurent habituellement les marchandises et que, comme c’est le cas ici, les assureurs sont les véritables parties. Néanmoins, le principal objectif recherché avec l’article 46 serait respecté si les assureurs de marchandises appartenant à des chargeurs et consignataires canadiens n’étaient pas obligés d’exercer leurs droits subrogés à l’extérieur du Canada, en raison d’une clause attributive de compétence exclusive.

[61] Le fait de permettre aux assureurs d’ester en justice au Canada pourrait réduire leurs frais judiciaires et améliorer leurs chances de récupérer les montants versés à la suite d’une réclamation présentée par les chargeurs ou les consignataires. En théorie, la réduction de ces frais commerciaux devrait se refléter sur le montant des primes payables par les chargeurs et les consignataires canadiens, ce qui aurait pour effet soit de rendre les exportations canadiennes plus concurrentielles, soit de réduire le prix final payé par le consommateur canadien pour des marchandises importées.

[62] Il convient également d’examiner l’article 46 dans le contexte international. Il a été considéré, au

proceedings as moving Canada closer to adopting in domestic law the Hamburg Rules which provide a uniform international legal framework for the carriage of goods by sea. The Hamburg Rules are given the force of law in Canada by Schedule 4, of the *Marine Liability Act*. However, this Schedule only comes into force on a date to be fixed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Transport, who must consider the question every five years: section 44. No date has been fixed yet.

[63] Section 46 is similar, but not identical, to article 21 of the Hamburg Rules. For example, article 21 permits a claimant to commence proceedings in a forum on the ground that the defendant has a place of business in the jurisdiction but, unlike section 46, only if that is the defendant's principal place of business or, failing that, habitual residence.

[64] Provisions analogous to section 46 have been enacted by other countries, including Australia, New Zealand, South Africa, the four Nordic countries of Denmark, Finland, Norway and Sweden, and the People's Republic of China, which have not implemented the Hamburg Rules in their domestic law.

[65] While section 46 is designed to redress a perceived power imbalance between shipowners and shippers by favouring shippers, it only does so to the extent of providing claimants with the option of instituting proceedings in a Canadian forum. It does not require them to litigate in Canada.

[66] Unlike legislation in Australia (*Carriage of Goods by Sea Act, 1991* [No. 160, 1991], subsection 11(2)) and New Zealand (*Maritime Transport Act 1994* [1994/104], section 210(1)), section 46 does not state that foreign exclusive jurisdiction clauses are null and void or of no effect when there is a specified Canadian connection. Nor, as already noted, does section 46 direct a court in Canada to exercise its statutory jurisdiction

cours des débats parlementaires, comme si, grâce à cette disposition, le Canada faisait un pas de plus vers l'introduction dans son droit interne des Règles de Hambourg qui mettent en place un cadre juridique international uniforme pour le transport des marchandises par mer. Les Règles de Hambourg ont force de loi au Canada en vertu de l'annexe 4 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. Cependant, cette annexe n'entrera en vigueur qu'à une date fixée par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre des Transports, qui doit examiner la question tous les cinq ans : article 44. Aucune date d'entrée en vigueur n'a encore été fixée.

[63] L'article 46 est semblable, mais pas identique, à l'article 21 des Règles de Hambourg. Par exemple, l'article 21 autorise le demandeur à intenter une action devant un tribunal lorsque le défendeur possède un établissement dans le ressort du tribunal mais, à la différence de l'article 46, dans le seul cas où il s'agit de son établissement principal ou, à défaut, de sa résidence habituelle.

[64] Des dispositions analogues à l'article 46 ont été adoptées par d'autres pays, notamment l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, les quatre pays nordiques que sont le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède, et la République populaire de Chine, qui n'ont pas introduit les Règles de Hambourg dans leur droit interne.

[65] L'article 46 a pour objet de remédier à un déséquilibre apparent entre le pouvoir des propriétaires de navire et celui des chargeurs en favorisant ces derniers, mais il compense ce déséquilibre en donnant uniquement aux réclamants la possibilité d'intenter une action devant un for canadien. Ces derniers ne sont pas obligés de faire valoir leur créance au Canada.

[66] À la différence des lois australiennes (paragraphe 11(2) du *Carriage of Goods by Sea Act, 1991* [No. 160, 1991]) et néo-zélandaise (l'article 210(1) du *Maritime Transport Act 1994* [1994/104]), l'article 46 n'énonce pas que les clauses attributives de compétence à un tribunal étranger sont nulles et dépourvues d'effet lorsqu'il existe avec le Canada un lien prévu par la loi. L'article 46 n'a pas non plus pour effet, comme je l'ai

when the claimant establishes one of the statutory connecting factors.

(iii) Clause 25 of the contract

[67] Two points should be made here. First, the provision in clause 25(1) naming English law as the law applicable to disputes arising under it is unaffected by section 46, which deals only with foreign exclusive jurisdiction clauses.

[68] Second, clause 25(2) provides that any provision in the contract which is “inconsistent with any applicable international convention or national law which cannot be departed for [*sic*] private contract” shall, to that extent, be null and void. However, this provision does not apply in this case.

[69] The adjective “applicable” qualifies “national law” as well as “international convention.” In this context, “applicable national law” refers to the proper law of the contract. This terminology is found in Article 4 of the EEC’s [European Economic community] *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (80/934/EEC) (the Rome Convention), which was largely incorporated into the law of the United Kingdom by the *Contracts (Applicable Law) Act 1990* [1990, c. 36]. English law is the “proper” or “applicable” national law governing the contract in the present case by virtue of clause 25(1), and there is no material inconsistency between that law and the contract.

(iv) Conclusions

(a) the English judgments

[70] Three principal considerations favour a Canadian court treating the English judgments as relevant in a *forum non conveniens* analysis: international comity, the avoidance of parallel proceedings on the same matter, and problems of recognition in the event that the parallel proceedings produce different results. Minimizing litigation, with its attendant costs and complications, is

déjà noté, d’obliger un tribunal canadien à exercer sa compétence légale lorsque le réclamant démontre l’existence d’un des liens prévus par la loi.

iii) La clause 25 du contrat

[67] Il convient de faire deux remarques à ce sujet. La première est que la disposition de la clause 25(1), qui fait du droit anglais le droit applicable aux différends découlant du contrat, n’est pas touchée par l’article 46, qui traite uniquement des clauses attributives de compétence exclusive à un for étranger.

[68] Deuxièmement, la clause 25(2) énonce que toute stipulation du contrat [TRADUCTION] « qui serait incompatible avec une convention internationale ou une loi nationale applicables auxquelles il ne peut être dérogé par contrat privé » est nulle et de nul effet dans cette mesure. Cette disposition ne trouve toutefois pas application en l’espèce.

[69] L’adjectif « applicables » qualifie « loi nationale » ainsi que « convention internationale ». Dans ce contexte, la « loi nationale applicable » fait référence à la loi du contrat. On retrouve cette terminologie à l’article 4 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* de la CEE [Communauté économique européenne] (80/934/CEE) (la Convention de Rome) et elle a été, pour l’essentiel, incorporée dans le droit du Royaume-Uni par la *Contracts (Applicable Law) Act 1990* [1990, ch. 36]. Le droit anglais est le droit national « applicable » ou « approprié » régissant le contrat en l’espèce en vertu de la clause 25(1), et il n’existe pas d’incompatibilité substantielle entre ce droit et le contrat.

iv) Conclusions

a) Les jugements anglais

[70] Trois considérations principales devraient inciter un tribunal canadien à estimer que les jugements anglais constituent un facteur dont il convient de tenir compte dans l’application du principe *forum non conveniens* : les règles de la courtoisie internationale, le souci d’éviter des instances parallèles portant sur la même question et les problèmes de reconnaissance des

good public policy.

[71] It may seem somewhat odd to suggest that the Federal Court should take the English judgments into account in a *forum non conveniens* analysis in this case. After all, the English courts refused to stay the carriers' English proceedings without, apparently, giving any weight to the judgments of the Federal Court refusing a stay to the carriers on the ground that it had not been demonstrated to be *forum non conveniens*. Comity should be a two-way street.

[72] Two considerations may alleviate this concern. First, if the English judgments are relevant in the *forum non conveniens* analysis, as on the facts of this case I conclude that they are, I have treated them as only one of several factors to be taken into account in determining how the interests of justice, practicality, and efficiency are best served. Second, the English courts extended comity to the Canadian Parliament's enactment of subsection 46(1) in that they were very mindful of the delicate problem that it posed, even though, having carefully considered the subsection, the English courts decided that it did not represent "strong reasons" for departing from the normal rule that exclusive jurisdiction selection clauses should be given effect.

[73] It may also be said in support of the shippers' position that if the carriers in this case end up having to conduct litigation on the same issues in both England and Canada, they will have been the authors of their own misfortune. They could have defended the shippers' action in the Federal Court, instead of commencing their own, subsequent, proceeding in London. However, in commencing a proceeding in London, the carriers were merely exercising a valid contractual right for which they had bargained.

jugements dans le cas où les instances parallèles entraîneraient des résultats différents. Il est dans l'intérêt général d'éviter la multiplicité des litiges, compte tenu des coûts et des complications qui y sont associés.

[71] Il peut sembler quelque peu étrange de soutenir que la Cour fédérale devrait tenir compte des jugements anglais dans l'application du principe *forum non conveniens* en l'espèce. Après tout, les tribunaux anglais ont refusé de suspendre l'instance introduite par les transporteurs en Angleterre sans avoir apparemment accordé quelque force probante que ce soit aux jugements de la Cour fédérale qui refusait aux transporteurs la suspension de l'instance pour le motif qu'il n'avait pas été démontré que la Cour était un tribunal non approprié. La courtoisie doit normalement être réciproque.

[72] Deux considérations sont susceptibles de répondre à cette préoccupation. Premièrement, si l'application du principe *forum non conveniens* doit prendre en compte les jugements anglais, comme je l'ai conclu d'après les faits de l'espèce, il ne constitue qu'un facteur parmi d'autres dont j'ai tenu compte pour décider ce qu'exige la justice, la commodité des parties et l'efficacité. Deuxièmement, les tribunaux anglais ont fait preuve de courtoisie à l'égard de l'adoption par le Parlement canadien du paragraphe 46(1) dans la mesure où ils ont été sensibles au problème délicat que cette disposition posait, même si, après avoir soigneusement examiné le paragraphe, les tribunaux anglais ont décidé qu'il ne constituait pas un « motif impérieux » d'écarter la règle normale selon laquelle il convient de donner effet aux clauses attributives de compétence exclusive.

[73] Il est également possible d'affirmer, à l'appui de la position des chargeurs, que, si les transporteurs dans la présente affaire se retrouvent parties à un litige portant sur la même question à la fois en Angleterre et au Canada, ils n'ont qu'à s'en prendre à eux. Ils auraient pu présenter une défense dans l'action intentée par les chargeurs devant la Cour fédérale, au lieu d'introduire leur propre instance par la suite à Londres. Cependant, en instituant une instance à Londres, les transporteurs ne faisaient qu'exercer un droit contractuel valide qu'ils avaient négocié.

[74] As noted at paragraph 54 of these reasons, the approach of Canadian law to comity in the context of identifying the more convenient forum was authoritatively stated by the Supreme Court of Canada in *Amchem Products*, at pages 913-915. In the present case, the question is whether the English courts have, in the words of Justice Sopinka (at page 915):

... departed from our own test of *forum non conveniens* to such an extent as to justify our courts in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court and in what circumstances such assumption amounts to a serious injustice.

[75] Section 46 aside, a Canadian court could normally be expected to have reached the same conclusion as the English courts. That is, if the applicable law of the contract had been Canadian, a court in Canada would, in the absence of strong reasons, have given effect to a clause in the contract specifying a court in Canada as the exclusive forum, in the interests of commercial certainty and on the basis of the principle of party autonomy in determining the terms of the contract: see *Amchem*, at page 921, and *Z.I. Pompey*, at paragraph 20.

[76] Parenthetically, I note that the Supreme Court of the United States has moved closer to the position at common law in England and Canada by regarding foreign exclusive jurisdiction clauses as presumptively valid: *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); see further Robert Force and Martin Davies, "Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts" in Martin Davies (ed.), *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force* (The Hague: Kluwer Law International, 2005) at pages 4-8; and William Tetley, "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea", *ibid.*, at pages 24-38.

[77] Not every difference between Canadian law and foreign law on the appropriate forum for adjudicating a dispute will warrant a refusal by a court in Canada, when conducting a *forum non conveniens* analysis, to

[74] Comme je l'ai noté au paragraphe 54 des présents motifs, la conception canadienne de la courtoisie internationale, lorsqu'il s'agit de rechercher le tribunal approprié, a été exposée de façon définitive par la Cour suprême dans l'arrêt *Amchem Products*, aux pages 913 à 915. En l'espèce, il s'agit de savoir si les tribunaux anglais, pour reprendre les termes du juge Sopinka (à la page 915):

[...] [auraient] dérogé à tel point à notre propre critère de *forum non conveniens*, que nos tribunaux seraient autorisés à refuser de respecter la compétence que [se sont attribués] le[s] tribunaux étranger[s], et aussi dans quelles circonstances l'exercice de cette compétence devient une grave injustice.

[75] L'article 46 mis à part, on pourrait normalement s'attendre à ce qu'un tribunal canadien en arrive à la même conclusion qu'un tribunal anglais; c'est-à-dire que, si le droit applicable au contrat était le droit canadien, un tribunal canadien donnerait, en l'absence de motifs impérieux, effet à la clause d'un contrat attribuant à un tribunal canadien une compétence exclusive, pour favoriser la sécurité des relations commerciales et respecter le principe de la liberté contractuelle : voir *Amchem*, à la page 921, et *Z.I. Pompey*, au paragraphe 20.

[76] Je note entre parenthèses que la Cour suprême des États-Unis s'est rapprochée de la position de la common law d'Angleterre et du Canada en reconnaissant l'existence d'une présomption de validité à l'égard des clauses attributives de compétence à un tribunal étranger : *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); voir en outre Robert Force et Martin Davies, « Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts » dans Martin Davies (éd.), *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law : Essays in Honor of Robert Force* (La Haye : Kluwer Law International, 2005), aux pages 4 à 8; et William Tetley, « Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea », *ibid.*, aux pages 24 à 38.

[77] Lorsqu'un tribunal canadien applique le principe *forum non conveniens* dans une affaire donnée, il ne peut refuser de donner effet à la déclaration de compétence du tribunal étranger en s'appuyant sur

respect the assertion of jurisdiction by a foreign court. The question is whether the modification made to Canadian private international law by section 46 is of such significance as to exclude, on the facts of the present case, considerations of comity and the practical problems to which parallel proceedings may give rise.

[78] In my view, the critical facts of this case are that the shippers, the consignees, the goods, and the ports of loading and discharge, have no connection to Canada. It is true that section 46 confers jurisdiction on a competent Canadian court over the shippers' claim, since OT Africa Line Ltd. has a "place of business, branch or agency" in Canada, and the contract was made here. However, it is also relevant to ask whether it would frustrate the policy underlying section 46 for a Canadian court, on the facts of this case, to afford some respect to the English courts' judgments by factoring them into a *forum non conveniens* analysis.

[79] The principal policy objective of section 46 is the protection of the interests of Canadian exporters and importers, and, I would add, their insurers, by diminishing or eliminating the legal effect of a contractual clause requiring them to litigate any dispute in a foreign forum. The legislative record does not suggest that Parliament was also concerned to protect the interests of Canadian insurers when insuring non-Canadian goods shipped from and to ports outside Canada by non-Canadian shippers.

[80] While section 46 preserves the jurisdiction of Canadian courts in proceedings brought by foreign shippers and consignees, it does not follow that, in deciding whether to exercise its jurisdiction, a court should depart from its normal practice of affording respect to foreign judgments. On the facts of the present case, including the dominant role being played in the litigation by the Canadian insurers of the cargo, it would not frustrate Parliament's purpose to take the English judgments into account in the course of determining the more convenient forum.

n'importe quelle différence existant entre le droit canadien et le droit étranger au sujet du tribunal approprié pour régler le litige. Il s'agit de savoir si la modification aux règles canadiennes de droit international privé qu'introduit l'article 46 a pour effet d'exclure, d'après les faits de la présente affaire, la prise en compte des règles de courtoisie et des problèmes pratiques que poserait l'existence d'instances parallèles.

[78] À mon avis, les faits essentiels de la présente affaire sont que les chargeurs, les consignataires, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement n'ont aucun lien avec le Canada. Il est vrai que l'article 46 autorise les chargeurs à saisir de leur demande un tribunal compétent canadien, étant donné que OT Africa Line Ltd. a au Canada « un établissement, une succursale ou une agence » et que le contrat a été conclu ici. Il y a néanmoins lieu de se demander si, compte tenu des faits de l'espèce, il serait contraire à l'objet de l'article 46 qu'un tribunal canadien tienne compte des jugements de tribunaux anglais dans l'application du principe *forum non conveniens*.

[79] Le principal objet de l'article 46 est de protéger les intérêts des exportateurs et des importateurs canadiens et, j'ajouterais, de leurs assureurs, en atténuant ou en supprimant l'effet d'une clause contractuelle les obligeant à confier leurs litiges éventuels à un for étranger. Il ne ressort pas des débats législatifs que le Parlement ait également souhaité protéger les intérêts des assureurs canadiens qui assurent des marchandises non canadiennes expédiées de ports étrangers vers des ports étrangers par des transporteurs étrangers.

[80] L'article 46 confirme la compétence des tribunaux canadiens à l'égard des poursuites instituées par des chargeurs et des consignataires étrangers, mais cela ne veut pas dire qu'un tribunal appelé à exercer sa compétence doit s'écarter de sa pratique normale consistant à donner effet aux jugements étrangers. D'après les faits de l'espèce, notamment le rôle dominant qu'ont joué les assureurs canadiens des marchandises dans le litige, il ne serait pas contraire à l'intention du législateur de tenir compte des jugements étrangers pour choisir le tribunal approprié.

[81] In short, section 46 does not expressly provide that, when determining whether it is the more convenient forum, a Canadian court in which a claimant elects to proceed should assign no weight to the assertion of jurisdiction by a foreign court, which it has supported by an anti-suit injunction. Nor can it be said that Parliament implicitly so directed in a fact situation such as this, where, to give a foreign judgment weight, would not frustrate the policies underlying section 46.

[82] Nor do I think it fatal to the application of the comity principle that the shippers had commenced proceedings in Canada before the carriers sought an anti-suit injunction in England, since, in so doing, they were merely exercising their contractual rights according to the proper law of the contract. In any event, the shippers have not indicated whether they propose to pursue their action in the Federal Court in breach of the anti-suit injunction issued against them in England. Moreover, to attach much significance to which party is the first to file proceedings may simply result in rewarding the party who obtains judgment first: *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (B.C.C.A.), at paragraph 40.

[83] In my opinion, in the circumstances of this case, section 46 has not ousted the principles of international comity set out in *Amchem Products*. Accordingly, weight should be given to the English judgments asserting their jurisdiction in order to determine if, compared to the High Court in London, the Federal Court is *forum non conveniens*.

(b) clause 25(1)

[84] For similar reasons, to give weight in this case to the parties' choice of forum is not inconsistent with the policy underlying section 46. If Parliament had intended to invalidate exclusive jurisdiction clauses for all purposes, it could have declared them to be void or of no effect, as, for example, the Australian and New

[81] Bref, l'article 46 n'énonce pas expressément que le tribunal canadien saisi par le réclamant qui examine la question de savoir quel est le tribunal approprié ne doit accorder aucune force probante à la déclaration de compétence émanant d'un tribunal étranger, qui a été confirmée par une injonction interdisant les poursuites. Il n'est pas non plus possible d'affirmer que le législateur a implicitement demandé aux tribunaux canadiens d'agir de cette façon, dans une situation comme celle-ci où le fait d'accorder une force probante à un jugement étranger n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent l'article 46.

[82] Je ne pense pas non plus qu'il soit fatal à l'application des règles de la courtoisie que les chargeurs aient introduit une action au Canada avant que les transporteurs aient demandé une injonction interdisant les poursuites en Angleterre, étant donné que ces derniers ne faisaient ainsi qu'exercer leurs droits contractuels conformément au droit du contrat. De toute façon, les chargeurs n'ont pas indiqué s'ils avaient l'intention de poursuivre leur action devant la Cour fédérale en violation de l'injonction interdisant les poursuites délivrée contre eux en Angleterre. De plus, attacher une grande importance au fait qu'une des parties a entamé une action la première risque tout simplement de récompenser la partie qui obtient un jugement la première : *Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (C.A.C.-B.), au paragraphe 40.

[83] À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, l'article 46 n'a pas pour effet d'écarter les règles de la courtoisie internationale exposées dans l'arrêt *Amchem Products*. Il convient donc d'accorder une force probante aux jugements confirmant la compétence des tribunaux anglais pour décider si la Cour fédérale et non la Haute Cour de Londres est le tribunal approprié.

b) la clause 25(1)

[84] Pour des raisons semblables, il n'est pas incompatible avec la politique qui sous-tend l'article 46 de tenir compte de l'élection de for effectuée par les parties. Si le législateur avait l'intention d'invalider les clauses attributives de compétence exclusive dans tous les cas, il aurait pu les déclarer nulles et sans effet

Zealand statutes do.

[85] The freedom of parties in international trade to determine the terms of their contracts is a fundamental, but not absolute, tenet of Canadian commercial law and has been recognized internationally in Article 3 of the Rome Convention. Indeed in another context, Prothonotary Hargrave has stated that subsection 46(1) should be strictly construed because it limits contractual freedom: *Dongnam Oil & Fats Co. v. Chemex Ltd.* (2004), 264 F.T.R. 264, at paragraph 17.

[86] Hence, in the absence of either express words or an implication necessary to give effect to the policy underlying section 46, I would include the parties' exclusive jurisdiction clause in the factors to be considered in the *forum non conveniens* analysis. No mention is made of this issue in the reasons of the Federal Court.

[87] As I have already noted, this case does not involve Canadian shippers or Canadian goods, but a claim subrogated to Canadian insurers in respect of foreign shippers and foreign goods. In my opinion, it would not frustrate the policy of section 46 if weight was given in this case, for *forum non conveniens* purposes, to the exclusive jurisdiction clause, as well as to the English judgments.

[88] For the purpose of disposing of this appeal, I need not decide whether the assumption of jurisdiction by the English courts and the parties' choice of an exclusive forum should be regarded as not only relevant factors in the *forum non conveniens* analysis, but also virtually conclusive. Nor do I have to decide whether these factors should be given weight when the shippers, the consignees or the goods are Canadian. However, I am inclined to think that they should not, since that would permit litigants to frustrate the policy of section 46 of protecting Canadian exporters and importers, by instituting

comme le font, par exemple, les lois australienne et néo-zélandaise.

[85] Dans le domaine des relations commerciales internationales, la liberté des parties de fixer les conditions de leur contrat est un principe fondamental, mais non absolu, du droit commercial canadien et a été reconnue sur le plan international par l'article 3 de la Convention de Rome. En fait, dans un autre contexte, le protonotaire Hargrave a déclaré que le paragraphe 46(1) devait être interprété strictement parce qu'il limite la liberté contractuelle : *Dongnam Oil & Fats Co. c. Chemex Ltd.*, 2004 CF 1732, au paragraphe 17.

[86] Par conséquent, en l'absence de termes exprès ou d'une déduction qu'il faudrait nécessairement tirer pour donner effet à l'objet qui sous-tend l'article 46, j'estime que la clause attributive de compétence exclusive convenue par les parties est un des facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans l'application du principe *forum non conveniens*. Les motifs de la Cour fédérale ne mentionnent aucunement cet aspect.

[87] Comme je l'ai déjà noté, la présente affaire ne concerne pas des chargeurs canadiens ou des marchandises canadiennes, mais des assureurs canadiens qui ont acquis par subrogation une créance concernant des chargeurs étrangers et des marchandises étrangères. À mon avis, il ne serait pas contraire à l'objet de l'article 46 que les tribunaux considèrent qu'une clause attributive de compétence exclusive ainsi que des jugements anglais sont des facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans l'application du principe *forum non conveniens*.

[88] Aux fins du présent appel, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si la déclaration de compétence par les tribunaux anglais et le choix d'un tribunal exclusif par les parties devraient être considérés non seulement comme des facteurs à prendre en compte pour l'application du principe *forum non conveniens*, mais également comme des facteurs pratiquement déterminants. Je ne suis pas non plus tenu de décider s'il y a lieu de prendre en compte ces facteurs lorsque les chargeurs, les consignataires ou les marchandises sont canadiens. Je suis néanmoins enclin à penser que cela ne devrait pas être le cas, étant donné

proceedings in the forum specified in the contract.

(c) *forum non conveniens*

[89] Having concluded that, as a matter of law, the English judgments and the choice of forum clause must be taken into account in the *forum non conveniens* analysis, I must now consider whether the Federal Court is *forum non conveniens*.

[90] On the facts of this case, Liberia would appear to provide the most “natural” forum for the adjudication of the shippers’ claim, since the alleged loss was reported, and investigated, after the ship docked there and it is where most of the witnesses appear to reside. However, it does not follow from this that another jurisdiction, England, may not provide a more appropriate forum than the Federal Court.

[91] Since the Federal Court has assumed jurisdiction over the shippers’ claim, the burden is on the carriers to show that they should be granted a stay on the ground of *forum non conveniens*: *Amchem Products*, at page 921; *Ford Aquitaine Industries*, at paragraph 71. However, in view of the parties’ selection of the applicable law and the forum, a finding of *forum non conveniens* may not be made so reluctantly as it often now appears to be in the absence of such clauses: see Jeffrey A. Talpis and Shelley L. Kath, “The Exceptional as Commonplace in Québec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point” (2000), 34 *R.J.T.* 761, at pages 790-794.

[92] I adopt the list of connecting factors relevant to a *forum non conveniens* inquiry set out in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, at paragraph 71.

(a) residence of the parties, witnesses and experts: OT Africa Line Ltd., the principal defendant in the Federal Court action, has its head office in England, and a

que cela permettrait aux parties de priver d’effet l’article 46 qui vise à protéger les exportateurs et les importateurs canadiens, en instituant des actions devant le for prévu au contrat.

c) *forum non conveniens*

[89] J’ai conclu qu’en droit, les jugements anglais et la clause d’élection de for sont des facteurs qui doivent être pris en compte dans l’application du principe *forum non conveniens* et je dois maintenant examiner si la Cour fédérale est un tribunal non approprié.

[90] D’après les faits de l’espèce, il semblerait que le Liberia soit le for le plus « naturel » pour l’instruction de la créance des chargeurs, étant donné que le préjudice allégué a été constaté et a fait l’objet d’une enquête dans ce pays après que le navire eut accosté et que c’est là que la plupart des témoins semblent résider. Cela ne veut toutefois pas dire qu’il n’existe pas dans un autre pays, l’Angleterre, un for plus approprié que la Cour fédérale.

[91] Étant donné que la Cour fédérale s’est déclarée compétente à l’égard de la demande des chargeurs, il incombe aux transporteurs de montrer qu’il y a lieu de suspendre l’instance en vertu du principe *forum non conveniens* : *Amchem Products*, à la page 921; *Ford Aquitaine Industries*, au paragraphe 71. Néanmoins, compte tenu du fait que les parties ont choisi le droit applicable et le for, le tribunal saisi ne devrait pas hésiter pour autant à déclarer qu’il ne constitue pas un tribunal approprié qu’il semble le faire en l’absence de telles clauses : voir Jeffrey A. Talpis et Shelley L. Kath, « The Exceptional as Commonplace in Québec *Forum Non Conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point » (2000), 34 *R.J.T.* 761, aux pages 790 à 794.

[92] J’adopte la liste des facteurs de rattachement applicables au principe *forum non conveniens* exposés dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, au paragraphe 71.

a) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts : OT Africa Line Ltd., la principale défenderesse dans l’action intentée devant la Cour

branch office in Toronto. Neither the shipper nor the consignee, the nominal plaintiffs, resides in England or Canada. While not technically parties to the Federal Court action, the insurers of the cargo are the “true” plaintiffs and reside in Toronto. Most of the witnesses appear to be in Monrovia, although OT Africa Line Ltd. says that an employee whom it will probably call to testify resides in London. There is no evidence respecting the residence of the officers and crew of the ships that carried the goods from New York to Monrovia.

(b) the location of the material evidence: presumably in Liberia.

(c) place where the contract was negotiated and executed: the contract was made, and the ocean freight paid, in Canada. In other respects, the contract was performed outside Canada and England.

(d) existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction: the carriers’ action for a declaration and damages against the shippers and the insurers is pending in London, thus raising the possibility of parallel proceedings and conflicting decisions if the shippers’ claim is allowed to proceed in the Federal Court. While the carriers commenced their litigation in London after the shippers’ instituted their action in the Federal Court, the carriers were exercising their contractual rights in accordance with the proper law of the contract.

(e) location of the defendant’s assets: OT Africa Line Ltd. keeps its corporate records, books, and accounts in England. While it has a branch office in Toronto, there is no evidence that any assets are located there.

(f) applicable law: English law. Neither party attached significance in this context to clause 24 of the contract of carriage. As relevant to the facts, clause 24 states that, where the bill of lading covers the transportation of

fédérale, a son siège social en Angleterre et une succursale à Toronto. Ni le chargeur, ni le consignataire, les demanderesse en nom, ne résident en Angleterre ou au Canada. S’ils ne sont pas techniquement parties à l’action devant la Cour fédérale, les assureurs du chargement sont les « véritables » demandeurs et résident à Toronto. Il semble que la plupart des témoins résident à Monrovia, bien qu’OT Africa Line Ltd. affirme qu’un employé qui sera probablement appelé à témoigner réside à Londres. Aucune preuve concernant la résidence des officiers et de l’équipage des navires qui ont transporté les marchandises de New York à Monrovia n’a été présentée.

b) le lieu des éléments de preuve : présumément au Liberia.

c) le lieu de formation et d’exécution du contrat : le contrat a été conclu et le fret maritime versé au Canada. Pour le reste, le contrat a été exécuté à l’extérieur du Canada et de l’Angleterre.

d) l’existence d’une autre action intentée à l’étranger : l’action intentée par les transporteurs pour obtenir un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts contre les chargeurs et les assureurs est une instance en cours à Londres, ce qui ouvre la porte à la possibilité que deux instances parallèles soient introduites et que des décisions contradictoires soient rendues si la Cour fédérale accepte d’examiner la créance des chargeurs. Les transporteurs ont intenté leur action à Londres après que les chargeurs aient déposé leur demande devant la Cour fédérale, mais les transporteurs exerçaient leurs droits contractuels conformément au droit applicable au contrat.

e) l’emplacement des biens appartenant au défendeur : OT Africa Line Ltd. conserve ses registres, ses livres et ses comptes en Angleterre. Elle a une succursale à Toronto, mais aucun élément de preuve n’indique qu’elle y possède des actifs.

f) la loi applicable au litige : le droit anglais. Aucune des parties n’a, dans le présent contexte, accordé d’importance à la clause 24 du contrat de transport. Lorsqu’elle s’applique aux faits, la clause 24 énonce

goods to or from ports in the United States, it is subject to the United States' *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)], which is incorporated into the contract.

(g) advantages conferred on the plaintiff by its choice of forum: the saving of expense for the shippers' Toronto-based insurer. There is no evidence of any juridical advantage accruing to the shippers or their insurers from litigating the claim in the Federal Court, rather than in the English High Court.

(h) interests of justice: I would include here the possibility of parallel proceedings if the shippers' action in the Federal Court continues, as well as the parties' agreement that English law governs any disputes and that the High Court in London is the exclusive forum.

(i) interests of the parties: the only consideration here would seem to be one of cost. It will presumably be more expensive for the shippers' insurers to have to defend the carriers' action in London than to assert their subrogated rights in the Federal Court. For similar reasons, it is in the carriers' financial interest to proceed with their action in London, rather than to defend the action brought in the name of the shippers in Canada. Without knowing more about the insurers or their business, it is difficult to assess the degree of hardship to them of having to litigate in London.

(j) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction: if the shippers were successful in their action in Canada, the judgment might have to be enforced in England if the carriers have no assets here. This would require the English courts to recognize a judgment obtained in a proceeding pursued in breach of an anti-suit injunction. It is very doubtful whether, in these circumstances, an English court would recognize the Canadian judgment, especially, of course, if the carriers obtained judgment in London on their action.

que, dans le cas où le connaissement vise le transport de marchandises entre des ports des États-Unis, il est assujéti au *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis [46 U.S.C. app § 1300 (2000)], qui est incorporé dans le contrat.

g) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi : la réduction des frais pour la société d'assurance de Toronto des chargeurs. Aucun élément n'indique que le fait de soumettre leur créance à la Cour fédérale plutôt qu'à la Haute Cour d'Angleterre favoriserait sur le plan juridique les chargeurs ou leurs assureurs.

h) l'intérêt de la justice : je mentionnerais ici la possibilité d'instances parallèles dans le cas où l'action des chargeurs se poursuivrait devant la Cour fédérale, ainsi que l'entente des parties selon laquelle le droit anglais régit les différends qui les opposent et que la Haute Cour de Londres est le seul for compétent.

i) l'intérêt des deux parties : la seule considération visée ici serait les frais. On peut présumer qu'il en coûtera plus cher aux assureurs des chargeurs de se défendre contre l'action des transporteurs à Londres que de faire valoir leurs droits subrogés devant la Cour fédérale. Pour des raisons semblables, il est dans l'intérêt financier des transporteurs de faire instruire leur action à Londres plutôt que d'avoir à présenter une défense dans l'action intentée au nom des chargeurs au Canada. En l'absence d'élément supplémentaire concernant les assureurs ou leurs activités, il est difficile d'évaluer l'ampleur du préjudice qu'ils subiraient s'ils devaient plaider à Londres.

j) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger : dans le cas où les chargeurs obtiendraient gain de cause au Canada, ils seraient peut-être amenés à demander l'exécution du jugement en Angleterre si les transporteurs ne possèdent aucun actif ici. Il faudrait que le tribunal anglais reconnaisse un jugement obtenu dans une instance intentée en violation d'une injonction interdisant les poursuites. Il est peu probable que, dans ces circonstances, un tribunal anglais reconnaisse le jugement canadien, en particulier, bien sûr, si les transporteurs ont obtenu gain de cause à Londres dans leur action.

[93] When considering whether the forum chosen by the plaintiff is *forum non conveniens*, no one factor is to be regarded as determinative: *Spar Aerospace*, at paragraph 71. All should be weighed in the context of the particular case; their relative importance may depend on the context of the dispute. Although there are few indications in the record about the precise issues involved in the shippers' claim, it would seem from the contradictory reports as to whether the cargo was short that facts are in dispute.

[94] Considering, first, the factors favouring Canada, I cannot attach much weight to the facts that the contract was made and the ocean freight was paid in Toronto, since they appear to be irrelevant to the issues likely to be in dispute in the cargo claim. Because the parties specified that English law was the proper law, it cannot be inferred from the fact that the contract was made here that they intended Canadian law to apply to the interpretation and enforcement of the contract.

[95] Of potentially more importance is the fact that the cargo insurers are based in Toronto. However, there is nothing in the record to indicate that, if forced to litigate in London, they would suffer great prejudice or be denied an effective remedy. Without more information, I would not be prepared to infer this from the relatively small amount of the claim.

[96] In my opinion, while the factors connecting the dispute to Canada are minor, those connecting it with England are cumulatively much more significant.

[97] First, the English judgments implicate the principle of comity, raise the possibility of parallel proceedings, and make the recognition in England of a judgment by the Federal Court potentially problematic.

[98] Second, taking into account the parties' choice of the High Court in London as the exclusive forum

[93] Lorsqu'il s'agit de savoir si le tribunal choisi par la demanderesse n'est pas approprié, il n'y a pas de facteur unique qui soit déterminant : *Spar Aerospace*, au paragraphe 71. Tous les facteurs doivent être appréciés en fonction des faits de l'affaire; leur importance relative peut dépendre du contexte du litige. Le dossier contient peu d'éléments susceptibles de préciser les questions que soulève la créance des chargeurs, mais il semble, d'après les rapports contradictoires sur la question des marchandises manquantes, que les faits sont contestés.

[94] Considérant, en premier, les facteurs favorisant le Canada, je ne peux attacher une grande force probante aux faits que le contrat a été conclu et le fret maritime payé à Toronto, étant donné que ces aspects ne semblent pas concerner les questions qui seront probablement débattues à propos de la créance concernant les marchandises. Étant donné que les parties ont précisé que le droit anglais était le droit applicable, il n'est pas possible de déduire du fait que le contrat a été conclu ici qu'ils avaient l'intention que le droit canadien s'applique à l'interprétation et à l'exécution du contrat.

[95] Le fait que les assureurs des marchandises font affaire à Toronto pourrait avoir plus d'importance. Il n'existe cependant aucun élément dans le dossier qui indique que, si les assureurs étaient obligés de plaider à Londres, ils subiraient un grave préjudice ou se verraient privés d'un recours efficace. En l'absence d'information supplémentaire, je ne suis pas disposé à tirer cette déduction, compte tenu du montant relativement modeste de la créance.

[96] À mon avis, si les facteurs de rattachement du litige au Canada sont faibles, ceux qui le rattachent à l'Angleterre sont, collectivement, beaucoup plus forts.

[97] Premièrement, les jugements anglais mettent en jeu les règles de la courtoisie, soulèvent la possibilité d'instances parallèles et rendent quelque peu problématique la reconnaissance en Angleterre d'un jugement prononcé par la Cour fédérale.

[98] Deuxièmement, tenir compte du fait que les parties ont choisi la Haute Cour de Londres comme for

respects the principle of freedom of contract, promotes commercial certainty, and does not frustrate the policy objectives of section 46.

[99] Third, it is generally more convenient to litigate in a forum in the jurisdiction whose law governs the dispute. Normally, counsel prefer to argue cases, and courts to decide them, on the basis of the law with which they are most familiar. In this case, the parties have chosen English law. However, without knowing more about the issues in dispute respecting the alleged loss of the cargo, I cannot assess precisely the significance of the applicable law factor, especially given the similarities of English and Canadian law governing the carriage of goods by sea.

[100] Fourth, OT Africa Line Ltd. has its head office in London, where it keeps its corporate records, books and accounts; it also may need to call one of its London-based employees to testify about the company's practice respecting the discharge of cargo.

E. CONCLUSION

[101] For these reasons, I am persuaded that the Federal Court is a less convenient forum than the High Court in London. In these circumstances, the interests of justice will be better served if the shippers' action in the Federal Court is stayed. The stay is conditional on the carriers pursuing, without delay, their proceeding in the English High Court for a declaration that they are not liable to the shippers for the partial loss of the cargo. The shippers are at liberty to ask the Federal Court to consider lifting the stay in the event that the shippers do not observe this condition.

[102] Accordingly, I would allow the carriers' appeal with costs, set aside the orders of the Federal Court, and grant a stay of the shippers' action in the Federal Court, conditional on the carriers pursuing, without delay, their

exclusif respecte le principe de la liberté contractuelle, favorise la certitude dans les relations commerciales et ne va pas à l'encontre de l'objet de l'article 46.

[99] Troisièmement, il est en général plus pratique de plaider devant un tribunal du pays dont le droit régit le litige. Normalement, les avocats préfèrent plaider les affaires, et les tribunaux les trancher, en se fondant sur le droit qu'ils connaissent le mieux. Dans ce cas, les parties ont choisi le droit anglais. Je ne suis toutefois pas suffisamment informé des questions en litige que soulève la perte de marchandises alléguée pour apprécier correctement l'importance du facteur que constitue le droit applicable, en particulier compte tenu des ressemblances qui existent entre le droit canadien et le droit anglais en matière de transport de marchandises par mer.

[100] Quatrièmement, OT Africa Line Ltd. a son siège social à Londres, et c'est là qu'elle conserve les registres, les livres et les comptes de la société; elle pourrait être également appelée à assigner un de ses employés qui réside à Londres à témoigner au sujet des pratiques de la société en matière de déchargement des marchandises.

E. CONCLUSION

[101] Pour les motifs qui précèdent, je suis convaincu que la Cour fédérale est un tribunal moins approprié que la Haute Cour de Londres. Dans ces circonstances, l'intérêt de la justice sera mieux servi si l'action des chargeurs intentée devant la Cour fédérale est suspendue. La suspension est conditionnelle à ce que les transporteurs poursuivent, sans délai, leur instance devant la Haute Cour d'Angleterre en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'ils ne sont pas responsables envers les chargeurs de la perte partielle des marchandises. Les chargeurs pourront demander à la Cour fédérale de lever la suspension dans le cas où les transporteurs ne respecteraient pas cette condition.

[102] Je ferais donc droit à l'appel des transporteurs avec dépens, annulerais les ordonnances de la Cour fédérale et prononcerais la suspension de l'action des chargeurs devant la Cour fédérale, à la condition que les

action in the English High Court.

transporteurs poursuivent, sans délai, leur action devant la Haute Cour d'Angleterre.

DÉCARY J.A.: I agree.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

SHARLOW J.A.: I agree.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.