

T-1844-06
2007 FC 916

T-1844-06
2007 CF 916

Mazda Canada Inc. (*Plaintiff*)

Mazda Canada Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd., the Ship “Cougar Ace”, Her Owners and All Others Interested in Her, Nyi Nyi Tun, Yue Yew Loon and Thaung Htut Maung (*Defendants*)

Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd., les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire « Cougar Ace », Nyi Nyi Tun, Yue Yew Loon et Thaung Htut Maung (*défendeurs*)

INDEXED AS: MAZDA CANADA INC. v. COUGAR ACE (THE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : MAZDA CANADA INC. c. COUGAR ACE (LE) (C.F.)

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, August 15, 16; Ottawa, September 14, 2007.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 15 et 16 août; Ottawa, 14 septembre 2007.

Maritime Law — Practice — Motion to stay action for loss of, damage to cargo, for indemnity with respect to salvage of ship — Ship leaving Japan with cargo of automobiles, trucks, bound for Canada, U.S.A. — Cargo damaged during ballasting operation — Defendant shipowner, time charterer submitting Japanese jurisdiction agreed to in bill of lading having closest connection with dispute — Under Marine Liability Act, s. 46, notwithstanding foreign jurisdiction clause, cargo action may be instituted in Canada if intended port of discharge Canadian — Case law on forum selection reviewed — Factors to be considered in choosing appropriate forum — Canada having real, substantial connection with instant case as New Westminster intended port of discharge — Motion dismissed.

Droit maritime — Pratique — Requête en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire et une indemnité relativement au sauvetage — Le navire a quitté le Japon avec une cargaison d'automobiles et de camions à destination du Canada et des É.-U. — La cargaison a été endommagée pendant une opération de ballastage — Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs prétendaient que la compétence japonaise convenue dans le connaissement présente les liens les plus étroits avec le litige — En vertu de l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, et indépendamment de l'existence d'une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si le port de déchargement prévu est situé au Canada — Examen de la jurisprudence relative à l'élection du for — Facteurs qu'il faut prendre en considération pour choisir le tribunal approprié — Le Canada possédait des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu — Requête rejetée.

Conflict of Laws — Plaintiff commencing action in Federal Court for loss of, damage to cargo aboard ship sailing from Japan to Canada — Under clause 28 of governing bill of lading, action against carrier must be brought exclusively in Japan — Defendant shipowner, time charterer seeking stay of proceedings in favour of Japanese jurisdiction — Canadian maritime law including conflict of law rules — Whether Japanese law differs from Canadian law — Like Canada, Japan giving effect to Hague-Visby Rules, to Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 — Unlike Canada, at time of casualty, Japan not giving effect to 1996 Protocol which more than doubles limit of liability — Effect of Marine Liability Act, s. 46 — Motion to stay action dismissed.

Conflit de lois — La demanderesse a introduit une action devant la Cour fédérale pour réclamer les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire qui a quitté le Japon à destination du Canada — En vertu de l'art. 28 du connaissement, l'action intentée contre le transporteur ressortit au Japon — Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont cherché à faire suspendre l'instance en faveur de la compétence japonaise — Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien — Il s'agissait de savoir si le droit japonais diffère du droit canadien — À l'instar du Canada, le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby ainsi que la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes — À l'encontre du Canada, le Japon n'avait pas, au

This was a motion to stay an action for loss of and damage to cargo aboard the *Cougar Ace*, and for indemnity with respect to salvage. The *Cougar Ace* left Yokohama, Japan in July 2006, with a cargo of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks, bound for New Westminster, British Columbia and the states of Washington and California. During a routine ballasting operation at sea, the ship took on a violent and severe list. The ship and cargo were redelivered to Alaska where the ship was righted. The ship was towed to Portland, Oregon where the cargo was discharged. Mazda Canada's loss was extensive, perhaps in excess of US\$20 000 000 as the cargo may have lost its merchantable quality. Following the action for loss and damage brought by the plaintiff in the Federal Court, the defendant shipowner and time charterer moved to have the action stayed in favour of the Japanese jurisdiction, the jurisdiction and law agreed upon in the bill of lading and was alleged to have the closest connection with the dispute. Clause 28 of the governing bill of lading provides that, unless otherwise agreed, any action against the carrier must be brought exclusively before the Tokyo District Court in Japan. Section 50 of the *Federal Courts Act* confirms the Federal Court's discretionary power to stay proceedings on the ground that the claim is proceeding in another jurisdiction or if for any other reason it is in the interests of justice to do so. However, section 46 of the *Marine Liability Act* adds that notwithstanding a foreign jurisdiction clause, a cargo action may be instituted in Canada if, among other things, the intended port of discharge is Canadian. Section 46 does not override the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*.

Held, the motion should be dismissed.

The existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. Many factors to be considered in determining the more appropriate forum are fact-driven. In contracts of affreightment by sea one must also take into account the public policy of Canada as expressed in section 46 of the *Marine Liability Act*, forum selection clauses and that unique feature of maritime law, the action *in rem* with its accompanying warrant of arrest.

moment où l'accident est survenu, entériné le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité — Effet de l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime — Requête en suspension de l'action rejetée.

Il s'agissait d'une requête en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison qui se trouvait à bord du *Cougar Ace*, et une indemnité relativement au sauvetage du navire. Le *Cougar Ace* a quitté Yokohama, au Japon, en juillet 2006, avec à son bord une cargaison de 4 813 automobiles de marque Mazda et 110 camions de marque Isuzu, en direction de New Westminster (Colombie-Britannique) et des États de Washington et de la Californie. Pendant une opération courante de ballastage en mer, le navire s'est brusquement et violemment incliné. Le navire et la cargaison ont été restitués en Alaska, où le navire a été redressé. Celui-ci a été remorqué à Portland (Oregon), où la cargaison a été déchargée. Les pertes subies par Mazda Canada étaient considérables et dépassaient peut-être 20 000 000 \$US car la cargaison n'avait peut-être plus aucune valeur marchande. Après que la demanderesse eut introduit une action devant la Cour fédérale, pour réclamer les pertes et les avaries, le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont déposé une requête en vue de faire suspendre l'action en faveur de la compétence japonaise — la compétence et les règles de droit convenues par les parties dans le connaissement — qui, selon eux, présente les liens les plus étroits avec le litige. L'article 28 du connaissement précise que, sauf entente contraire, toute action intentée contre le transporteur ressortit à la Cour de district de Tokyo, au Japon. L'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* confirme le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale de suspendre les procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Toutefois, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* précise qu'indépendamment de l'existence d'une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si, notamment, le port de déchargement prévu est situé au Canada. L'article 46 n'a pas préséance sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder une suspension en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Jugement : la requête doit être rejetée.

L'existence d'un tribunal plus approprié doit être clairement établie pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur. Nombre de facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer le tribunal le plus approprié sont axés sur les faits. Dans les contrats d'affrètement maritime, il y a lieu de tenir compte de la politique publique du Canada telle qu'elle est exprimée à l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, des clauses d'élection du for et de cette caractéristique unique du droit maritime, l'action *in rem* avec le mandat de saisie dont elle est assortie.

The Federal Court has jurisdiction over the subject-matter of this claim by virtue of Canadian maritime law, more particularly paragraph 22(2)(h) of the *Federal Courts Act*. It matters not that Japanese law is applicable. Canadian maritime law includes conflict of law rules.

In this case, there is no natural forum. Three, if not four, jurisdictions have a real and substantial connection with this case: Canada, Japan, Singapore, and perhaps the United States. In answering the question of whether Japan is clearly a more appropriate forum than Canada, the following factors were considered fairly neutral: the residence of the parties and their witnesses, the location of the evidence, the place where the contract was negotiated and executed, the location of the defendants' assets, the applicable law, and the need to have the judgment recognized in another jurisdiction. Although the applicable law is Japanese, the real question was whether that law differs from Canadian law. Like Canada, Japan gives effect to the Hague-Visby Rules and to the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*. However, unlike Canada, at the time of the casualty, Japan did not give effect to the 1996 Protocol which more than doubles the limit of liability.

Other factors considered were the advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, the interests of justice including international comity and public policy, the action *in rem*, the interests of the parties and the forum selection clause. As to the juridical advantage, Mazda Canada would gain a financial advantage of about US\$1 500 000 if the action continues in Canada. In both Canada and Japan, the defendants' liability would likely be limited by application of the Hague-Visby Rules. However, in Japan, unlike Canada, that limited liability would be further reduced by application of the 1976 Convention. However, the defendants were not looking to Japan simply in order to lessen their liability; rather, they argued that the Hague-Visby Rules fully exonerate them from liability irrespective of the forum in which the case is heard. As to the public policy issues at stake, freedom of contract is subordinated to the will of the state. A domestic carrier doing business within Canada, or a foreign carrier doing business with Canada, cannot circumvent Canadian law simply by inserting a foreign forum selection clause in the bill of lading, and then moving that foreign court for a negative declaration of liability. Section 46 of the *Marine Liability Act* does not fly in the face of international comity and does not make Canada an international pariah. In this case, the Japanese courts have not issued an anti-suit injunction and will apparently do nothing to impede the Canadian action. Nor was Mazda seeking an anti-suit injunction. These last-mentioned factors all weighed in favour of Canada, the plaintiff's choice of forum. As to the jurisdiction clause, section 46 of the *Marine Liability Act* does not render it null and void. The effect of section 46 is to deem

La Cour fédérale a compétence sur l'objet de la présente demande en vertu du droit maritime canadien et plus particulièrement de l'alinéa 22(2)(h) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il importe peu que le droit japonais s'applique. Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien.

En l'espèce, il n'existe pas de tribunal qui convient naturellement. Il y a trois sinon quatre pays qui ont des liens véritables et substantiels avec la présente affaire : le Canada, le Japon, Singapour et, peut-être, les États-Unis. Pour répondre à la question de savoir si le Japon constitue de toute évidence un forum plus approprié que le Canada, la Cour a estimé que les facteurs suivants étaient assez neutres : le lieu de résidence des parties et de leurs témoins, le lieu où se trouve la preuve, l'endroit où le contrat a été négocié et signé, le lieu où se trouvent les biens des défendeurs, le droit applicable et la nécessité de faire reconnaître le jugement dans un autre ressort. Bien que le droit applicable soit japonais, la véritable question à se poser était celle de savoir si ce droit diffère du droit canadien. À l'instar du Canada, le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby ainsi que la *Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes*. Cependant, à l'encontre du Canada, le Japon n'avait pas, au moment où l'accident est survenu, entériné le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité.

Les autres facteurs qui ont été pris en considération étaient les avantages conférés à la demanderesse par son choix du tribunal compétent, les intérêts de la justice, y compris la courtoisie internationale et la politique publique du Canada, l'action *in rem*, les intérêts des parties et la clause d'élection du for. Pour ce qui est des avantages juridiques, Mazda Canada retirerait un avantage financier éventuel d'environ 1 500 000 \$US si l'action se poursuivait au Canada. Tant au Canada qu'au Japon, la responsabilité des défendeurs serait vraisemblablement limitée par l'application des Règles de La Haye-Visby. Toutefois, au Japon, contrairement au Canada, cette responsabilité limitée serait réduite davantage par l'application de la Convention de 1976. Cependant, les défendeurs ne se tournaient pas vers le Japon dans le seul but de limiter leur responsabilité. Au contraire, ils plaidaient que les Règles de La Haye-Visby les exonèrent de toute responsabilité et ce, indépendamment du pays où la cause est instruite. Pour ce qui est des questions de politique publique en jeu, la liberté de contracter est subordonnée à la volonté de l'État. Un transporteur national qui fait affaire à l'intérieur du Canada et un transporteur étranger qui fait affaire avec le Canada ne peuvent contourner la loi canadienne en se contentant d'insérer une clause d'élection du for dans le connaissement pour ensuite saisir le tribunal étranger en question en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne va pas à l'encontre du principe de la courtoisie internationale et ne fait pas du Canada un paria sur le plan international. En l'espèce, les tribunaux japonais n'ont pas prononcé d'injonction interdisant les poursuites et il semble qu'ils ne feront rien pour faire

that a case has a real and substantial connection with Canada should one of the factors therein be present. Canada has a real and substantial connection with this case because New Westminster was the intended port of discharge. The plaintiff was entitled to select its forum. It has not been clearly established that Japan would be a more appropriate forum.

obstacle à l'action intentée au Canada. Mazda ne réclame par ailleurs pas d'injonction interdisant les poursuites. Ces derniers facteurs penchent tous en faveur du Canada, qui est le for choisi par la demanderesse. Pour ce qui est de la clause attributive de compétence, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'a pas pour effet de la rendre nulle et de nul effet. Il découle de l'article 46 que l'on doit présumer que l'affaire a des liens véritables et substantiels avec le Canada si l'un des facteurs énumérés à cet article est présent. Le Canada possède effectivement des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu. La demanderesse avait le droit de choisir sa juridiction. Il n'a pas été clairement démontré que les tribunaux japonais seraient un for plus approprié.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991.
Convention on Limitation for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996, being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(h), 50 (as am. *idem*, s. 46).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 127 (as am. *idem*, s. 13).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46.
Maritime Transport Act 1994 (N.Z.), 1994/104.
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].

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Eleftheria, The, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991.
Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6.
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].
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (Règles de La Haye-Visby).
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (Règles de La Haye).
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)(h), 50 (mod., *idem*, art. 46).
Maritime Transport Act 1994 (N.Z.), 1994/104.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 127 (mod., *idem*, art. 13).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Eleftheria, The, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Holt Cargo Systems Inc c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; confirmant [1999]

W.A.C. 1; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 SCC 90; affg (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (F.C.A.); affg [1997] 3 F.C. 187; (1997), 146 D.L.R. (4th) 736; 46 C.B.R. (3d) 169; 127 F.T.R. 244 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Morviken (The), [1983] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

CONSIDERED:

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; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665; *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; *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733; (2006), 273 D.L.R. (4th) 302; 352 N.R. 331; 2006 FCA 284; *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422; (1976), 65 D.L.R. (3d) 105; 7 N.R. 518.

REFERRED TO:

Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH, [1998] A.Q. No. 2059 (C.A.) (QL); *United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541; (1979), 99 D.L.R. (3d) 609; 28 N.R. 207 (C.A.); *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *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; *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951; (2001), 207 D.L.R. (4th) 612; 30 C.B.R. (4th) 68; 279 N.R. 154; 2001 SCC 91; *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

MOTION to stay an action for loss of and damage to cargo aboard the *Cougar Ace* and for indemnity with respect to salvage. Motion dismissed.

APPEARANCES:

A. Barry Oland for plaintiff.
Mark Sachs and *Robert A. Margolis* for defendants
Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. and Yue Yew Loon.

A.C.F. n° 337 (C.A.) (QL); confirmant [1997] 3 C.F. 187 (1^{re} inst.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Morviken (The), [1983] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., [2003] 1 R.C.S. 450; 2003 CSC 27; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733; 2006 CAF 284; *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795; *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn » et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422.

DÉCISIONS CITÉES :

Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH, [1998] A.Q. n° 2059 (C.A.) (QL); *Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 (C.A.); *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220; 2002 CAF 479; *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951; 2001 CSC 91; *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

REQUÊTE en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison du *Cougar Ace*, et une indemnité relativement au sauvetage du navire. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

A. Barry Oland pour la demanderesse.
Mark Sachs et *Robert A. Margolis* pour les défendeurs
Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. et Yue Yew Loon.

SOLICITORS OF RECORD:

Oland & Company, Vancouver, for plaintiff.
Thomas Cooper, Vancouver, for defendants Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. and Yue Yew Loon.

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

[1] HARRINGTON J.: The *Cougar Ace*, belonging to the Port of Singapore, set sail from Yokohama 19 July 2006, with a cargo of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks, bound for New Westminster, British Columbia, Tacoma, Washington and Port Hueneme, California. All went well until six days later, when some 350 kilometres south of the Aleutian Islands and while engaged in a routine ballasting operation, the ship took on a violent and severe list of 60 degrees to port. The crew, the ship and her cargo were in imminent peril. With the exception of two broken legs, the crew escaped unscathed, rescued by the United States Coast Guard.

[2] The shipowner, MOB Cougar (PTE) Ltd., through the agency of the time charterer, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., entered into a Lloyd's standard form of salvage agreement with Titan Marine LLC of Fort Lauderdale, Florida. The ship and cargo were successfully redelivered at Dutch Harbor, Alaska. There the ship was righted. Her owner and time charterer decided to tow her to Portland, Oregon where the ship was to be repaired and all cargo was to be discharged and forwarded to their respective final destinations. Later, Mazda Canada Inc., owner of the 1 563 automobiles bound for New Westminster, and holder of the covering bill of lading, together with Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.), likewise interested in the Tacoma and Port Hueneme cargo, decided to take delivery at Portland, where they would inspect, test, and if appropriate carry out repairs. Mazda Canada's loss is extensive, perhaps in excess of US\$20 000 000 as the cargo may have lost its merchantable quality. The damage suffered by Mazda U.S.A. may be more than twice that.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Oland & Company, Vancouver, pour la demanderesse.
Thomas Cooper, Vancouver, pour les défendeurs Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. et Yue Yew Loon.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Le *Cougar Ace*, dont le port d'attache est Singapour, a levé l'ancre à Yokohama le 19 juillet 2006, avec à son bord une cargaison de 4 813 automobiles de marque Mazda et 110 camions de marque Isuzu, en direction de New Westminster (Colombie-Britannique), de Tacoma (Washington) et de Port Hueneme (Californie). La traversée s'est déroulée sans heurt jusqu'à ce que six jours plus tard, alors qu'il se trouvait à environ 350 kilomètres au sud des îles Aléoutiennes et qu'il était en train d'effectuer une opération courante de ballastage, le navire s'est brusquement et violemment incliné de 60 degrés à bâbord. L'équipage, le navire et la cargaison étaient tous en péril. À l'exception de deux jambes fracturées, les membres de l'équipage s'en sont tirés indemnes et ont été secourus par la Garde côtière des États-Unis.

[2] Le propriétaire du navire, MOB Cougar (PTE) Ltd., par l'entremise d'un affréteur à temps, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., a signé une formule type de convention de sauvetage de la Lloyd's avec Titan Marine LLC, de Fort Lauderdale, en Floride. Le navire et la cargaison ont été restitués avec succès à Dutch Harbor (Alaska), où le navire a été redressé. Le propriétaire et l'affréteur à temps ont décidé de remorquer le navire à Portland (Oregon), où il devait être réparé et où toute la cargaison devait être déchargée et réacheminée vers sa destination finale. Plus tard, Mazda Canada Inc., qui était propriétaire des 1 563 automobiles qui devaient être livrées à New Westminster, et qui était titulaire du connaissement avec Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.), qui détenait aussi des droits sur la cargaison de Tacoma et de Port Hueneme, a décidé de prendre livraison de la cargaison à Portland, où elle pourrait l'inspecter, procéder à des vérifications et effectuer les réparations nécessaires. Les pertes subies par Mazda Canada sont considérables et dépassent peut-être 20 000 000 \$US car il se peut que la cargaison n'ait plus aucune valeur marchande. Les

[3] Mazda Canada has taken action in this Court for loss of and damage to the New Westminster bound cargo, and for indemnity with respect to salvage. The action is styled *in rem* against the ship *Cougar Ace* and *in personam* against her owner, MOB Cougar (PTE) Ltd. of Singapore; her time charterer, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. of Japan; the Master and Second Engineer of the *Cougar Ace* who hail from Myanmar, and her Singaporean Chief Engineer. The action *in rem* has not been served, and the *Cougar Ace* has not been arrested here, as she has not called at a Canadian port since the casualty. The owner and the Chief Engineer were served in Singapore, and the time charterer in Japan. The Master and Second Engineers have not been served.

[4] The defendant shipowner and time charterer, supported by Chief Engineer Loon, have moved to have the Canadian action stayed in favour of Japanese jurisdiction—the jurisdiction and law agreed in the bill of lading—and the jurisdiction they say has the closest connection with the dispute.

[5] Two other actions with respect to the Mazda automobiles have been taken. Mazda U.S.A. and its cargo underwriters have sued in the United States District Court for the District of Oregon. While this motion was being argued, that action was dismissed in light of the Japanese jurisdiction clause contained in the bills of lading, identical in form to the bill of lading before me. I was informed that there is a right of appeal, but I am not aware if it has been exercised.

[6] In the second action, Mitsui has sued in Japan for a declaration that it is not liable for loss and damage to the Canadian and American bound Mazda cargo. The action makes no mention of the 110 Isuzu trucks. Counsel had no instructions as to whether Isuzu is pursuing the matter or not. Mitsui alleges that the Chief Officer made a mistake during the ballasting operation,

dommages subis par Mazda U.S.A. correspondent peut-être au double de ce montant.

[3] Mazda Canada a introduit une action devant notre Cour pour les pertes et les avaries causées à la cargaison à destination de New Westminster. Elle réclame aussi une indemnité relativement au sauvetage. Il s'agit d'une action *in rem* intentée contre le navire *Cougar Ace* et d'une action *in personam* contre son propriétaire, MOB Cougar (PTE) Ltd., de Singapour, son affrètement à temps, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., du Japon, ainsi que contre le commandant et deuxième mécanicien du *Cougar Ace*, qui est originaire du Myanmar, et son chef mécanicien, originaire de Singapour. L'action *in rem* n'a pas été signifiée et le *Cougar Ace* n'a pas été saisi ici, car il n'a mouillé dans aucun port canadien depuis l'incident en question. Le propriétaire et l'ingénieur chef ont reçu signification de l'action à Singapour et l'affrètement à temps, au Japon. Le commandant et le deuxième mécanicien n'ont pas reçu signification de l'action.

[4] Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont, avec l'appui du chef mécanicien Loon, présenté une requête en vue de faire suspendre l'action canadienne en faveur de la compétence japonaise—la compétence et les règles de droit convenues par les parties dans le connaissement—qui est, selon eux, le pays qui présente les liens les plus étroits avec le litige.

[5] Deux autres actions ont été intentées au sujet des automobiles Mazda. Mazda U.S.A. et les assureurs de sa cargaison ont introduit une poursuite aux États-Unis devant la Cour de district du district d'Oregon. Pendant que la présente requête était débattue, cette action a été rejetée en raison de la clause de compétence japonaise stipulée dans les connaissements, et dont la forme est identique au connaissement qui m'est soumis en l'espèce. On m'a informé qu'il existe un droit d'appel, mais je ne sais pas s'il a été exercé.

[6] Dans la seconde action, Mitsui a intenté un procès au Japon en vue d'obtenir un jugement l'exonérant de toute responsabilité en ce qui concerne les pertes et les avaries subies par la cargaison de Mazda destinée au Canada et aux États-Unis. Il n'est fait aucune mention des 110 camions Isuzu dans cette action. Les avocats n'ont pas reçu de directives au sujet de la question de

which it characterizes as an error in the management of the ship. An error in the management of the ship not caused or contributed to by a failure to properly train the officers and crew constitutes a complete defence under the applicable Hague-Visby Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6]. However, when the stay motion came before me that action had not yet been served. Although not named as a plaintiff, for the purposes of the following analysis, I will treat the Japanese action as if the shipowner were also party thereto.

[7] There is no easy resolution to this issue. Although the case law on motions for stays supported by forum selection clauses has been constant, Canada's public policy changed with the coming into force of the *Marine Liability Act* in 2001 [S.C. 2001, c. 6]. Furthermore, the case law with respect to stays not supported by forum selection clauses has evolved dramatically over the past few decades with the notion of *forum non conveniens* now in full bloom, and the need to obtain judicial leave to serve notice of an action out of the jurisdiction abolished.

FORUM SELECTION CLAUSES

[8] Although a bill of lading is not the contract of affreightment, it may serve as evidence of same. The parties in this case agree that it contains all the relevant terms and conditions. It was issued on Mitsui's letterhead to Itochu Corporation of Tokyo who shipped 1 563 Mazda vehicles, said to weigh 1 955 890 kilos, at Nakanoseki for discharge at New Westminster. The bill of lading was consigned to the shipper's order. Mazda Canada was the notify party. For the purposes of this motion it must be presumed that Itochu sold the cargo to Mazda Canada and endorsed the bill of lading over to it.

savoir si Isuzu poursuivait l'affaire ou non. Mitsui allègue que le capitaine en second a commis une erreur lors de l'opération de ballastage, erreur qu'elle qualifie de négligence dans la gestion du navire. Une négligence dans la gestion du navire qui n'est pas causée ou aggravée par une formation insuffisante des officiers ou de l'équipage constitue un moyen de défense complet selon les dispositions applicables des Règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979*, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6]. Toutefois, lorsque j'ai été saisi de la requête en suspension, cette action n'avait pas encore été signifiée. Bien qu'il ne soit pas désignée comme partie demanderesse, pour faciliter l'analyse qui suit, je vais traiter l'action japonaise comme si le propriétaire du navire y était également partie.

[7] Il n'y a pas de réponse toute faite à cette question. Bien que la jurisprudence sur les requêtes en suspension fondées sur des clauses d'élection due for soit constante, la politique officielle canadienne a changé avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* en 2001 [L.C. 2001, ch. 6]. Par ailleurs, la jurisprudence portant sur les requêtes en suspension qui ne s'appuient pas sur des clauses d'élection due for a connu une évolution spectaculaire au cours des dernières décennies à la suite du développement de la notion de *forum non conveniens* et parce qu'il n'est plus nécessaire d'obtenir une autorisation judiciaire pour signifier un avis introductif d'instance hors du ressort.

CLAUSES D'ÉLECTION DUE FOR

[8] Bien qu'un connaissance ne soit pas un contrat d'affrètement, il peut en faire foi. Dans le cas qui nous occupe, les parties sont d'accord pour dire que le connaissance renferme toutes les modalités pertinentes. Il a été établi sur le papier à en-tête de Mitsui en faveur de l'Itochu Corporation de Tokyo, laquelle a embarqué 1 563 véhicules Mazda, ayant un poids présumé de 1 955 890 kilos, à Nakanoseki en vue de leur déchargement à New Westminster. Le connaissance était établi à l'ordre du chargeur. Mazda Canada était la partie avisée. Aux fins de la présente requête, il faut présumer que

[9] The bill of lading identifies Mitsui as the “carrier”, but “sub-contractor(s)” are defined as including the shipowner. By means of the “Himalaya Clause”, all bill of lading benefits were extended to it.

[10] Mitsui and Itochu have a long-term charter between themselves, which calls for Tokyo arbitration. However, there is no evidence that Mazda Canada was aware of it, and in any event it does not form part of the contract endorsed over.

[11] Clause 28 of the governing bill of lading provides:

28. LAW AND JURISDICTION

The contract evidenced by or contained in this Bill of Lading shall be governed by Japanese law except as may be otherwise provided for herein.

Unless otherwise agreed, any action against the Carrier thereunder must be brought exclusively before the Tokyo District Court in Japan. Any action by the Carrier to enforce any provision of this Bill of Lading may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the Carrier.

[12] Section 50 [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)] confirms this Court’s discretionary power to stay proceedings on the ground that the claim is proceeding in another jurisdiction or if for any other reason it is in the interests of justice to do so. However, the aforesaid section 46 of the more recent *Marine Liability Act* goes on to say that notwithstanding a foreign jurisdiction clause, a cargo action may be instituted here if, among other things, the intended port of discharge is Canadian.

Itochu a vendu la cargaison à Mazda Canada, en faveur de qui elle a endossé le connaissement.

[9] Dans le connaissement, Mitsui est identifiée comme étant le « transporteur », mais le « sous-traitant » est assimilé au propriétaire du navire suivant la définition prévue au connaissement. En vertu de la « clause Himalaya », Mitsui a pu bénéficier de tous les avantages conférés par le connaissement.

[10] Mitsui et Itochu ont conclu entre elles une charte-partie de longue durée, qui prévoit un arbitrage dit « de Tokyo ». Il n’y a rien cependant qui permette de penser que Mazda Canada était au courant de l’existence de ce contrat, qui ne fait de toute façon pas partie du contrat qui a été endossé en sa faveur.

[11] L’article 28 du connaissement applicable est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

28. DROIT APPLICABLE ET COMPÉTENCE

Sauf disposition contraire aux présentes, le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit du Japon.

Sauf entente contraire, tout différend en découlant ou toute demande s’y rapportant ressortit à la Cour de district de Tokyo. Toute action introduite par le transporteur en vue de faire respecter les stipulations du présent connaissement peut être introduite devant tout tribunal compétent au choix du transporteur.

[12] L’article 50 [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)] confirme le pouvoir discrétionnaire de notre Cour de suspendre les procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l’intérêt de la justice l’exige. Toutefois, l’article 46, précité, de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, qui est plus récente, précise qu’indépendamment de l’existence d’une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si, notamment, le port de chargement prévu est situé au Canada.

[13] Were it not for section 46, I would have granted the stay without hesitation. The starting point is the decision of Mr. Justice Brandon, as he then was, in *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), fully approved by our Supreme Court in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450.

[14] Under *The Eleftheria* principle, a court which otherwise has jurisdiction is not bound to grant a stay in light of a foreign forum selection clause, but in its discretion should do so unless there is "strong cause" otherwise. In exercising its discretion, the court should take into account all the circumstances including: (a) where the evidence is available and the effect of that on the relative convenience and expense of trial; (b) whether the law of the foreign court applies and if so, whether it differs from our law in any material respect; (c) to which country the parties are connected, and how closely; (d) whether the defendants generally desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages; and (e) whether the plaintiff would be prejudiced in the foreign court because: (i) it would be deprived of security; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time bar not otherwise applicable; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. In this case, the defendants realize a stay of the Canadian action would be conditional on their waiving time bar in Japan.

[15] As Mr. Justice Bastarache noted in *Z.I. Pompey*, at paragraph 29: "[b]ills of lading are typically entered into by sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions who should, in normal circumstances, be held to their bargain." There has been a long history of Mazda automobiles being shipped to Canada under the same bill of lading form. Mazda Canada was certainly aware that the bill of lading purported to give the Tokyo courts exclusive jurisdiction.

[13] N'eût été de l'article 46, j'aurais accordé sans hésiter la suspension demandée. Le point de départ est la décision du juge Brandon dans l'affaire *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), que la Cour suprême a entièrement approuvée dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450.

[14] Suivant le principe posé dans l'arrêt *The Eleftheria*, le tribunal par ailleurs compétent n'est pas tenu d'accorder une suspension d'instance s'il existe une clause d'élection du for, mais il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en accordant la suspension demandée à moins qu'on ne lui démontre qu'il existe des « motifs sérieux » de ne pas le faire. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit tenir compte des circonstances suivantes : a) où peut-on trouver la preuve et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés d'un procès ici ou à l'étranger? b) le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il de notre droit sur des points importants? c) avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et dans quelle mesure? d) les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural? e) le demandeurs subiraient-ils un préjudice s'il devait intenter une action devant un tribunal étranger : i) parce qu'il serait privés de garantie à l'égard de sa réclamation; ii) parce qu'il serait incapables de faire exécuter le jugement obtenu; iii) parce qu'il serait soumis à un délai de prescription non applicable au Canada; ou iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, il ne serait pas en mesure d'obtenir un jugement équitable. Dans le cas qui nous occupe, les défendeurs sont conscients du fait qu'une suspension de l'action intentée au Canada serait conditionnelle à une renonciation par eux au délai de prescription applicable au Japon.

[15] Ainsi que le juge Bastarache l'a signalé dans l'arrêt *Z.I. Pompey*, au paragraphe 29 : « Les connaissements sont en général conclus par des personnes averties qui sont rompues à la négociation d'opérations de transport maritime et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements ». Depuis longtemps, des automobiles Mazda sont expédiées au Canada sous la même formule de connaissement. Mazda Canada était certainement au courant que le connaissement était censé conférer une compétence exclusive aux tribunaux de Tokyo.

MARINE LIABILITY ACT

[16] In 2001, our *Marine Liability Act* came into force. Section 46 provides:

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.

(2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.

[17] It has already been held that section 46 does not override the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*. Yet, the question remains whether the bill of lading should be construed as if it contained no forum selection clause, or whether that clause is still a factor the Court should take into account in exercising its discretion.

FORUM NON CONVENIENS

[18] Although an anti-suit injunction case, the decision of the Supreme Court in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, has been constantly cited, including by that Court itself, in the context of motions for interlocutory stays of proceedings. In turn, *Amchem* rendered homage to English cases, particularly *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

LOI SUR LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE MARITIME

[16] En 2001, notre *Loi sur la responsabilité en matière maritime* est entrée en vigueur. L'article 46 dispose :

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.

(2) Malgré le paragraphe (1), les parties à un contrat visé à ce paragraphe peuvent d'un commun accord désigner, postérieurement à la créance née du contrat, le lieu où le réclamant peut intenter une procédure judiciaire ou arbitrale.

[17] Il a déjà été jugé que l'article 46 n'a pas préséance sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder une suspension en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Pourtant, on ne sait toujours pas si le connaissance devrait être interprété comme s'il ne renfermait pas de clause d'élection de for ou si cette clause constitue toujours un facteur dont la Cour devrait tenir compte lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire.

FORUM NON CONVENIENS

[18] Malgré le fait qu'il s'agissait d'une affaire portant sur une injonction interdisant les poursuites, l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, a constamment été cité, y compris par la Cour suprême elle-même, dans le contexte de requêtes en suspension d'instance interlocutoire. À son tour, dans cet arrêt, la Cour suprême rendait hommage à certains arrêts anglais, et notamment l'arrêt *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

[19] As noted by Lord Goff in *Spiliada*, the fundamental principle was expressed long ago by Lord Kinneer in *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665, at page 668:

... the plea can never be sustained unless the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interest of all the parties and for the ends of justice.

[20] The jurisprudence led Lord Goff to conclude at page 11:

In my opinion, the burden resting on the defendant is not just to show that England is not the natural or appropriate forum for the trial, but to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum.

[21] In *Amchem*, at pages 911-912, Mr. Justice Sopinka recognized that modern business transactions and the resolution of disputes arising therefrom transcend domestic jurisdictions:

Meanwhile, the business of litigation, like commerce itself, has become increasingly international. With the increase of free trade and the rapid growth of multi-national corporations it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation. The defendant may not be identified with only one jurisdiction. Moreover, there are frequently multiple defendants carrying on business in a number of jurisdictions and distributing their products or services world wide. As well, the plaintiffs may be a large class residing in different jurisdictions. It is often difficult to pinpoint the place where the transaction giving rise to the action took place. Frequently, there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives.

[22] He continued at page 921:

... I agree with the English authorities that the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. [His emphasis.]

[23] The factors to be considered are fact-driven. There has been no attempt, and indeed it would be quite inappropriate, to set out an exhaustive list of factors

[19] Ainsi que lord Goff l'a fait observer dans l'arrêt *Spiliada*, le principe fondamental a été exprimé il y a longtemps par lord Kinneer dans l'arrêt *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665, à la page 668 :

[TRADUCTION] [...] ce moyen n'est recevable que si le tribunal est convaincu qu'il existe une autre juridiction compétente devant laquelle il est plus convenable de faire instruire l'affaire dans l'intérêt de toutes les parties et pour les favoriser la réalisation des fins de la justice.

[20] La jurisprudence a conduit lord Goff à conclure, à la page 11 :

[TRADUCTION] À mon avis, il incombe au défendeur de démontrer, non seulement que l'Angleterre n'est pas le lieu naturel ou approprié pour la tenue du procès, mais aussi qu'il existe un autre tribunal compétent qui est manifestement ou clairement plus approprié que le tribunal anglais.

[21] Dans l'arrêt *Amchem*, aux pages 911 et 912, le juge Sopinka a reconnu que les activités commerciales modernes et le règlement des litiges en découlant transcendaient les frontières nationales :

Dans l'intervalle, les litiges, comme le commerce, ont pris de plus en plus un caractère international. Étant donné l'essor du libre-échange et la prolifération des sociétés multinationales, il est devenu plus difficile de déterminer un tribunal qui soit nettement approprié pour ce type de litige. Il se peut que l'on ne puisse rattacher le défendeur à un seul ressort. Au surplus, il arrive souvent que les défendeurs soient nombreux, qu'ils exercent leur activité dans nombre de territoires et distribuent leurs produits ou leurs services dans le monde entier. En outre, il se peut que les demandeurs forment un grand groupe et résident dans des ressorts distincts. Il est souvent difficile de mettre le doigt sur l'endroit où l'opération qui a donné ouverture à l'action a été effectuée. Souvent, il n'y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l'action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice.

[22] Le juge Sopinka poursuit, à la page 921 :

[...] tout comme les tribunaux anglais, j'estime qu'il faut établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur. [C'est le juge qui souligne.]

[23] Les facteurs dont il faut tenir compte sont axés sur les faits. Personne n'a tenté de dresser une liste exhaustive des facteurs qui doivent être soupesés et d'ailleurs une

which should be weighed. In *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, the Supreme Court [at paragraph 71] listed the 10 factors set out by the Quebec Court of Appeal in *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL), which are:

- 1) The parties' residence, that of witnesses and experts;
- 2) the location of the material evidence;
- 3) the place where the contract was negotiated and executed;
- 4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
- 5) the location of Defendants' assets;
- 6) the applicable law;
- 7) advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
- 8) the interest of justice;
- 9) the interest of the parties;
- 10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[24] This list was considered by Mr. Justice Evans in the case most on point, *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733 (F.C.A.) [hereinafter *OT Africa*]. In addition, in contracts of affreightment by sea one must now take into account the public policy of Canada as expressed in section 46 of the *Marine Liability Act*, forum selection clauses and that unique feature of maritime law, the action *in rem* with its accompanying warrant of arrest.

JURISDICTION *RATIONE MATERIAE* AND *PERSONAE*

[25] I think it appropriate to jurisdictionally situate section 46 of the *Marine Liability Act* before weighing the factors which should be taken into account in determining whether a stay should be granted in this particular case. The Federal Court has jurisdiction over

telle démarche serait bien maladroite. Dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, la Cour suprême [au paragraphe 71] a repris à son compte les 10 facteurs énumérés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL) :

- 1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;
- 2) la situation des éléments de preuve;
- 3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
- 4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
- 5) la situation des biens appartenant au défendeur;
- 6) la loi applicable au litige;
- 7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
- 8) l'intérêt de la justice;
- 9) l'intérêt des deux parties;
- 10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

[24] Le juge Evans a examiné cette liste dans une affaire fort semblable à la présente, *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733 (C.A.F.) [ci-après *OT Africa*]. Par ailleurs, dans les contrats d'affrètement maritime, il y a lieu de tenir compte de la politique officielle du Canada telle qu'elle est exprimée à l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, des clauses d'élection de for et de cette caractéristique unique du droit maritime, l'action *in rem* avec le mandat de saisie dont elle est assortie.

COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* ET *PERSONAE*

[25] Je pense qu'il convient de situer l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* sur le plan de la compétence avant de soupeser les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il convient d'accorder une suspension en l'espèce. La Cour fédérale a compétence

the subject-matter of this claim by virtue of Canadian maritime law, more particularly paragraph 22(2)(h) of the *Federal Courts Act* as it is for “loss of or damage to goods carried in or on a ship”. There is no geographical limitation on this subject-matter jurisdiction. This Court would have jurisdiction even if the shipment were from one Japanese port to another (*United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541 (C.A.)). It matters not that Japanese law is applicable. Canadian maritime law includes conflict of law rules (*Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157).

[26] Historically, courts took jurisdiction over defendants who were personally served within the country. See rule 127 [as am. by SOR/2004-283, s. 13] and following of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)]. In certain circumstances, service upon an agent in Canada is deemed to be personal service.

[27] If the defendant could not be served within Canada, leave to serve notice of the action elsewhere had to be obtained from the Court. Not to put too fine a line on it, but the plaintiff had to show a reasonably arguable case on the merits, and a real and substantial connection between that case and Canada. As noted by Mr. Justice Sopinka in *Amchem*, most provinces have done away with the need to obtain leave. The *Federal Courts Rules* have been amended to the same effect.

OT AFRICA

[28] Section 46 does not expressly override the Court’s discretion to stay under section 50 of the *Federal Courts Act*, and the two can be read together. As Mr. Justice Evans stated in *OT Africa* at paragraph 36, it “removes the Court’s discretion to stay solely on the ground that the parties have selected an exclusive forum outside Canada” (emphasis added). In reaching that conclusion, he held that certain *obiter* remarks of Mr. Justice Bastarache in *Z.I. Pompey*, above, and by Mr. Justice Nadon in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani*

sur l’objet de la présente demande en vertu du droit maritime canadien et plus particulièrement de l’alinéa 22(2)h) de la *Loi sur les Cours fédérales*, car il s’agit d’une « demande d’indemnisation pour la perte ou l’avarie de marchandises transportées à bord d’un navire ». Cette compétence *ratione materiae* n’est assujettie à aucune limite territoriale. Notre Cour serait compétente même si la cargaison était transportée entre deux ports japonais (*Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 (C.A.)). Il importe peu que le droit japonais s’applique. Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien (*Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157).

[26] Historiquement, les tribunaux se déclaraient compétents à l’égard des défendeurs qui recevaient signification à personne sur le territoire du pays en cause (voir les règles 127 [mod. par DORS/2004-283, art. 13] et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)]). Dans certains cas, la signification effectuée à un mandataire au Canada est réputée être une signification à personne.

[27] S’il n’était pas possible de signifier l’acte introductif d’instance au défendeur au Canada, il fallait obtenir de la Cour l’autorisation de le signifier ailleurs. Sans entrer dans tous les détails, disons que la partie demanderesse devait démontrer que sa cause avait un minimum de fondement, de même que l’existence de liens véritables et substantiels entre le litige et le Canada. Comme le juge Sopinka l’a signalé dans l’arrêt *Amchem*, la plupart des provinces se sont débarrassées de l’obligation d’obtenir une autorisation. Les *Règles des Cours fédérales* ont été modifiées dans le même sens.

OT AFRICA

[28] L’article 46 ne l’emporte pas explicitement sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension qui est conféré à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* et il est possible de concilier ces deux articles. Ainsi que le juge Evans l’a déclaré dans l’arrêt *OT Africa* au paragraphe 36, « 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 » (non souligné dans

(*I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220 (C.A.), do not stand for the proposition that section 46 requires Canadian courts to hear the case on the merits.

[29] In *OT Africa*, the Canadian agent of the English carrier issued a bill of lading covering a shipment from New York to Monrovia, Liberia via Le Havre. The cargo out-turned in damaged condition. The connections with Canada were that the carrier had an agency here and that the contract was made here. The cargo underwriters were also here. These are not the connecting factors before me. I am basing myself on the fact that the intended port of discharge, New Westminster, is in Canada. It could possibly have been argued that the defendants have an agency here. However, I think it right that Mazda did not take up that point.

[30] *OT Africa* responded to the Canadian action by obtaining an anti-suit injunction in the United Kingdom. That anti-suit injunction weighed heavily in Mr. Justice Evans' reasons for granting a stay. He held that section 46 did not rule out considerations of comity and the practical problems to which parallel proceedings may give rise.

[31] He said at paragraphs 79 through 81:

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.

l'original). Pour en arriver à cette conclusion, le juge a expliqué que certaines observations incidentes formulées par le juge Bastarache dans l'arrêt *Z.I. Pompey*, précité, et par le juge Nadon dans l'arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220 (C.A.), n'appuyaient pas la proposition que l'article 46 oblige les tribunaux canadiens à juger l'affaire sur le fond.

[29] Dans l'affaire *OT Africa*, l'agence canadienne d'un chargeur anglais avait émis établi un connaissement portant sur le transport d'une cargaison de New York à Monrovia, au Libéria, via Le Havre. À son arrivée, on a constaté des avaries à la cargaison. Les liens avec le Canada consistaient en le fait que le transporteur y possédait une agence et que le contrat avait été conclu là. Les assureurs de la cargaison se trouvaient également au Canada. Ce ne sont pas les mêmes facteurs de rattachement que ceux qui ont été portés à ma connaissance en l'espèce. Je me fonde sur le fait que le port de débarquement prévu, New Westminster, se trouve au Canada. On aurait peut-être pu soutenir que les défendeurs ont une agence au Canada. Je crois cependant que c'est à juste titre que Mazda n'a pas repris cet argument.

[30] *OT Africa* a répondu à l'action intentée devant les tribunaux canadiens en obtenant au Royaume-Uni une injonction interdisant les poursuites. Le juge Evans a accordé beaucoup de poids à cette injonction pour justifier sa décision d'accorder la suspension demandée. Il a expliqué que l'article 46 n'excluait pas la prise en compte des règles de courtoisie et des problèmes pratiques que l'existence d'instances parallèles serait susceptible de poser.

[31] Il a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 79, 80 et 81 :

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.

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.

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.

[32] However, he went on to speculate that the assumption of jurisdiction by a foreign court, the court chosen in the contract, might not be a relevant factor in a *forum non conveniens* analysis if the shipper, the consignee or the goods were Canadian. He said at paragraph 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 proceedings in the forum specified in the contract.

FACTORS TO BE CONSIDERED

[33] In addition to such factors as set out in *The Eleftheria* and *Spar Aerospace*, the decisions in *OT Africa* and in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, require me to consider Canadian public policy. Although falling within the

L'article 46 confirme les compétences 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.

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.

[32] Il a toutefois poursuivi en spéculant que la déclaration de compétence par le tribunal étranger choisi dans le contrat pourrait ne pas constituer un facteur pertinent dans le cadre d'une analyse du *forum non conveniens* lorsque le chargeur, le consignataire ou les marchandises sont canadiens. Voici en quels termes il s'est exprimé, au paragraphe 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 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.

FACTEURS DONT IL FAUT TENIR COMPTE

[33] Outre les facteurs énumérés dans les arrêts *The Eleftheria* et *Spar Aerospace*, les arrêts *OT Africa* et *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, m'obligent à tenir compte de la politique officielle du Canada. Bien qu'elle relève de

heading of the location of the defendants' assets, the action *in rem* also deserves special mention. Finally, after reflecting upon the decision of the House of Lords in *The Morviken*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1, I will also take the Tokyo jurisdiction clause into account.

[34] The first step is to determine whether there is a natural forum. In my opinion there is not. There are three, if not four, jurisdictions that have a real and substantial connection with this case: Canada, Japan, Singapore, and perhaps the United States.

[35] The next question is whether Japan is clearly a more appropriate forum than Canada. I consider the following factors fairly neutral:

- a. the residence of the parties and their witnesses
- b. the location of the evidence;
- c. the place where the contract was negotiated and executed;
- d. the location of the defendants' assets
- e. the applicable law; and
- f. the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[36] Both Mazda and Mitsui are multi-national Japanese controlled enterprises. Mazda has at least 58 foreign subsidiaries. Mazda Canada, a Canadian corporation, is one of them. Sixty percent of its shares are held by Mazda Motor Corporation of Japan (Mazda Japan), and the other 40% by the Japanese shipper, Itochu. The fact that some 30% of Mazda Motor Corporation is in turn owned by the Ford Motor Company shows just how international the automotive business is. Mazda Canada's underwriters are American, based in Philadelphia. However, insurance does not cover the full extent of the loss.

[37] Mitsui is no less international. Through a Singaporean subsidiary, it owns 70% of the shares of the shipowning company MOB Cougar (PTE) Ltd. The

rubrique de l'emplacement des biens des défendeurs, l'action *in rem* mérite aussi une mention spéciale. Enfin, après m'être arrêté sur l'arrêt *The Morviken*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1, de la Chambre des lords, je vais également tenir compte de la clause de compétence de Tokyo.

[34] La première étape consiste à déterminer s'il existe un tribunal qui convient naturellement. À mon avis, il n'y en a pas. Il y a trois sinon quatre pays qui ont des liens véritables et substantiels avec la présente affaire : le Canada, le Japon, Singapour et, peut-être, les États-Unis.

[35] La question suivante est celle de savoir si le Japon constitue de toute évidence un forum pays plus approprié que le Canada. Les facteurs suivants m'apparaissent assez neutres :

- a. le lieu de résidence des parties et de leurs témoins;
- b. le lieu où se trouve la preuve;
- c. l'endroit où le contrat a été négocié et signé;
- d. le lieu où se trouvent les biens des défendeurs;
- e. le droit applicable;
- f. la nécessité de faire reconnaître le jugement dans un autre ressort.

[36] Mazda et Mitsui sont toutes les deux des entreprises multinationales sous contrôle japonais. Mazda compte au moins 58 filiales à l'étranger. Mazda Canada, une société canadienne, est une d'entre elles. Soixante pour cent de ses actions sont détenues par Mazda Motor Corporation of Japan (Mazda Japan), et les 40 pour 100 restants par un chargeur japonais, Itochu. Le fait qu'environ 30 pour 100 de la Mazda Motor Corporation appartienne à son tour à la Ford Motor Company illustre à quel point le secteur automobile est international. Les assureurs de Mazda Canada sont américains. Ils se trouvent à Philadelphie. L'assurance ne couvre cependant pas la totalité des pertes.

[37] Mitsui est tout aussi internationale. Par l'entremise d'une filiale de Singapour, elle détient 70 pour 100 des actions d'une société propriétaire de navires, MOB

other 30% are owned by Singapore Shipping Corporation, an independent Singaporean company. The owners have a ship management agreement with Seatrade Ship Management (PTE) Ltd. also of Singapore. Seatrade provides, among other things, crew management services and hired the *Cougar Ace*'s Master, officers and crew. The crew is all non-Japanese, comprising citizens of Singapore, Myanmar and the Philippines. In other words, Mitsui flagged out.

[38] Mazda's and Mitsui's international business arrangements are perfectly legitimate. There is no reason for me to pierce the corporate veil.

[39] Although the contract was made in Japan, it was largely carried out on the high seas.

[40] The *Cougar Ace* was built in Japan to the standards of the Japanese Classification Society, Nippon Kaiji Kyokai, and is maintained in that class. Both her hull and machinery and protection and indemnity underwriters are Japanese. She underwent a dry docking in Japan shortly before the fateful voyage.

[41] The working language of the *Cougar Ace* is English. Although built in Japan, all ship drawings and manuals are in English. None of the crew speaks Japanese. They would likely testify in a number of languages including English and Burmese.

[42] Mazda Canada would have few witnesses of its own. Once it proves its interest in the goods and its damages, the burden shifts to the defendants. Damages would be proved by engineers in the employ of Mazda U.S.A. and Mazda Japan, American quality control experts and Canadian and American surveyors.

[43] The defendants will have to deal with the seaworthiness of the *Cougar Ace*, and the diligence

Cougar (PTE) Ltd. Les 30 pour 100 restants sont détenus par Singapour Shipping Corporation, une société indépendante de Singapour. Les propriétaires ont conclu un contrat de gestion de navires avec Seatrade Ship Management (PTE) Ltd., dont le siège se trouve aussi à Singapour. Seatrade offre notamment des services de gestion d'équipage et c'est elle qui a recruté le capitaine, les officiers et l'équipage du *Cougar Ace*. Aucun des membres de l'équipage n'est Japonais : ils sont originaires de Singapour, du Myanmar et des Philippines. En d'autres mots, Mitsui a fait immatriculer le navire à l'étranger.

[38] Les ententes commerciales internationales de Mazda et de Mitsui sont parfaitement légitimes. Il n'y a aucune raison pour laquelle je devrais faire abstraction de la personnalité morale.

[39] Bien que le contrat ait été conclu au Japon, il a en grande partie été exécuté en haute mer.

[40] Le *Cougar Ace* a été construit au Japon selon les normes de la société de classification japonaise Nippon Kaiji Kyokai et il relève toujours du classement de cette société. Tant la société qui assure sa coque et sa machinerie que celle qui couvre sa protection et son assurance à caractère indemnitaire sont japonaises. Le navire a été mis en cale sèche au Japon peu de temps avant le voyage fatidique.

[41] La langue de travail à bord du *Cougar Ace* est l'anglais. Bien qu'il ait été construit au Japon, tous les plans et tous les manuels du navire sont en anglais. Aucun des membres de l'équipage ne parle le japonais. Ils témoigneraient probablement en plusieurs langues dont l'anglais et le birman.

[42] Mazda Canada aurait peu de témoins à faire entendre pour son propre compte. Dès lors qu'elle aura établi ses droits sur les marchandises et qu'elle aura démontré les dommages qu'elle a subis, la charge de la preuve incombera aux défendeurs. Les avaries seront prouvées par des ingénieurs au service de Mazda U.S.A. et de Mazda Japon, des experts américains en contrôle de la qualité et des experts maritimes canadiens et américains.

[43] Les défendeurs auront à traiter de la navigabilité du *Cougar Ace*, et de la diligence exercée pour le rendre

which was exercised to make her so. To the extent the physical condition of the ship is in issue, as to her construction, maintenance and recent dry docking, evidence would be led from both Japan and Singapore. Following the loss, the ship was inspected by experts from Japan, Singapore, the United States and the United Kingdom. To the extent salvage is in issue, the salvors are based in the United States.

[44] If the mishap occurred as a result of crew error, the witness base is definitely in Singapore. Mitsui has pointed the finger at the chief officer, who is Singaporean. As aforesaid, to the extent the crew is not from Singapore, it is from Myanmar and the Philippines, not Japan.

[45] The material evidence is in documentary form, and can be transported anywhere.

[46] Although Mitsui obviously has assets in Japan, there is no evidence that it does not have assets elsewhere. Mazda Canada was in position to arrest the *Cougar Ace* in Portland. In consideration of it not doing so it was given a P & I [protection and indemnity] club letter of undertaking, a letter it chose not to act upon. There is no evidence that it would be unable to execute judgment in Canada, or in the United States.

[47] Although the applicable law is Japanese, as Mr. Justice Brandon noted in *The Eleftheria*, above, the real question is whether that law differs from Canadian law. The parties filed affidavits from prominent Japanese attorneys. Japan gives effect to the Hague-Visby Rules; so does Canada. Japan gives effect to the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996* [being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6]; so does Canada. However, and this is most important, at the time of the casualty Japan did not give effect to the 1996 Protocol; Canada did. Japan does so now, but the uncontested evidence is that the Japanese Court would apply the 1976 Convention. Canada, however, would apply the 1996 Protocol, which more than doubles the limit of liability.

navigable. Dans la mesure où l'état physique du navire est en cause, des témoins du Japon et de Singapour seront entendus au sujet de la construction, de l'entretien et de la mise en cale sèche récente du navire. À la suite du sinistre, le navire a été inspecté par des experts du Japon, de Singapour, des États-Unis et du Royaume-Uni. Pour ce qui est du sauvetage, signalons que les sauveteurs se trouvent aux États-Unis.

[44] Si l'accident est attribuable à une erreur de l'équipage, la plupart des témoins se trouvent alors sans contredit à Singapour. Mitsui a pointé du doigt le capitaine en second, qui est originaire de Singapour. Ainsi que je l'ai déjà dit, les membres de l'équipage qui ne sont pas de Singapour sont du Myanmar et des Philippines, mais pas du Japon.

[45] Les preuves substantielles sont des preuves écrites, et elles peuvent donc être transportées partout.

[46] Bien que Mitsui possède évidemment des biens au Japon, rien ne permet de penser qu'elle n'en a pas aussi ailleurs. Mazda Canada a été en mesure de procéder à la saisie du *Cougar Ace* à Portland. En contrepartie de sa renonciation à la saisie, elle a reçu une lettre d'engagement du P & I [protection et indemnisation] club, à laquelle elle a choisi de ne pas donner suite. Rien ne permet de penser qu'elle ne serait pas en mesure de faire exécuter un jugement au Canada ou aux États-Unis.

[47] Bien que le droit applicable soit japonais, ainsi que le juge Brandon le signale dans l'arrêt *The Eleftheria*, précité, la véritable question à se poser est celle de savoir si ce droit est différent du droit canadien. Les parties ont déposé des affidavits souscrits par d'éminents procureurs japonais. Le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby, tout comme le Canada. Le Japon a adopté la *Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996* [qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6], tout comme le Canada. Toutefois, et cela est très important, au moment où l'accident est survenu, le Japon n'avait pas entériné le Protocole de 1996, alors que le Canada l'avait fait. Le Japon a depuis adopté le Protocole en question mais, suivant la preuve non contestée, les tribunaux japonais appliqueraient la Convention de

[48] This leads me to the remaining factors: the advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, the interests of justice including international comity and public policy, the action *in rem*, the interests of the parties and the forum selection clause.

JURIDICAL ADVANTAGE

[49] Mazda Canada gains a potential financial advantage of about US\$1 500 000 if the action continues here. Under both the Hague-Visby Rules and the 1976 Limitation Convention, the defendant owner and charterer will be entitled to limit their liability, if any, unless it is “proved that the loss resulted from [their] personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.” The burden falls upon the cargo interests, and it is a most difficult burden to overcome.

[50] In both Canada and Japan, if the defendants are liable at all, that liability would likely be limited by application of the Hague-Visby Rules. However, in Japan, unlike Canada, that limited liability would be further reduced by application of the 1976 Convention.

[51] The Hague-Visby Rules would likely limit Mazda Canada’s recovery to US\$5 985 023. Damages are limited to two special drawing rights of the International Monetary Fund per kilo, or currently about US\$3.06 per kilo, for each of the 1 955 890 kilos. By the same token, the Mazda U.S.A. cargo weighed 5 249 560 kilos, which gives a Hague-Visby limit of US\$16 063 653. Leaving aside the Isuzu trucks, the defendants’ potential liability with respect to the full cargo of 4 813 Mazda automobiles is thus limited to US\$22 048 676 (US\$5 985 023 plus US\$16 063 653).

1976. Le Canada appliquerait cependant le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité.

[48] Ce qui m’amène aux facteurs qu’il reste à examiner : les avantages conférés à la demanderesse par son choix du tribunal compétent, les intérêts de la justice, y compris la courtoisie internationale et la politique officielle du Canada, l’action *in rem*, les intérêts des parties et la clause d’élection du for.

AVANTAGES JURIDIQUES

[49] Mazda Canada retire un avantage financier éventuel d’environ 1 500 000 \$US si l’action se poursuit au Canada. Aux termes des Règles de La Haye-Visby et de la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité, le défendeur propriétaire et affrètement n’est pas en droit de limiter sa responsabilité « s’il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ». Le fardeau de la preuve incombe aux personnes ayant un droit sur la cargaison et il est très difficile de s’en acquitter.

[50] Tant au Canada qu’au Japon, si les défendeurs encourent effectivement une responsabilité quelconque, celle-ci sera fort probablement limitée par application des Règles de La Haye-Visby. Toutefois, au Japon, contrairement au Canada, cette responsabilité limitée serait réduite encore plus par application de la Convention de 1976.

[51] Les Règles de La Haye-Visby limiteraient probablement à 5 985 023 \$US le montant que Mazda Canada pourrait récupérer. Les dommages-intérêts sont limités à deux droits de tirage spéciaux du Fonds monétaire international par kilo, ce qui, actuellement, correspond à environ 3,06 \$US le kilo, pour chacun des 1 955 890 kilos. Dans le même ordre d’idées, la cargaison américaine de Mazda avait un poids de 5 249 560 kilos, ce qui se traduit par une limite de 16 063 653 \$US selon les Règles de La Haye-Visby. Si l’on fait abstraction des camions Isuzu, la responsabilité éventuelle des défendeurs à l’égard de la totalité de la cargaison de 4 813 automobiles

[52] The Convention limitation fund is calculated on the tonnage of the ship and places a global limitation on liability with respect to all cargo claims arising from the same incident.

[53] Mazda Canada calculated the *Cougar Ace*'s tonnage limitation fund in Canada as US\$29 190 916 under the 1996 Protocol, while in Japan it would only be US\$12 178 302. Although the fund can only be calculated with precision once a limitation action has been taken, and none has, the point is that in Canada, Mazda's recovery would only be restricted by the Hague-Visby Rules. The principal amount of its recovery, subject to proving damages, would be US\$5 985 023. In Japan, however, that limited recovery would in turn be prorated down by application of the 1976 Convention to approximately US\$4 537 412, a shortfall approaching US\$1 500 000.

[54] However, I do not infer that the defendants are looking to Japan simply in order to lessen their liability. On the contrary, their position is that the Hague-Visby Rules fully exonerate them from liability irrespective of the forum in which the case is heard.

[55] The weight to be given to juridical advantages has been the subject of considerable commentary over the past 30 years. In *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795, Lord Diplock said two conditions had to be met to justify a stay; one positive, the other negative. The first was that the defendant had to satisfy the Court that there was a more appropriate forum. The second was that the stay must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage. However, in both *Spiliada* and *Amchem*, above, it was held that personal and juridical advantages did not have pride of place, and were not necessarily more important than other factors.

Mazda est par conséquent limitée à 22 048 676 \$US (5 985 023 \$US, plus 16 063 653 \$US).

[52] Le fonds consigné en vertu de la Convention est calculé en fonction de la jauge du navire. Une limite globale est fixée à la responsabilité en ce qui concerne toutes les réclamations relatives à la cargaison découlant du même incident.

[53] Mazda Canada a calculé le fonds consigné du *Cougar Ace* au Canada à 29 190 916 \$US conformément au Protocole de 1996, tandis qu'au Japon, il ne serait que de 12 178 302 \$US. Bien que le fonds ne puisse être calculé avec précision qu'une fois qu'une action en limitation de responsabilité a été intentée — ce qui n'est pas le cas en l'espèce — il n'en demeure pas moins qu'au Canada, le montant que Mazda pourrait obtenir ne serait restreint que par les Règles de La Haye-Visby. Le montant principal qu'elle pourrait obtenir, sous réserve de l'établissement des dommages, serait de 5 985 023 \$US. Au Japon, toutefois, cette indemnité limitée serait elle-même réduite par application de la Convention de 1976 et ramenée à environ 4 537 412 \$US, une différence de près de 1 500 000 \$US.

[54] Je n'en conclus pas pour autant que les défendeurs se tournent vers le Japon dans le seul but de limiter leur responsabilité. Au contraire, leur thèse est que les Règles de La Haye-Visby les exonèrent de toute responsabilité et ce, indépendamment du pays où la cause est instruite.

[55] Le poids à accorder aux avantages juridiques est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre depuis une trentaine d'années. Dans l'arrêt *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795, lord Diplock a expliqué que deux conditions doivent être réunies pour justifier une suspension d'instance : la première étant positive, et la seconde étant négative. La première condition est que le défendeur doit convaincre le tribunal qu'il existe une juridiction plus appropriée. La seconde est que la suspension ne doit pas priver le demandeur d'un avantage personnel ou juridique légitime. Cependant, tant dans l'arrêt *Spiliada* que dans la décision *Amchem*, précités, il a été jugé que les avantages personnels et juridiques n'occupent pas une place de choix, et qu'ils ne sont pas nécessairement plus importants que d'autres facteurs.

[56] However, a financial advantage should not be downplayed, particularly in actions *in rem*. Although the action *in rem* has not been perfected by service, that is because the *Cougar Ace* has not called at a Canadian port. Although Mazda Canada casts no aspersions upon the defendants in this regard, the fact remains that the decision to proceed from Dutch Harbor to Portland, rather than to New Westminster, deprived it of Canadian security.

INTERNATIONAL COMITY AND THE ACTION *IN REM*

[57] This brings me to *Holt Cargo Systems Inc.*, above, which is instructive both in terms of the classic admiralty action *in rem* and international comity. In that case, an American necessities man brought an *in rem* action in the Federal Court against a Belgian ship, and arrested her in Halifax. Shortly thereafter, the Belgian shipowner made an assignment in bankruptcy in Belgium. This case, as well as the related case of *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, gave rise to a myriad of proceedings in Canada. What interests us, however, is the trustees' application for a stay of Holt's action on the ground of *forum non conveniens*.

[58] The only connection with Canada was the presence of the ship here. Belgium, on the other hand, was where the shipowner was headquartered. In no way could it have been considered a flag of convenience.

[59] The advantage to Holt in Canada was that its claim would likely be treated as a maritime lien, which would give it secured status unaffected by the bankruptcy. In Belgium the claim would be treated as an ordinary claim with the prospects of a dividend being dim indeed. Mr. Justice MacKay refused to grant a stay [[1997] 3 F.C. 187 (T.D.)]. His decision was upheld both by the Federal Court of Appeal [(1999), 173 D.L.R. (4th) 493] and by the Supreme Court.

[56] Il ne faut cependant pas minimiser l'importance des avantages financiers, en particulier dans les actions *in rem*. Bien que l'action *in rem* n'ait pas encore été mise en état par suite de sa signification, cette situation s'explique par le fait que le *Cougar Ace* n'a encore mouillé dans aucun port canadien. Bien que Mazda Canada n'adresse aucun reproche aux défendeurs à cet égard, il n'en demeure pas moins que la décision de se rendre de Dutch Harbor à Portland, plutôt qu'à New Westminster, l'a privée d'une garantie canadienne.

LA COURTOISIE INTERNATIONALE ET L'ACTION *IN REM*

[57] Ce qui nous amène à l'arrêt *Holt Cargo Systems Inc.*, précité, qui est instructif tant pour ce qui est de l'action maritime *in rem* classique qu'en ce concerne la courtoisie internationale. Dans cette affaire, un fournisseur américain avait introduit devant la Cour fédérale une action *in rem* contre un navire belge qu'il avait fait saisir à Halifax. Peu de temps après, le propriétaire belge du navire a fait faillite en Belgique. Cette affaire, ainsi que l'affaire connexe *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, ont donné lieu à une multitude de procédures au Canada. Ce qui nous intéresse, toutefois, c'est la requête en suspension de l'action de Holt présentée par les syndics pour cause de *forum non conveniens*.

[58] Le seul lien avec le Canada était la présence du navire ici. La Belgique, en revanche, était le pays où le siège du propriétaire du navire se trouvait. Le navire ne pouvait d'aucune façon être considéré comme battant pavillon de complaisance.

[59] L'avantage retiré par Holt au Canada était le fait que sa réclamation serait probablement traitée comme un privilège maritime, ce qui lui conférerait la qualité de créancier garanti sur lequel la faillite n'aurait aucune incidence. En Belgique, la créance serait considérée comme une créance chirographaire et ses chances d'obtenir quelque chose étaient effectivement très minces. Le juge MacKay a refusé d'accorder la suspension [[1997] 3 C.F. 187 (1^{re} inst.)]. Sa décision a été confirmée tant par la Cour d'appel fédérale [[1999] A.C.F. n° 337 (QL)] que par la Cour suprême.

[60] Speaking for that Court, Mr. Justice Binnie said, at paragraphs 93 and 94 that the: “real and substantial connection” test must take into account the special lifestyle of ocean-going freighters. As to the allegation that Holt was engaged in “forum shopping,” he referred to the following passage from Lord Simon in *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.), quoted by Mr. Justice Ritchie in *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn” et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422 [at page 453]:

‘Forum-shopping’ is, indeed, inescapably involved with the concept of maritime lien and the action in rem. Every port is automatically an admiralty emporium. This may be very inconvenient to some defendants; but the system has unquestionably proved itself on the whole as an instrument of justice.

[61] In *Holt*, unlike *Antares* and *Amchem*, there were public policy concepts at stake. The Court had to consider the level of “deference and respect” which was owed to the Belgian Bankruptcy Court. There were three approaches to international bankruptcies: universalism, pluralism and territorialism. The trustees advocated a “universalist approach” because it was in their interest to do so, acting on behalf of the unsecured creditors. Obviously Holt had to take up the “territorialist approach” if it was going to be paid in full, or perhaps at all. This led Mr. Justice Binnie to say at paragraph 88: “[t]he dollars and cents issue in this case should not be obscured entirely by the scholarly debate between universalists, pluralists and territorialists.”

[62] There are public policy issues at stake in this case as well. Freedom of contract is subordinated to the will of the state. A domestic carrier doing business within Canada, or a foreign carrier doing business with Canada, cannot circumvent Canadian law simply by inserting a foreign forum selection clause in the bill of lading, and then moving that foreign court for a negative declaration of liability.

[60] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a expliqué, aux paragraphes 93 et 94, que le critère du « lien réel et important » devait tenir compte du mode de vie particulier des cargos. Quant à l’allégation que Holt était à la recherche du tribunal le plus accommodant, le juge a cité le passage suivant du jugement de lord Simon dans l’affaire *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.), repris par le juge Ritchie dans l’arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422 [à la page 453] :

La « recherche d’un tribunal » est de fait inévitablement liée au concept du privilège maritime et à l’action *in rem*. Chaque port constitue automatiquement un choix possible en matière d’amirauté. Cela peut être très ennuyeux pour certains défendeurs; mais de façon générale, le système sert incontestablement les fins de la justice.

[61] Dans l’affaire *Holt*, contrairement à ce qui était le cas dans les affaires *Antares* et *Amchem*, il y avait des considérations de politique publique en jeu. La Cour devait examiner le degré de « déférence et de respect » dont il y avait lieu de faire preuve envers le tribunal belge des faillites. Il existe trois approches en matière de faillites internationales : l’universalisme, le pluralisme et le territorialisme. Les syndicats préconisaient une « approche universaliste » parce qu’il était dans leur intérêt de le faire, puisqu’ils représentaient les créanciers chirographaires. De toute évidence, Holt devait adopter l’« approche territorialiste » si elle souhaitait voir sa réclamation acquittée en totalité ou peut-être même tout simplement acquittée. Ces considérations ont amené le juge Binnie à dire ce qui suit, au paragraphe 88 : « La question monétaire en l’espèce ne doit pas être totalement éclipsée par le débat doctrinal entre les universalistes, les pluralistes et les territorialistes ».

[62] Il y a aussi des questions de politique publique en jeu dans la présente affaire. La liberté de contracter est subordonnée à la volonté de l’État. Un transporteur national qui fait affaire à l’intérieur du Canada et un transporteur étranger qui fait affaire avec le Canada ne peuvent contourner la loi canadienne en se contentant d’insérer une clause d’élection de for dans le connaissement pour ensuite saisir le tribunal étranger en question en vue d’obtenir un jugement déclaratoire l’exonérant de toute responsabilité.

[63] Mitsui suggests that section 46 flies in the face of international comity. I disagree. The Hague-Visby Rules do not deal with jurisdiction. The Hamburg Rules [*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, concluded at Hamburg on 31 March, 1978, 1695 U.N.T.S. 3 [S.C. 2001, c. 6, Sch. 4]], a convention designed to replace the Hague-Visby Rules, do. The Hamburg Rules were enacted and form part of the *Marine Liability Act*, but have not been proclaimed in force. It may well be, as Mitsui suggests, that the Hamburg Rules may never gain general acceptance and may never come into force here. Nevertheless, a number of countries, including Canada, which do not give effect thereto have enacted jurisdictional provisions inspired therefrom. Mr. Justice Evans surveyed the field in *OT Africa*. He pointed out that Australia, New Zealand, South Africa, Denmark, Finland, Norway, Sweden and The People's Republic of China have enacted provisions similar to section 46. Indeed, the Australian *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 160, 1991] and the New Zealand *Maritime Transport Act 1994* [(N.Z.), 1994/104] strike down exclusive foreign jurisdiction clauses as null and void.

[64] All this is to say that section 46 of the *Marine Liability Act* does not make Canada an international pariah. Before leaving the topic of international comity, it should be emphasized that in this case, unlike *OT Africa*, the Japanese courts have not issued an anti-suit injunction. Although the opinion has been offered that the Japanese courts will take jurisdiction, they apparently will do nothing to impede the Canadian action. Nor is Mazda seeking an anti-suit injunction.

[65] These last mentioned factors all weigh in favour of Canada, the plaintiff's choice of forum. The discovery process may be better here, but I will simply say it does not favour Japan.

[63] Suivant Mitsui, l'article 46 va à l'encontre du principe de la courtoisie internationale. Je ne suis pas de cet avis. Les Règles de La Haye-Visby ne portent pas sur la compétence. Les Règles de Hambourg [*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 [L.C. 2001, ch. 6, ann. 4]], une convention censée remplacer les Règles de La Haye-Visby en traitent. Les Règles de Hambourg ont été édictées en application de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, dont elles font partie, mais elles ne sont pas encore entrées en vigueur. Il est fort possible, comme Mitsui le laisse entendre, que les Règles de Hambourg ne recueillent jamais l'adhésion générale et qu'elles n'entrent jamais en vigueur au Canada. Quoiqu'il en soit, plusieurs pays, dont le Canada, qui n'ont pas entériné cette Convention ont adopté des dispositions relatives à la compétence qui s'en inspirent. Le juge Evans a examiné la question dans l'affaire *OT Africa*. Il a souligné que l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et la République populaire de Chine avaient tous adopté des dispositions semblables à notre article 46. De fait, la *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 60, 1991] de l'Australie et la *Maritime Transport Act 1994* [(N.Z.), 1994/104] de la Nouvelle-Zélande ont pour effet de déclarer nulles et de nul effet les clauses attribuant une compétence exclusive à des tribunaux étrangers.

[64] Tout cela pour dire que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne fait pas du Canada un paria sur le plan international. Avant de laisser le sujet de la courtoisie internationale, je tiens à souligner qu'en l'espèce, contrairement à l'affaire *OT Africa*, les tribunaux japonais n'ont pas prononcé d'injonction interdisant les poursuites. Bien que certains aient avancé l'idée que les tribunaux japonais se déclareront compétents, il semble qu'ils ne feront rien pour faire obstacle à l'action intentée au Canada. Mazda ne réclame par ailleurs pas d'injonction interdisant les poursuites.

[65] Ces derniers facteurs penchent tous en faveur du Canada, qui est le for choisi par la demanderesse. La procédure de communication préalable est peut-être meilleure ici, mais je me contenterai de dire qu'elle ne favorise pas le Japon.

[66] I do not consider it particularly relevant whether the Mazda U.S.A. claim continues in the U.S.A. or proceeds in Japan. It is noteworthy that the U.S. does not have a section 46. As a matter of interest, Canada and the United States have changed positions. Their position is akin to ours before the *Marine Liability Act*, and ours is like theirs before the decision of their Supreme Court in *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

THE JURISDICTION CLAUSE

[67] I turn now to the jurisdiction clause. The contract cannot be read as if it were not there. Indeed, it might be that if the other factors taken as a whole favoured Japan, a Japanese jurisdiction clause, as opposed to some other foreign jurisdiction clause, might clearly make Japan the more appropriate forum. However, for the reasons aforesaid, that is not the case here.

[68] The situation before me differs from that before the House of Lords in *The Morviken*, above. Cargo had been taken onboard in the United Kingdom for through carriage to the Netherland Antilles. The bill of lading called for Netherlands law and jurisdiction. At the time the United Kingdom had given effect to the Visby amendments to the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August 1924] while the Netherlands had not yet. Under the laws of the United Kingdom, the Hague-Visby Rules were compulsory applicable. The limitation of liability under the Hague-Visby Rules was much higher than under the Hague Rules. Lord Diplock held that the bill of lading was to be read as if it contained neither a proper law, nor a forum selection clause. However, in this case, unlike in *The Morviken*, section 46 of the *Marine Liability Act* does not have the effect of rendering either the proper law clause or the forum selection clause null and void.

[66] Je ne trouve pas particulièrement utile de répondre à la question de savoir si la réclamation de Mazda U.S.A. se poursuit aux États-Unis ou si elle doit se transporter au Japon. Il vaut la peine de signaler que les États-Unis n'ont pas de disposition semblable à notre article 46. Fait intéressant à signaler, le Canada et les États-Unis ont changé leur position. La thèse des États-Unis ressemble à la nôtre avant l'adoption de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, et la nôtre ressemble à la leur avant que leur Cour suprême ne rende l'arrêt *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE

[67] Je passe maintenant à la clause attributive de compétence. On ne peut interpréter le contrat comme si cette clause ne s'y trouvait pas. D'ailleurs, il se peut que si les autres facteurs, pris globalement, favorisent le Japon, une clause de compétence japonaise, par opposition à une clause attribuant la compétence à un autre pays, ferait de toute évidence du Japon le pays du tribunal le plus approprié. Toutefois, pour les motifs déjà exposés, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[68] La situation qui m'est soumise diffère de celle sur laquelle la Chambre des lords devait se prononcer dans l'affaire *The Morviken*, précitée. La cargaison avait été chargée à bord du navire au Royaume-Uni en vue d'être transportée jusqu'aux Antilles néerlandaises. Le connaissement prévoyait l'application du droit néerlandais et le recours aux tribunaux néerlandais. À l'époque, le Royaume-Uni avait ratifié les modifications aux Règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924] prévues par les Règles de La Haye-Visby alors que les Pays-Bas ne l'avaient pas encore fait. Suivant les lois du Royaume-Uni, l'application des Règles de La Haye-Visby était obligatoire. La limite de responsabilité prévue par les Règles de La Haye-Visby était beaucoup plus élevée que celle qui était fixée par les Règles de La Haye. Lord Diplock a estimé que le connaissement devait être interprété comme s'il ne renfermait ni clause relative aux règles de droit applicables, ni clause d'élection du for. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, contrairement à l'affaire *The Morviken*, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'a pas pour effet de

[69] Since the jurisdiction clause is not illegal here, it should not be ignored, but little weight can be given to it in the light of Canada's public policy as enunciated in section 46. Certainly, it does not tip the scales in Japan's favour.

[70] In summation, the effect of section 46 of the *Marine Liability Act* is to deem that a case has a real and substantial connection with Canada should one of the factors therein be present. Canada has a real and substantial connection with this case because New Westminster was the intended port of discharge. The plaintiff is entitled to select its forum. It has not been clearly established that Japan would be a more appropriate forum.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the motion of Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. and MOB Cougar (PTE) Ltd. to stay this action is dismissed with costs.

rendre nulles et de nul effet la clause relative aux règles de droit applicables ou la clause d'élection du for.

[69] Comme la clause attributive de compétence n'est pas illégale dans le cas qui nous occupe, on ne doit pas l'ignorer. On ne peut cependant lui accorder beaucoup de poids, en raison de la politique officielle canadienne exprimée à l'article 46. Une chose est sûre : cette clause ne fait pas pencher la balance en faveur du Japon.

[70] En résumé, il découle de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* que l'on doit présumer que l'affaire a des liens véritables et substantiels avec le Canada si l'un des facteurs énumérés à cet article est présent. Le Canada possède effectivement des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu. La demanderesse a le droit de choisir sa juridiction. Il n'a pas été clairement démontré que les tribunaux japonais seraient un for plus approprié.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la requête en suspension de l'action de Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. et de MOB Cougar (PTE) Ltd. soit est rejetée avec dépens.