

T-2754-94

**Trans-Continental Textile Recycling Ltd. (Plaintiff)**

v.

**Partenreederei m.s. Erato, Flairius Enterprises S.A., Mediterranean Shipping Co. S.A., Société Ivoirienne de Transport Maritime, The Owners and All Others Interested in the Ships Erato II and MSC Giovanna (Defendants)**

**INDEXED AS: TRANS-CONTINENTAL TEXTILE RECYCLING LTD. v. ERATO (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P. — Vancouver, November 6 and 9, 1995.

*Practice — Stay of proceedings — Application to stay proceedings pursuant to Federal Court Act, s. 50 — Bill of lading providing disputes relating to cargo carried to or from U.S.A. subject to sole jurisdiction of U.S. District Court — Goods shipped overland from Vancouver to Baltimore, carried by sea to Antwerp, placed in new container for onward carriage to Ghana, where arriving short, damaged — (1) Jurisdiction clause applied — No ambiguity as to court nominated by owner — Contract with carrier for ocean carriage from U.S.A. and within jurisdiction clause — Jurisdiction clause not ambiguous — (2) Discretion to deny stay, given jurisdiction clause, should not be exercised unless strong cause for doing so — (3) Though substantial costs could be awarded in Federal Court, but not in New York District Court, issue merely going to balance of convenience; insufficient basis for exercise of discretion to deny stay — Balance of convenience favouring neither Vancouver nor New York — (4) Defendants submitting to jurisdiction by filing defence, providing draft list of documents, not objecting to jurisdiction until nine months later.*

This was an application for a stay of proceedings pursuant to *Federal Court Act*, section 50, which permits the Court, in its discretion, to stay proceedings either where the claim is proceeding in another jurisdiction or where, for any reason, it is in the interest of justice. Goods were shipped overland from Vancouver to Baltimore, then carried by sea to Antwerp where they were placed in a new container for carriage to Ghana, arriving short and damaged. Clause 2 of

T-2754-94

**Trans-Continental Textile Recycling Ltd. (demanderesse)**

c.

**Partenreederei n.m. Erato, Flairius Enterprises S.A., Mediterranean Shipping Co. S.A., Société Ivoirienne de Transport Maritime, les propriétaires et toutes autres personnes ayant un droit sur les navires Erato II et MSC Giovanna (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: TRANS-CONTINENTAL TEXTILE RECYCLING LTD. c. ERATO (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave — Vancouver, 6 et 9 novembre 1995.

*Pratique — Suspension d'instance — Demande de suspension des procédures en application de l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale — Le connaissement prévoit que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant relèvent de la compétence exclusive de la Cour de district américaine — Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par mer à Anvers, où elles ont été placées dans un nouveau conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts — 1) La clause de compétence s'applique — Il n'existe aucune ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire — Contrat conclu avec le transporteur pour transport par mer à partir des É.-U. et visé par la clause de compétence — La clause de compétence n'est pas ambiguë — 2) Le pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il n'existe un motif impérieux de le faire — 3) Bien que d'importants frais puissent être adjugés devant la Cour fédérale, et non devant la Cour de district de New York, la question porte simplement sur la prépondérance des inconvénients; il n'existe pas suffisamment de motifs pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vue de refuser une suspension — La prépondérance des inconvénients ne favorise ni Vancouver ni New York — 4) Les défendeurs ont acquiescé à la compétence en déposant leur défense, en produisant un projet de liste de documents, en ne s'opposant à la compétence que neuf mois plus tard.*

Il s'agit d'une demande de suspension des procédures en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui permet à la Cour, à sa discrétion, de suspendre les procédures soit lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, soit lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par mer à Anvers, où elles ont été placées dans un nouveau

the bill of lading provided that disputes relating to cargo carried to or from the United States would be subject to the sole jurisdiction of the U.S. District Court, Southern District of New York, and U.S. law would be applied. Clause 3 provided that the carrier would, acting as the shipper's agent, arrange for transport of the cargo by other carriers from the place of origin to port of loading and/or from port of discharge to destination, and during such through transport, handling and storage of the goods would be subject to the freight contracts and tariffs of the other carriers. Clause 17 provided for the application of the American *Carriage of Goods by Sea Act* before loading and after discharge as long as the goods remained in the actual custody and control of the carrier. The paramount clause provided for the application of that Act when goods were shipped from the United States. The application for a stay was not made until nine months after the defence was filed.

The issues were (1) whether the jurisdiction clause applied; (2) whether the Court should exercise its discretion to grant a stay; (3) whether the balance of convenience favoured Canada; and (4) whether the defendants had submitted to the Court's jurisdiction.

*Held*, the application should be dismissed.

The defendants established a *prima facie* case for a stay based on the contractual obligation in the bill of lading requiring litigation before the New York District Court. The onus shifted to the plaintiff to show that there were special circumstances by reason of which justice required that the trial should take place in the Federal Court of Canada.

(1) The jurisdiction clause applied. (i) There was no ambiguity as to the court nominated by the owner. (ii) Under clause 3, the land carriage portion of the transportation was arranged by the ocean carrier as agent for the shipper. Thus, the contract for land carriage was separate and was between the shipper and the land carrier. Transportation by the ocean carrier was from the American East Coast and fell within the jurisdiction clause, even though the cargo came from Vancouver. (iii) The jurisdiction clause was not ambiguous. The ocean carrier acted as the shipper's agent in arranging other portions of the carriage to the port of loading. The face of the bill of lading was clearly for through transport, setting out an American port, Baltimore, as the port of loading. Finally, clause 17 made a clear reference, which was a reflection of the paramount clause, to the American *Carriage of Goods by Sea Act*.

conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts. La clause 2 du connaissement prévoit que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique de la Cour de district américaine, District sud de New York, et le droit américain s'applique. La clause 3 prévoit que le transporteur prendra, à titre de mandataire de l'expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d'autres transporteurs à partir du point d'origine au port de chargement ou à partir du port de déchargement jusqu'au lieu de destination, ou prendre ces deux mesures à la fois et que, au cours de ce transport direct, la manipulation et l'emmagasinage des marchandises feront l'objet des contrats d'affrètement et des tarifs des autres transporteurs. En vertu de la clause 17, la loi américaine dite *Carriage of Goods by Sea Act* s'applique avant le chargement et après le déchargement, aussi longtemps que les marchandises demeureront sous la garde et le contrôle réels du transporteur. La disposition attributive de prépondérance prévoit l'application de cette loi lorsque des marchandises sont expédiées à partir des États-Unis. La demande de suspension n'a été faite que neuf mois après que la défense eut été déposée.

Il s'agit de savoir 1) si la clause de compétence s'applique; 2) si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder une suspension; 3) si la prépondérance des inconvénients favorise le Canada et 4) si les défendeurs ont acquiescé à la compétence de la Cour.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Les défendeurs ont établi l'existence d'une cause *prima facie* en vue d'une suspension fondée sur l'obligation contractuelle figurant dans le connaissement, celle de saisir la cour de district de New York de tous litiges. Il incombe alors à la demanderesse de prouver qu'il existe des circonstances spéciales en raison desquelles la justice exige que le procès ait lieu devant la Cour fédérale du Canada.

1) La clause de compétence s'applique. i) Il n'existe certes pas d'ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire. ii) En vertu de la clause 3, la partie terrestre du transport a été arrangée par le transporteur maritime en tant que mandataire de l'expéditeur. Ainsi donc, le contrat de transport par terre est distinct et lie l'expéditeur et le voiturier par terre. Le transport assuré par le transporteur maritime a été effectué à partir de la Côte est américaine et relève donc de la clause de compétence même si la cargaison provenait de Vancouver. iii) La clause de compétence n'est pas ambiguë. Le transporteur maritime agit à titre de mandataire de l'expéditeur en prenant des dispositions pour d'autres parties du transport jusqu'au port de chargement. Le recto du connaissement porte clairement sur le transport direct, déterminant un port américain, Baltimore, comme port de chargement. En dernier lieu, la clause 17 fait clairement état, en raison de la disposition attributive de prépondérance, de la loi américaine dite *Carriage of Goods by Sea Act*.

(2) The discretion to deny a stay, given the jurisdiction clause, should not be exercised unless there is a strong cause for doing so.

(3) Even though the successful party could be awarded substantial costs in the Federal Court, but nothing in the New York District Court, this case fell into the category of "mere balance of convenience". The Court was not prepared to exercise its discretion to deny a stay on this basis alone. Neither Vancouver nor New York was more convenient than the other to the extent of providing a strong reason to override the jurisdiction clause.

(4) The defendants have given every indication of attornment to the jurisdiction. They did not explain why they had waited nine months after filing their defence before invoking the jurisdiction clause. In filing a defence and providing a draft list of documents without objecting to jurisdiction and only advising the plaintiff that they would be challenging jurisdiction nine months after filing the defence, the defendants left it too late to seek a stay on that ground.

2) Le pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il n'existe un motif impérieux de le faire.

3) Lors même que la partie qui a gain de cause pourrait se voir adjuger d'importants frais devant la Cour fédérale, mais rien devant la Cour de district de New York, l'espèce relève de la catégorie de la «simple prépondérance des incon vénients». La Cour n'est pas disposée à exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder une suspension sur ce seul fondement. Ni Vancouver ni New York ne convient plus que l'autre au point de fournir un motif impérieux de passer outre à la clause de compétence.

4) Tout indique que les défendeurs ont acquiescé à la compétence. Ils n'ont pas expliqué pourquoi ils ont attendu neuf mois après avoir déposé leur défense avant d'invoquer la clause de compétence. En déposant une défense, en produisant un projet de liste de documents sans s'opposer à la compétence et en avisant la demanderesse qu'ils contesteraient la compétence seulement neuf mois après le dépôt de la défense, les défendeurs ont laissé s'écouler trop de temps pour demander une suspension fondée sur ce motif.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. § 1300 (1988).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/95-282, s. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Burrard-Yarrows Corp. v. The Hoegh Merchant*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.); *Seapearl (The ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 L.Loyd's Rep. 237 (Adm.); *Ultramar Canada v. Lineas Asmar S.A.*, [1989] F.C.J. No. 242 (C.A.) (QL); *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.); *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395 (C.A.); *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611; (1969), 6 D.L.R. (3d) 288 (H.C.); *Catalyst Research Corp. v. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 F.C. 620; (1981), 120 D.L.R. (3d) 159; 55 C.P.R. (2d) 85 (T.D.); aff'd [1982] 2 F.C. 657; (1982), 131 D.L.R. (3d) 767; 61 C.P.R. (2d) 91 (C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The M.V. Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. § 1300 (1988).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 50.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, tarif B (mod. par DORS/95-282, art. 5).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Burrard-Yarrows Corp. c. Le Hoegh Merchant*, [1982] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.); *Navire Seapearl M/V c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 L.Loyd's Rep. 237 (Adm.); *Ultramar Canada c. Lineas Asmar S.A.*, [1989] F.C.J. n<sup>o</sup> 242 (C.A.) (QL); *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.); *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395 (C.A.); *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611; (1969), 6 D.L.R. (3d) 288 (H.C.); *Catalyst Research Corp. c. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 C.F. 620; (1981), 120 D.L.R. (3d) 159; 55 C.P.R. (2d) 85 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1982] 2 C.F. 657; (1982), 131 D.L.R. (3d) 767; 61 C.P.R. (2d) 91 (C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le N.M. Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L.Rep. 340 (K.B.); *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.).

## REFERRED TO:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.); *Spiliada, The*, [1987] 1 Rep. Lloyd's 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

APPLICATION to stay proceedings pursuant to *Federal Court Act*, section 50 based on a clause in the bill of lading which required that disputes relating to cargo carried to or from the U.S.A. be heard by the U.S. District Court. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Christopher Giaschi* for plaintiff.  
*Peter G. Bernard* for defendants.

## SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt*, Vancouver, for plaintiff.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, for defendants.

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

HARGRAVE P.: This motion, by the defendants Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A., for a stay of these proceedings which they submit ought to be heard by the U.S. District Court, Southern District of New York (the New York District Court), arises out of a jurisdiction clause in a bill of lading, dated November 30, 1993, at Vancouver, for a container of used clothing. The goods were shipped overland from Vancouver to Baltimore, then carried by the *MSC Giovanna* to Antwerp, where the goods were placed in a new container for onward carriage to Ghana, arriving there short and damaged.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L.Rep. 340 (K.B.); *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (C.F.1<sup>re</sup> inst.); *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.); *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.).

## DOCTRINE

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

DEMANDE de suspension d'instance, en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, fondée sur une clause figurant dans le connaissement qui exigeait que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant soient entendus par la Cour de district américaine. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Christopher Giaschi* pour la demanderesse.  
*Peter G. Bernard* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La présente requête, introduite par les défenderesses Flairius Enterprises S.A. et Mediterranean Shipping Co. S.A., en suspension des présentes procédures qui, selon elles, devraient être entendues par la Cour de district américaine, district sud de New York (la Cour de district de New York), découle d'une clause de compétence figurant dans un connaissement établi à Vancouver, en date du 30 novembre 1993, concernant un conteneur de vêtements usagés. Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par le *MSC Giovanna* à Anvers, où

elles ont été placées dans un nouveau conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts.

### PERTINENT BILL OF LADING PROVISIONS

The parties have dealt with each other in the past and thus the plaintiff would be taken to be familiar with the bill of lading. Clause 2 on the reverse of the bill of lading sets out, in part:

LAW AND JURISDICTION. Claims and disputes arising under or in connection with this B/L shall be referred to the High Court of Justice in London or such other place as the Carrier in his sole discretion shall designate. English law to be applied, unless some other law is compulsorily applicable, except that claims and disputes relating to cargo carried to or from the United States shall be subject to the sole jurisdiction of the U.S. in the U.S. District Court, Southern District of New York and U.S. law shall be applied. [Emphasis added.]

Clause 3 of the bill of lading deals, in part, with the filling in of through transport boxes on the face of the bill of lading and with arranging for other than the ocean carriage offered by the carrier:

If boxes 5 and/or 6 are filled out the Carrier will, acting as the shipper's agent, only arrange for transport of the cargo by other Carriers from the place of origin to Port of Loading and/or from Port of Discharge to destination, and during such segments of Through Transport, handling and storage of goods shall be subject to the freight contracts and tariffs of the other Carriers.

In the context of jurisdiction a portion of clause 17 is also relevant:

If goods are shipped from the U.S.A., U.S. COGSA shall apply before loading and after discharge as long as the goods remain in the actual custody and control of the Carrier.

### a LES DISPOSITIONS APPLICABLES DU CONNAISSEMENT

Les parties ont fait affaire ensemble dans le passé, de sorte que la demanderesse serait considérée comme étant au fait du connaissement. La clause 2 figurant au verso du connaissement se lit notamment:

[TRADUCTION] DROIT ET COMPÉTENCE. Les réclamations et les litiges nés du présent connaissement ou relativement à celui-ci doivent être déférés à la Haute Cour de justice de Londres ou à une autre instance que le transporteur, à sa discrétion, désignera. Le droit anglais s'applique, à moins qu'une autre loi ne soit d'application obligatoire, sauf que les réclamations et les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique des É.-U., c'est-à-dire de la Cour de district américaine, District sud de New York, et le droit américain s'applique. [C'est moi qui souligne.]

La clause 3 du connaissement porte en partie sur les détails à insérer dans les cases relatives au transport direct, lesquelles figurent au recto du connaissement, et sur les dispositions prises en vue d'un moyen de transport autre que le transport maritime offert par le transporteur:

[TRADUCTION] Si les cases 5 ou 6 ou les deux sont remplies, le transporteur prendra, à titre de mandataire de l'expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d'autres transporteurs seulement à partir du point d'origine au port de chargement ou à partir du port de déchargement jusqu'au lieu de destination, ou prendre ces deux mesures à la fois, et, au cours de ces parties de transport direct, la manipulation et l'emmagasinage des marchandises feront l'objet des contrats d'affrètement et des tarifs des autres transporteurs.

Dans le contexte de la compétence, une partie de la clause 17 est également pertinente:

[TRADUCTION] Si les marchandises sont expédiées des États-Unis, la loi américaine Carriage of Goods by Sea s'applique avant le chargement et après le déchargement aussi longtemps qu'elles demeureront sous la garde et le contrôle réels du transporteur.

as is the paramount clause which provides for the application of the *American Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (1988)] when goods are shipped from the United States. All of this is typical of a combined transport bill of lading.

Il en est ainsi de la disposition attributive de prépondérance, qui prévoit l'application de l'*American Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (1988)], lorsque des marchandises sont expédiées à partir des États-Unis. Il s'agit là du type même du <sup>a</sup>connaissance de transport combiné.

### PRESENT STATUS OF THE PROCEEDINGS

### ÉTAT ACTUEL DES PROCÉDURES

By this motion the defendants Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A. apply for a stay pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. No other defendants have been served, although a P & I Club letter of undertaking was given to prevent the arrest of the *MSC Giovanna*. The letter of undertaking, in favour of cargo owners, is not specific as to any court. It is valid for amounts "adjudged due or awarded to you by a Court/Arbitral Tribunal of competent jurisdiction from the owners/demise charterers of the vessel *MSC Giovanna*".

<sup>b</sup> Par la présente requête, les défenderesses Flairius Enterprises S.A. et Mediterranean Shipping Co. S.A. demandent une suspension en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Bien qu'une lettre d'engagement de P & I Club ait été donnée pour empêcher la saisie du *MSC Giovanna*, aucun autre défendeur n'en a reçu la signification. La lettre d'engagement, en faveur des propriétaires de la cargaison, n'est pas destinée particulièrement à un tribunal. Elle est valable pour des sommes [TRADUCTION] «jugées dues ou qui vous ont été adjugées par une cour/un tribunal d'arbitrage compétent relativement aux propriétaires/affréteurs à coque nue du navire *MSC Giovanna*».

Also relevant is the timing of the present motion. The action was begun, in an apparently timely manner, in November of 1994, with the defence of these two defendants following a month later. Draft affidavits of documents were exchanged during the first part of 1995 and the letter of undertaking, referred to above, issued at the end of March 1995. In June of 1995, plaintiff's solicitor requested the name of a candidate for examination for discovery. It was not until October 1, 1995, that the solicitors for Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A. advised that they had been instructed to apply for a stay on the basis of the jurisdiction clause, in the bill of lading, which is set out above.

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> Est également pertinent le moment du dépôt de la présente requête. L'action a été intentée, de façon apparemment opportune, en novembre 1994, avec le dépôt de la défense de ces deux défenderesses un mois plus tard. Des projets d'affidavits ont été échangés au cours de la première partie de 1995, et la lettre d'engagement, susmentionnée, a été envoyée à la fin de mars 1995. En juin 1995, l'avocat de la demanderesse a demandé le nom d'un défendeur pour l'interrogatoire préalable. Ce n'est qu'au 1<sup>er</sup> octobre 1995 que les avocats de Flairius Enterprises S.A. et de Mediterranean Shipping Co. S.A. ont avisé qu'ils avaient reçu l'instruction de demander une suspension en raison de la clause de compétence, dans le connaissance, qui est énoncée ci-dessus.

### CONSIDERATION

### i EXAMEN

Section 50 of the *Federal Court Act* provides that the Court may, in its discretion, stay proceedings either where the claim is proceeding in another jurisdiction or where, for any reason, it is in the interest of justice.

<sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> L'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures soit lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, soit lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

## Exercise of Discretion

In the present instance, the application for the stay is on the basis of a contractual agreement to litigate in the New York District Court. There is a substantial body of law as to how a court should exercise its discretion, including *Burrard-Yarrows Corp. v. The Hoegh Merchant*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.); *Seapearl (The ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.); and *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (F.C.T.D.).

In the *Seapearl (supra)* Mr. Justice Pratte, speaking for the Court of Appeal, [at pages 176-177] pointed out that, “*Prima facie*, an application to stay proceedings commenced in the Federal Court in defiance of an undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court must succeed because, as a rule, contractual undertakings must be honoured.” He went on to point out that to depart from the *prima facie* rule there must be strong reasons to enable a court to conclude that it would not be just or reasonable, in the circumstances, to enforce the contractual obligation.

In all three of the cases, the *Hoegh Merchant*, the *Seapearl* and *Mountainbell Co. Ltd.*, the courts either considered or quoted from the leading case in the area of an application for a stay grounded upon a jurisdiction clause in a bill of lading, *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.), a decision of Mr. Justice Brandon (as he then was).<sup>1</sup> The much quoted passage is at page 242:

The principles established by the authorities can, I think, be summarized as follows: (1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of

## Exercice du pouvoir discrétionnaire

En l’espèce, la demande de suspension repose sur un engagement contractuel, celui de saisir la Cour de district de New York de tout litige. Il existe une abondante jurisprudence sur la façon dont un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire, à savoir les décisions *Burrard-Yarrows Corp. c. Le Hoegh Merchant*, [1982] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.); *Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.); et *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Dans le *Seapearl*, précité, le juge Pratte a, au nom de la Cour [aux pages 176 et 177], souligné que «À priori, une requête en sursis d’instance engagée en Cour fédérale, contrairement à l’engagement de soumettre le litige à l’arbitrage ou à une juridiction étrangère, devrait être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements». Il a ajouté que pour écarter cette règle, il faut des motifs impérieux pour permettre à un tribunal de conclure qu’il ne serait pas juste ni raisonnable, dans le cas d’espèce, de donner effet à l’obligation contractuelle.

Dans toutes les trois décisions de la jurisprudence, le *Hoegh Merchant*, le *Seapearl* et *Mountainbell Co. Ltd.*, les tribunaux ont ou bien examiné l’arrêt de principe *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.), rendu par le juge Brandon (tel était alors son titre)<sup>1</sup>, concernant une demande de suspension fondée sur une clause de compétence figurant dans un connaissement, ou en ont cité un extrait. Le passage fréquemment cité se trouve à la page 242:

[TRADUCTION] Les principes établis par la jurisprudence peuvent à mon avis être résumés de la manière suivante: 1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d’une entente selon laquelle les différends seraient renvoyés à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n’est pas tenu d’accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu’on ne démontre qu’il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant

fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

The *Eleftheria* involved a Greek jurisdiction clause in a bill of lading for carriage of plywood from Galatz in Romania to the United Kingdom. Mr. Justice Brandon began his consideration of the arguments by the parties by pointing out [at page 245]:

First, as to the *prima facie* case for a stay arising from the Greek jurisdiction clause. I think that it is essential that the Court should give full weight to the *prima facie* desirability of holding the plaintiffs to their agreement. In this connection I think that the Court must be careful not just to pay lip service to the principle involved, and then fail to give effect to it because of a mere balance of convenience.

These cautions, against only paying lip service to the principle, and against the granting of a stay, where there is a contractual obligation as to jurisdiction, on the basis of a “mere balance of convenience” is the corollary to the general proposition that there must be a strong reason to deny a contractual jurisdiction clause.

#### Burden of Proof

It is for the defendant to persuade the Court of the *prima facie* case, that is, that there is a more suitable

son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment mais sans préjudice du (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées: a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procureur facilement la preuve relative aux questions de faits, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais ou les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou prennent-ils seulement avantage des procédures? e) Les demandeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient tenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire appliquer tout jugement obtenu; (iii) parce qu'il y aurait une prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable.

L'affaire *Eleftheria* portait sur une clause de compétence grecque figurant dans un connaissement pour le transport du contre-plaqué de Galatz en Roumanie au Royaume-Uni. Le juge Brandon a commencé son examen des moyens des parties en soulignant ce qui suit [à la page 245]:

[TRADUCTION] En premier lieu, quant à la cause *prima facie* pour une suspension découlant de la clause de compétence grecque, j'estime qu'il est essentiel que la cour accorde tout le poids nécessaire à l'avantage *prima facie* de faire respecter par les demandeurs leur engagement. À cet égard, j'estime que la Cour doit éviter de reconnaître le principe en cause tout juste pour la forme pour ensuite ne pas y donner effet en raison d'une simple prépondérance des inconvénients.

Ces mises en garde contre une reconnaissance purement symbolique du principe en cause suivie du refus d'une suspension, lorsqu'il existe une obligation contractuelle quant à la compétence, en raison d'une «simple prépondérance des inconvénients», sont le corollaire de l'idée générale qu'il faut un motif impératif pour refuser d'appliquer une clause de compétence contractuelle.

#### Fardeau de la preuve

Il appartient à la défenderesse de persuader la Cour de l'existence d'une cause *prima facie*, c'est-à-dire

or a proper forum elsewhere: once that is accomplished the burden then shifts to the plaintiff to show that there are special circumstances by reason of which justice requires that the trial should nevertheless take place where the present action has been commenced. For discussion of the concept of this shifting burden of proof, see *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), at page 10 and a discussion of the *Spiliada* test in *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.) at pages 409 *et seq.*

### *Prima Facie Case*

In the present instance, the applicant defendants established the *prima facie* case for a stay on the contractual obligation in the bill of lading requiring litigation before the New York District Court. Counsel also emphasized that strong reasons are necessary to overcome the contractual jurisdiction clause.

The defendants' material goes on to point out both advantages and disadvantages in litigating in the New York District Court including that cargo actions such as this can normally be concluded within nine months to a year; that there is discovery of documents between the parties in that jurisdiction; and that there are rules for the taking of deposition evidence and for discovery by interrogatories; but, to be fair, no costs are awarded for attorney's fees.

The defendants also submit that, contrary to some of the plaintiff's affidavit material, New York would be a convenient place to which to bring witnesses, for there is no preponderance of witnesses in either Vancouver or on the American East Coast and that offshore witnesses might be brought to New York as easily as to Vancouver. These latter points, of course, go to convenience. However, that is part of the onus that is on the defendants to show that the New York District Court is a more suitable forum.

qu'il existe un tribunal plus pertinent ou approprié ailleurs: une fois cela fait, il incombe alors à la demanderesse de prouver qu'il existe des circonstances spéciales en raison desquelles la justice exige que le procès ait néanmoins lieu là où la présente action a été intentée. Pour la discussion du concept de ce déplacement du fardeau de la preuve, voir *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), à la page 10 et, pour une discussion du critère dégagé dans l'arrêt *Spiliada*, voir *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.), à la page 409 et suiv.

### *Cause prima facie*

En l'espèce, les défendeurs requérants ont établi l'existence d'une cause *prima facie* en vue d'une suspension fondée sur l'obligation contractuelle figurant dans le connaissement, celle de saisir la cour de district de New York de tous litiges. L'avocat a également insisté sur le fait que d'impérieux motifs s'imposent pour passer outre à la clause de compétence contractuelle.

Se fondant sur leurs documents, les défendeurs soulignent les avantages et désavantages qu'il y a à déférer les différends à la Cour de district de New York, savoir que les actions en recouvrement de cargaison telles que l'espèce peuvent habituellement être tranchées dans un délai allant de neuf mois à un an, qu'il y a communication de documents entre les parties devant cette juridiction, et qu'il existe des règles régissant la prise des dépositions et la communication préalable au moyen d'interrogatoires, mais que, pour être juste, il faut dire qu'aucuns frais ne sont adjugés pour les honoraires d'avocat.

Les défendeurs soutiennent également que, contrairement à certains des documents sous forme d'affidavit de la demanderesse, New York serait un bon endroit pour y citer des témoins, car, en fait de témoins, ni Vancouver ni la Côte est américaine ne l'emportent l'une sur l'autre, et que des témoins à l'étranger pourraient être amenés à New York aussi facilement qu'à Vancouver. Ces derniers points, bien entendu, concernent la commodité. Toutefois, il s'agit là d'une partie de l'obligation, qui incombe aux

## Plaintiff's Position

The plaintiff gives three reasons, each of which stands on its own, to deny the stay so that the proceedings and trial, if necessary, will take place in Vancouver. The reasons are as follows:

1. The jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply to this shipment of goods;
2. If the jurisdiction clause does apply in relation to this cargo, the Court still retains a discretion to reject the clause and ought to do so where, as here, there is no connection with New York and the balance of convenience overwhelmingly favours Canada; and
3. Again, if the jurisdiction clause does apply, the Defendants who have brought this motion have, in any event, attorned to the jurisdiction of the Federal Court.

## Applicability of Jurisdiction Clause

The plaintiff submits that the jurisdiction clause, which provides in part that:

... claims and disputes relating to cargo carried to or from the United States shall be subject to the sole jurisdiction of the U.S. in the U.S. District Court, Southern District of New York, and U.S. law shall be applied . . . . [Emphasis added.]

must be precisely interpreted for, as pointed out in the third edition (1988) of Tetley on *Marine Cargo Claims*, at page 816:

Unless the jurisdiction clause is clear and precise, it should not be honoured because it will not allow the parties to know with certainty before which court they are to proceed. In some countries a jurisdiction clause is not valid unless the name of the actual court is spelled out.

The argument proceeds that not all disputes under the bill of lading are under the jurisdiction of the New

défendeurs, de prouver que la Cour de district de New York est un tribunal plus convenable.

## La position de la demanderesse

La demanderesse invoque trois motifs, indépendants les uns des autres, pour refuser la suspension de sorte que les procédures et le procès, si nécessaire, aient lieu à Vancouver. Voici ces motifs:

- <sup>a</sup> [TRADUCTION] 1. La clause de compétence favorisant la Cour de district de New York ne s'applique pas à cette expédition de marchandises.
- <sup>b</sup> 2. Si la clause de compétence s'applique effectivement à cette cargaison, la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire de la rejeter et devrait le faire lorsque, comme en l'espèce, il n'existe aucun lien avec New York et que la prépondérance des inconvénients joue inéluctablement en faveur du Canada.
- <sup>c</sup> 3. Encore une fois, si la clause de compétence s'applique effectivement, les défendeurs qui ont introduit la présente requête ont, en tout état de cause, reconnu la compétence de la Cour fédérale.

## Applicabilité de la clause de compétence

La demanderesse soutient que la clause de compétence, qui prévoit notamment:

[TRADUCTION] . . . les réclamations et les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique des É.-U., c'est-à-dire de la Cour de district américaine, district sud de New York, et le droit américain s'applique. [C'est moi qui souligne.]

doit être interprétée avec précision car, comme l'a souligné la troisième édition (1988) de l'ouvrage de Tetley ayant trait aux *Marine Cargo Claims*, à la page 816:

[TRADUCTION] À moins que la clause de compétence soit claire et précise, elle ne devrait pas être respectée parce qu'elle ne permettra pas aux parties de connaître avec certitude le tribunal devant lequel elles doivent agir. Dans certains pays, une clause de compétence n'est valide que si le nom du tribunal réel est précisé.

Il est allégué que les litiges sous le régime du connaissance ne relèvent pas tous de la compétence

York District Court, but only claims “relating to cargo carried to or from the U.S.”. The plaintiff correctly points out that the cargo was transported from Vancouver to Ghana and the fact that the cargo was loaded onto an ocean vessel at Baltimore, U.S.A., does not alter the origin of the cargo: the cargo is still “from” Vancouver and not from the United States. Thus, on the facts and on a plain reading of the bill of lading, the jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply.

In my mind there are several answers to this submission. First, in the authorities on which Professor Tetley bases this observation, there was clearly some ambiguity as to the court or even the location of the court and while a bill of lading is probably best described as a standard form of contract, not a contract of adhesion, an ambiguity is going to be construed against a carrier who printed up the bill of lading. However, in the present instance there is certainly not an ambiguity as to the court nominated by the owner.

A second approach to this issue involves the nature of a multimodal bill of lading, of which the present is an example. In clause 3 of the bill of lading, set out in part above, it is clear that the land carriage portion of the transportation was arranged for by the ocean carrier as agent for the shipper. Thus the contract for land carriage is separate and is between the shipper and the land carrier. On this analysis it is clear that transportation, by the ocean carrier, as defendant, was from the American East Coast and thus it falls within the jurisdiction clause. This is so even though box 5 on the face of the bill of lading, styled “From: (Through Transport)”, shows the cargo as coming from Vancouver. Box 5 having been filled in, the situation comes within clause 3 on the reverse of the bill of lading which reads in part “If boxes 5 and/or 6 are filled out, the Carrier will, acting as the shipper’s agent, only arrange for transportation of the cargo by other Carriers from the place of origin to Port of Loading. . . .” Thus, as I say, the contract with the defendant carrier is for ocean carriage from Baltimore, U.S.A. and clearly within the jurisdiction clause.

de la Cour de district de New York, qui a seulement compétence pour trancher les réclamations «relatives à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant». La demanderesse souligne à juste titre que la cargaison a été transportée de Vancouver au Ghana, et que le chargement de la cargaison à bord d’un navire de haute mer à Baltimore (É.-U.) ne modifie en rien l’origine de la cargaison: la cargaison [TRADUCTION] «provient» toujours de Vancouver et non des États-Unis. Ainsi donc, vu les faits et après une simple lecture du connaissement, on s’aperçoit que la clause en faveur de la Cour de district de New York ne s’applique pas.

À mon avis, il existe plusieurs réponses à cet argument. En premier lieu, dans les sources sur lesquelles le professeur Tetley fonde cette observation, il existait, à l’évidence, une certaine ambiguïté quant au tribunal ou même quant au lieu du tribunal et, bien qu’un connaissement soit probablement mieux décrit comme un contrat type, et non pas comme un contrat d’adhésion, toute ambiguïté sera interprétée à l’encontre du transporteur qui a rédigé le connaissement. Toutefois, en l’espèce, il n’existe certes pas d’ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire.

Une autre façon d’envisager la question porte sur la nature d’un connaissement plurimodal, dont le présent est un exemple. Dans la clause 3 du connaissement, reproduite partiellement ci-dessus, il est clair que la partie terrestre du transport a été arrangée par le transporteur maritime en tant que mandataire de l’expéditeur. Ainsi donc, le contrat de transport par terre est distinct et lie l’expéditeur et le voiturier par terre. Il ressort de cette analyse que le transport, assuré par le transporteur maritime, comme défendresse, a été effectué de la Côte est américaine et relève donc de la clause de compétence. Il en est ainsi même si la case 5 au recto du connaissement, intitulée [TRADUCTION] «Provenance: (transport direct)» indique que la cargaison provenait de Vancouver. La case 5 ayant été remplie, la situation relève de la clause 3 figurant au verso du connaissement qui dit notamment [TRADUCTION] «Si les cases 5 ou 6 ou les deux sont remplies, le transporteur prendra, à titre de mandataire de l’expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d’autres transporteurs seulement à partir du point d’origine au port de chargement».

A third, and to my mind perhaps better analysis, leading to the same conclusion, is based on looking at the bill of lading as a whole, much as would a knowledgeable shipper who might, if unhappy about the arrangement, to borrow from the *dictum* of Lord Goddard in *Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L. Rep. 340 (K.B.), at page 344, if there were time, demand his goods back from the carrier.

I do not think that a knowledgeable shipper, considering the ocean transportation portion of the carriage, would feel there was anything ambiguous about the jurisdiction clause, taking into consideration all of the circumstances in the case and the whole of the contract contained in the bill of lading. Clause 2, the jurisdiction clause, is not ambiguous. Clause 3 makes clear that in a through carriage situation the ocean carrier acts as the shipper's agent in arranging other portions of the carriage, to the port of loading. The face of the bill of lading is clearly for through transport, setting out an American port, Baltimore, as the port of loading. Finally, clause 17 makes a clear reference, which is a reflection of the paramount clause, clause 1 on the back of the bill of lading, to the *American Carriage of Goods by Sea Act*.

For all of these reasons the first argument, that the jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply, is not convincing.

#### Balance of Convenience

The plaintiff submits that even if the jurisdiction clause does apply, the Court still has the discretion to reject the clause should there be no connection with New York and the balance of convenience be overwhelmingly in favour of jurisdiction here in Canada. However, I would point out Mr. Justice

Ainsi, selon moi, le contrat conclu avec le transporteur défendeur porte sur le transport maritime depuis Baltimore (É.-U.) et relève clairement de la clause de compétence.

<sup>a</sup> Une troisième analyse, peut-être meilleure à mon avis, qui conduit à la même conclusion repose sur l'examen de l'ensemble du connaissance, comme le ferait un expéditeur bien informé qui, s'il n'est pas content de l'arrangement, pour reprendre l'opinion incidente du lord Goddard dans *Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L. Rep. 340 (K.B.), à la page 344, pourrait, s'il n'était pas trop tard, exiger du transporteur de lui remettre ses marchandises.

<sup>c</sup> Je ne pense pas qu'un expéditeur bien informé, examinant l'aspect maritime du transport, estimerait qu'il existait quelque chose d'ambigu quant à la clause de compétence, tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire et de l'ensemble du contrat figurant dans le connaissance. La clause 2, la clause de compétence, n'est pas ambiguë. La clause 3 précise que dans un cas de transport direct, le transporteur maritime agit comme le mandataire de l'expéditeur en prenant des dispositions quant à d'autres parties du transport, jusqu'au port de chargement. Le recto du connaissance porte clairement sur le transport direct, mentionnant un port américain, Baltimore, comme port de chargement. En dernier lieu, la clause 17 fait clairement état, en raison de la disposition attributive de prépondérance (la clause 1 figurant au verso du connaissance), de l'*American Carriage of Goods by Sea Act*.

<sup>d</sup> Par tous ces motifs, le premier argument selon lequel la clause de compétence favorisant la Cour de district de New York ne s'applique pas n'est pas convaincant.

#### Prépondérance des inconvénients

<sup>e</sup> La demanderesse soutient que même si la clause de compétence s'appliquait effectivement, la Cour a encore le pouvoir discrétionnaire de rejeter la clause s'il n'existe aucun lien avec New York et si la prépondérance des inconvénients penche inéluctablement en faveur de la compétence d'un tribunal canadien. Je

Hugessen's view in *Ultramar Canada v. Lineas Asmar S.A.*, [[1989] F.C.J. No. 242 (C.A.) (QL)] that [at page 2] "mere questions of convenience in the marshalling of evidence are not enough to overcome a contractual undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court."

The plaintiff's affidavit material, at first glance, appears to cover off many of the matters referred to in *Eleftheria (supra)* which may properly be regarded in making the assessment as to convenience.

The plaintiff notes that the shipper is a British Columbia company and that the container was stuffed at the plaintiff's place of business in Surrey, British Columbia, and submits that most of the witnesses are located in Vancouver, except those in Ghana, where the goods were allegedly delivered with shortage and damage. The defendants Flairius Enterprises and Mediterranean Shipping are Swiss companies. None of the parties to the action are in the United States, or more particularly in New York State: the plaintiff says it has no reason to believe that there should be witnesses from that area. Finally, the plaintiff does concede that as the goods were transferred from the original Vancouver container to a new container in Antwerp, there might be witnesses from Antwerp to be called. However, whether those witnesses are brought to New York or to Vancouver matters little from a convenience point of view.

On a closer reading, some of the plaintiff's affidavit material is conjecture and generalization, however, some of the points are, notwithstanding the submissions to this effect by the defendants, perfectly valid.

For their part, the defendants say that the plaintiff has failed to show by a strong reason or reasons that the New York District Court is inconvenient and that the assumption that there will be no Baltimore witnesses is only that. As to witnesses elsewhere they may be brought to New York, as easily as to Vancouver. Thus, as to Vancouver being a convenient

soulignerais néanmoins le point de vue du juge Hugessen dans l'affaire *Ultramar Canada c. Lineas Asmar S.A.*, [[1989] F.C.J. n° 242 (C.A.) (QL)] selon lequel [à la page 2] «une simple question de commodité dans la constitution de la preuve ne suffit pas à primer une obligation contractuelle de soumettre un litige à l'arbitrage ou d'en saisir une cour étrangère.»

Les affidavits produits par la demanderesse semblent, à première vue, porter sur de nombreuses questions mentionnées dans l'affaire *Eleftheria* (précitée) dont on peut tenir compte pour procéder à l'évaluation de la commodité.

La demanderesse fait remarquer que l'expéditeur est une compagnie de Colombie-Britannique, et que le conteneur a été rempli à sa place d'affaires à Surrey (Colombie-Britannique), et elle soutient que la plupart des témoins se trouvent à Vancouver, excepté ceux au Ghana, où les marchandises auraient été livrées avec des dommages et des pièces manquantes. Les défendresses Flairius Enterprises et Mediterranean Shipping sont des compagnies suisses. Aucune des parties à l'action ne se trouve aux États-Unis, ou plus particulièrement dans l'État de New York: la demanderesse dit qu'elle n'a aucune raison de croire qu'il devrait y avoir des témoins dans cette région. En dernier lieu, la demanderesse reconnaît que puisque les marchandises ont été transférées du conteneur initial de Vancouver à un nouveau conteneur à Anvers, il se peut que des témoins d'Anvers soient cités. Toutefois, que ces témoins soit amenés à New York ou à Vancouver importe peu du point de vue de la commodité.

Une lecture plus approfondie des documents sous forme d'affidavit de la demanderesse révèle une part de conjecture et de généralisation. Toutefois, certains des points sont, malgré les observations des défendeurs à cet égard, parfaitement valables.

Pour leur part, les défendeurs soutiennent que la demanderesse n'a pas démontré au moyen d'un motif ou de motifs impérieux que la Cour de district de New York ne convient pas, et que la présomption qu'il n'y aura pas de témoins à Baltimore n'est que cela, une présomption. Quant aux témoins venant d'ailleurs, on peut les faire venir à New York, aussi facilement qu'à

forum, it is only such in the eyes of Vancouver witnesses.

The defendants also point out that the New York District Court is an experienced Court and that their management is such that the case might well be transferred to New York and completed in nine to twelve months, well before the case could be completed here in Vancouver were it to remain here. The plaintiff's security is still good in New York. The defendants are prepared to waive any time bar. The plaintiff acknowledges that no other defendants have been served and therefore it would seem that waiver of a time bar, by any other of the defendants, is not a factor. Finally, the New York District Court has discovery procedure analogous to ours, although the defendants, who bring this motion, admit that the New York District Court does not award attorney's fees.

It concerns me that in the New York District Court the successful plaintiff will not be awarded attorney's fees in order to help defray costs. The amount at stake, for short and damaged cargo, is only some \$45,000. Under the new Tariff B of Federal Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/95-282, s. 5)] costs, the plaintiff might obtain substantial reimbursement if the matter remains in the Federal Court, but nothing if it goes to the New York District Court.

Mr. Justice Sheen considered a similar cost issue in *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.). In that case he noted that a successful litigant in India would not be awarded costs on a realistic basis and if that were so there was an advantage to both parties in litigating in England, where the successful party, either plaintiff or defendant, would recover a higher proportion of their costs. This analysis, at page 560 of *Vishva Ajay*, covers various aspects of the question

Vancouver. Ainsi donc, seuls les témoins de Vancouver voient dans cette ville le tribunal le plus commode.

a Selon les défendeurs, la Cour de district de New York est un tribunal expérimenté, et sa gestion est telle que l'affaire pourrait très bien être transférée à New York et tranchée dans un délai de neuf à douze mois, soit bien plus rapidement qu'elle ne le serait à Vancouver si elle devait y être jugée. Le cautionnement de la demanderesse est toujours valable à New York. Les défendeurs sont disposés à ne pas invoquer la prescription. La demanderesse reconnaît qu'aucun autre défendeur n'a reçu de signification et que, en conséquence, il semble que la renonciation au droit d'invoquer la prescription, par un autre défendeur, ne constitue pas un facteur. En dernier lieu, la Cour de district de New York a une procédure de communication de documents et d'interrogatoire préalable analogue à la nôtre, bien que les défendeurs, qui introduisent la présente requête, reconnaissent que la Cour de district de New York n'adjuge pas d'honoraires d'avocat.

Je me soucie du fait que la Cour de district de New York n'adjuge pas d'honoraires d'avocat à la demanderesse victorieuse pour l'aider à couvrir ses frais. La somme en jeu, pour la cargaison manquante et endommagée, s'élève seulement à 45 000 \$. Selon le nouveau tarif B de la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/95-282, art. 5)] relatif aux frais et dépens, la demanderesse pourrait obtenir un important remboursement si la Cour fédérale était saisie de l'affaire, mais elle n'obtiendrait rien si la Cour de district de New York en était saisie.

Le juge Sheen a examiné une question semblable portant sur les frais et dépens dans *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.). Dans cette affaire, il a noté qu'un plaideur qui avait gain de cause en Inde ne se verrait pas adjuger les frais de façon réaliste, et que s'il en était ainsi, les deux parties avaient intérêt à plaider en Angleterre, où la partie qui a gain de cause, que ce soit le demandeur ou le défendeur, recouvrerait une proportion plus élevée de

and concludes that the advantage of litigating in England, where costs are more realistic, accrues to both parties.

Were the present instance a case merely of deciding jurisdiction on the basis of appropriateness or convenience, the absence of costs in the New York District Court might well be persuasive. However in this instance, the discretion to deny a stay, given the jurisdiction clause, should not be exercised unless there is a strong cause for doing so. Therefore, notwithstanding substantial Federal Court costs on the one hand and an absence for reimbursement of attorney's fees on the other, this issue falls into the category of "mere balance of convenience" referred to by Mr. Justice Brandon in *Eleftheria* (*supra*). I am not prepared to exercise my discretion and deny a stay on this basis alone.

As Mr. Justice Collier pointed out in *The Hoegh Merchant* (*supra*) at page 250, a mathematical count of the pros and cons of a forum is not conclusive. In looking at the conveniences of either Vancouver or of New York, I am not able to say that one is more convenient than the other to the extent of there being a strong reason, overriding the jurisdiction clause and pointing to a stay as a proper outcome.

#### Attornment to Jurisdiction

The plaintiff's position is that if the defendant wishes to challenge the jurisdiction of the Federal Court, that must be done before filing an appearance or otherwise taking a step in the proceeding. By taking steps in this proceeding, including filing a defence and exchanging draft affidavits of documents and also allowing some nine months to go by since filing a defence, the defendants have waived any right to challenge the jurisdiction of the Federal Court.

ses frais. Cette analyse, à la page 560 de *Vishva Ajay*, porte sur divers aspects de la question, et conclut que l'avantage de plaider en Angleterre, où les frais sont plus réalistes, revient aux deux parties.

<sup>a</sup> S'il s'agissait uniquement en l'espèce de décider de la compétence en fonction de ce qui est approprié ou commode, la non-adjudication des frais devant la Cour de district de New York pourrait très bien constituer un argument convaincant. Toutefois, en l'espèce, le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il existe un motif impérieux de le faire. En conséquence, malgré l'importance des frais susceptibles d'être adjugés par la Cour fédérale d'une part et le non-remboursement d'honoraires d'avocat d'autre part, la question relève de la catégorie de la «simple prépondérance des incon vénients» dont a fait état le juge Brandon dans *Eleftheria* (précité). Je ne suis pas disposé à exercer mon pouvoir discrétionnaire et à refuser d'accorder une suspension sur ce seul fondement.

<sup>e</sup> Comme l'a souligné le juge Collier dans *The Hoegh Merchant* (précité), à la page 250, le calcul mathématique des avantages et désavantages d'un tribunal n'est pas concluant. Lorsque j'examine les avantages respectifs de Vancouver et de New York, je suis incapable de considérer que ceux de l'une de ces villes l'emportent à ce point sur ceux de l'autre qu'il est impérieux de passer outre à la clause de compétence et que l'octroi d'une suspension se révèle la seule solution appropriée.

#### Reconnaissance de la compétence

<sup>h</sup> Selon la demanderesse, si le défendeur désire contester la compétence de la Cour fédérale, il doit le faire avant de déposer un acte de comparution ou avant de prendre d'autres mesures dans la procédure. En prenant des mesures dans la présente procédure, telles le dépôt d'une défense et l'échange de projets d'affidavits, et en permettant que s'écoulent quelque neuf mois depuis le dépôt d'une défense, les défendeurs ont renoncé au droit de contester la compétence de la Cour fédérale.

Certainly the older cases take a very hard line. In *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.), an undertaking to appear, given by counsel, followed by an appearance was enough to cure an irregularity in service and establish jurisdiction, despite subsequent objections by the defendant.

In *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395, the Court of Appeal pointed out that the defendant had taken at least two steps in the action and thereby had waived any irregularity and could not then object to jurisdiction. This hard line has been carried forward into the modern cases, including in this Court.

The first case to which counsel for the plaintiff referred, dealing with attornment, is *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611 (H.C.), which involved a Yugoslavian jurisdiction clause in a bill of lading for goods shipped from Yugoslavia to Ontario. The Yugoslavian jurisdiction clause provided [at page 612] that "Any dispute arising under this bill of lading to be decided in Yugoslavia according to Yugoslavian law". The Court felt that the balance of convenience lay in the jurisdiction of the Ontario Court, although this finding is perhaps suspect in that *Eleftheria* (*supra*), which had only been decided two months previously, was not referred to, and thus there is no reference for the need for strong reasons to show an operative balance of convenience in favour of a stay. However, the important determination in the *Robert Reford* case, at page 615 was that of attornment to the jurisdiction of the Ontario Court when the foreign defendant entered an unconditional appearance:

There is another matter which in my view operates as a bar to the present application, namely, the entrance of an unconditional appearance on behalf of this applicant as above stated. If the case was one to which the *Arbitrations Act*, already quoted, applied then, of course, the entry of appearance would have no effect because of the language of the statute. Holding as I do that the *Arbitrations Act* does not apply the entry of appearance must be viewed as an attornment to the jurisdiction of the Court and that it is now too late for the applicant to seek a stay: see *Raymond v.*

Certainement l'ancienne jurisprudence adopte une attitude très ferme. Dans l'affaire *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.), un engagement à comparaître, donné par des avocats, suivi d'une comparution, suffisait à remédier à une irrégularité dans la signification et à établir la compétence, malgré des objections ultérieures de la part du défendeur.

Dans l'affaire *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395, la Cour d'appel a souligné que le défendeur ayant pris au moins deux mesures dans l'action, il avait ainsi renoncé à exciper de toute irrégularité, et ne pouvait alors s'opposer à la compétence. Cette optique stricte a été suivie dans la jurisprudence moderne, y compris celle de la Cour.

La première décision dont a fait état l'avocat de la demanderesse et qui porte sur la reconnaissance est la décision *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611 (H.C.). Il y était question d'une clause de compétence yougoslave dans un connaissement concernant des marchandises expédiées de Yougoslavie en Ontario. Cette clause de compétence yougoslave prévoyait [à la page 612] que [TRADUCTION] «Tout litige né de ce connaissement doit être tranché en Yougoslavie selon le droit yougoslave.» Selon la Cour, la prépondérance des inconvénients favorisait la Cour de l'Ontario, mais cette conclusion était peut-être suspecte en ce sens que l'affaire *Eleftheria* (précitée), tranchée seulement deux mois auparavant, n'a pas été mentionnée ni, par conséquent, la nécessité de motifs impérieux pour indiquer que la balance des inconvénients penche en faveur d'une suspension. Toutefois, l'importante conclusion dans l'affaire *Robert Reford*, à la page 615 portait sur la reconnaissance de la compétence de la Cour de l'Ontario en raison du dépôt, par le défendeur étranger, d'un acte de comparution inconditionnelle.

[TRADUCTION] Il existe une autre question qui, à mon avis, a pour effet de faire obstacle à la présente demande, à savoir l'inscription d'un acte de comparution inconditionnelle faite au nom du requérant à l'instance comme il a été dit ci-dessus. Si l'espèce était celle à laquelle la *Loi sur l'arbitrage*, déjà citée, s'appliquait, alors, bien entendu, l'inscription d'un acte de comparution n'aurait aucun effet étant donné le texte de la loi. Comme je décide que la *Loi sur l'arbitrage* ne s'applique pas, l'inscription d'un acte de comparution doit être considéré comme une reconnaissance

*Adrema Ltd. and Farrington-Bradma Ltd.*, [1962] O.R. 677, 33 D.L.R. (2d) 469.

Turning from the Ontario High Court to the Federal Court, Mr. Justice Mahoney (as he then was) in *Catalyst Research Corp. v. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 F.C. 620 (T.D.) (affirmed by the Court of Appeal [1982] 2 F.C. 657) dealt quite decisively with attornment. The defendant, Medtronic, had applied for leave to file a conditional appearance, to set aside service, but it also, one month later, had joined in an application for security for costs. Having applied for security for costs the Court found that Medtronic could not thereafter object to the jurisdiction of the Court for, "Having approbated, it has waived its right to reprobate" (page 623). The interesting point here is that Medtronic had not filed any unconditional appearance and indeed had applied for leave to file a conditional appearance, but having relied on the Court's jurisdiction for another purpose, could not then successfully argue that it had not attorned to the jurisdiction.

The Court of Appeal in *Medtronic (supra)*, in very short reasons, pointed out that not every application for security for costs by a foreign defendant would necessarily amount to an attornment to the jurisdiction, but where more than a month had gone by, between the challenge to jurisdiction (the leave to enter a conditional appearance) and the request for security for costs, a waiver of objection to jurisdiction was properly inferred. Indeed, the Court of Appeal felt so certain on this point that after hearing from the appellant, they did not call upon the respondent.

In *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The M.V. Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.), Mr. Justice Heald (as he then was) dealt with an application for a stay under section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], the defendant relying upon

de la compétence de la Cour, et il est maintenant trop tard pour que le requérant demande une suspension: voir *Raymond v. Adrema Ltd. and Farrington-Bradma Ltd.*, [1962] O.R. 677, 33 D.L.R. (2d) 469.

Quittons la Haute Cour de l'Ontario pour parler de la Cour fédérale. Dans l'affaire *Catalyst Research Corp. c. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 C.F. 620 (1<sup>re</sup> inst.) (confirmée par la Cour d'appel, [1982] 2 C.F. 657), le juge Mahoney (tel était alors son titre) s'est catégoriquement penché sur la question de la reconnaissance. La défenderesse Medtronic avait demandé l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle et sollicité l'annulation de la signification, mais, un mois plus tard, elle s'était également jointe à une requête en cautionnement *judicatum solvi*. La Cour a conclu que puisqu'elle avait demandé ce cautionnement, Medtronic ne pouvait par la suite contester la compétence de la Cour car «Par le simple fait d'avoir acquiescé, elle a renoncé à ses moyens d'exception» (page 623). Ce qui est intéressant dans cette affaire, c'est que Medtronic, loin d'avoir déposé un acte de comparution inconditionnelle, avait en fait demandé la permission de déposer un acte de comparution conditionnelle, mais, ayant invoqué la compétence de la Cour pour une autre fin, elle ne pouvait alors prétendre avec succès qu'elle n'avait pas reconnu sa compétence.

Dans l'affaire *Medtronic* (précitée), la Cour d'appel, dans ses motifs très brefs, a souligné que la demande de cautionnement pour frais judiciaires présentée par un défendeur étranger ne constituait pas nécessairement une reconnaissance de compétence, mais que, lorsque plus d'un mois s'était écoulé entre la contestation de la compétence (la permission de déposer un acte de comparution conditionnelle) et la requête en cautionnement pour frais, on était en droit de conclure à la renonciation au droit de soulever l'incompétence de la Cour. En fait, la Cour d'appel était si sûre d'elle sur ce point que, après avoir entendu l'appelante, elle n'a pas entendu l'intimée.

Dans *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le N.M. Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Heald (tel était alors son titre) statuait sur une demande de suspension fondée sur l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], le

a a jurisdiction clause providing for arbitration in New York. There were two interesting aspects to *Tropwave*. First, it was the plaintiff who brought the motion to stay its own action. Second, the parties were also in the midst of arbitration proceedings in New York. However, the plaintiff commenced the Canadian court action and the defendant, disponent owners of the *Tropwave*, filed a defence and a counterclaim. Mr. Justice Heald analyzed the situation by saying that the plaintiff, in bringing the court proceedings, clearly expressed an intention to revoke the arbitration clause and the defendant, by filing a defence and counterclaim, clearly expressed a similar intention (page 600).

### CONCLUSION

The defendants do not explain why they waited some nine months from when they filed their defence, until October 1, 1995, before relying on the jurisdiction clause. They do not say they were unaware or had overlooked the jurisdiction clause in the bill of lading. Indeed, they must be taken to have been aware of the jurisdiction clause at all times.

There was some discussion, at the hearing of the motion, as to whether the plaintiff, who had spent substantial money on lawyers in this jurisdiction, would in fact be prejudiced by a stay and the movement of the case to the New York District Court. I do not believe that prejudice enters into the attornment equation, for in some of the reported cases dealing with attornment, the objection to jurisdiction was at a very early stage. Rather, it is a matter of submission to the jurisdiction of the Court which, even with fairly substantial reasons, cannot be undone.

In filing a defence and providing a draft list of documents, without objecting to jurisdiction and only advising the plaintiff of the jurisdiction some nine months after filing the defence, the defendants have left it too late to now object to jurisdiction. The

défendeur s'appuyant sur une clause de compétence prévoyant l'arbitrage à New York. L'affaire *Tropwave* comporte deux aspects intéressants. En premier lieu, c'est la demanderesse qui a introduit la requête en suspension de sa propre action. En second lieu, les parties se trouvaient également en plein arbitrage à New York. Cependant, la demanderesse a intenté l'action devant la cour canadienne et le défendeur, frêteur propriétaire du navire *Tropwave*, a déposé une défense et une demande reconventionnelle. Le juge Heald a analysé la situation en disant que la demanderesse, par son action judiciaire, a clairement exprimé son intention de révoquer la clause compromissoire et que la défenderesse, en déposant sa défense et sa demande reconventionnelle, a clairement exprimé une intention semblable (page 600).

### CONCLUSION

Les défendeurs n'ont pas expliqué pourquoi ils ont attendu quelque neuf mois après le dépôt de leur défense, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1995, avant d'invoquer la clause de compétence. Ils ne disent pas avoir ignoré ou omis la clause de compétence figurant dans le connaissement. En fait, on doit les considérer comme ayant été en tout temps conscients de cette clause.

À l'audition de la requête, il y a eu discussion de la question de savoir si la demanderesse, qui a engagé d'importantes dépenses pour les honoraires d'avocat devant cette instance, subirait en fait un préjudice du fait d'une suspension et du transfert de l'affaire à la Cour de district de New York. Je ne pense pas que le préjudice entre dans l'équation de la reconnaissance, car, dans certaines décisions publiées portant sur la reconnaissance, l'opposition à la compétence avait eu lieu à un stade primitif. Il est plutôt question de soumission à la compétence de la Cour qui, même en présence de motifs vraiment importants, est irrévocable.

En déposant leur défense et en produisant un projet de liste de documents sans s'opposer à la compétence, et en invoquant auprès de la demanderesse la clause de compétence seulement quelque neuf mois après le dépôt de leur défense, les défendeurs ont laissé

defendants have given every indication of attornment to the jurisdiction. The defendants' motion for a stay is dismissed.

---

<sup>1</sup> See also *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.), at p. 123 where, as Lord Justice Brandon, he repeats the passage in giving judgment for the Court of Appeal.

s'écouler trop de temps pour pouvoir maintenant contester la compétence. Tout indique que les défendeurs ont acquiescé à la compétence. La requête en suspension introduite par les défendeurs est rejetée.

---

<sup>1</sup> Voir également *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.), à la p. 123 où, en qualité de lord juge Brandon, il répète le passage en rendant le jugement de la Cour d'appel.