

A-420-07  
2008 FCA 219

A-420-07  
2008 CAF 219

**Mitsui O.S.K. Lines, Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd.  
and Yue Yew Loon (Appellants)**

v.

**Mazda Canada Inc. (Respondent)**

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

Federal Court of Appeal, Linden, Sharlow and Trudel  
J.J.A.—Vancouver, June 16 and 19, 2008.

*Maritime Law — Appeal from Federal Court decision refusing to stay action brought by Mazda Canada Inc. for damages arising out of loss of automobiles carried from Japan to Canada, U.S. — Contract between parties providing Japan having exclusive jurisdiction over actions against carrier — Marine Liability Act, s. 46(1) allowing plaintiff to sue in Canada despite such clause, but courts may still decline jurisdiction on basis of forum non conveniens — Trial Judge’s discretion improperly exercised — Japan clearly most appropriate forum herein — Appeal allowed.*

*Conflict of Laws — Federal Court dismissing application to stay action brought by Mazda Canada Inc. for loss of automobiles transported from Japan to Canada, U.S., on basis defendants not demonstrating Canada forum non conveniens — Exclusive jurisdiction clause in contract between parties providing contract governed by Japanese law — Marine Liability Act, s. 46(1) allowing Canadian plaintiff to sue in Canada despite such clause, but still possible for courts to decline jurisdiction on basis of forum non conveniens — Trial Judge considering factors set out in case law to determine whether to exercise jurisdiction — But not properly exercising discretion: giving too much weight to some factors (availability of greater damages), not enough to others (ongoing proceedings in Japan, residence of witnesses, application of Japanese law, exclusive jurisdiction clause).*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing an application to stay the action brought by Mazda

**Mitsui O.S.K. Lines, Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd.  
et Yue Yew Loon (appelants)**

c.

**Mazda Canada Inc. (intimée)**

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

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Sharlow et Trudel,  
J.C.A.—Vancouver, 16 et 19 juin 2008.

*Droit maritime — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande en suspension de l’action en dommages-intérêts présentée par Mazda Canada Inc. par suite de la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U. — Le contrat entre les parties stipule que tout différend qui en découle est régi par le droit du Japon — L’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permet à un demandeur d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens — Le juge de première instance n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire — Le Japon est nettement le for le plus approprié en l’espèce — Appel accueilli.*

*Conflit de lois — La Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l’action présentée par Mazda Canada Inc. pour la perte d’automobiles transportées du Japon au Canada et aux É.-U. parce qu’elle n’avait pas démontré que le Canada était forum non conveniens — La clause attributive de compétence exclusive énoncée dans le contrat entre les parties stipule que le contrat est régi par le droit japonais — L’art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime permet à un demandeur canadien d’engager une poursuite au Canada malgré une telle clause, mais les tribunaux peuvent toujours refuser d’exercer leur compétence en se fondant sur la doctrine du forum non conveniens — Le juge de première instance a pris en compte les facteurs énumérés dans la jurisprudence pour décider s’il devait ou non exercer sa compétence — Cependant, il n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, accordant trop d’importance à certains facteurs (possibilité de dommages-intérêts supérieurs) et insuffisamment d’importance à d’autres (instances pendantes au Japon, lieu de résidence des témoins, application du droit japonais, clause attributive de compétence exclusive).*

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l’action pré-

Canada Inc. (Mazda Canada) as it was not demonstrated that Canada was *forum non conveniens*. The action arose out of the loss of automobiles when the ship carrying them from Japan to Canada and the United States took on a severe list. Mazda Canada instituted an action in the Federal Court, and Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. (Mitsui) sued in Japan for a declaration of non-liability. This latter action was consolidated with one brought by Mazda U.S.A. in Japan following the dismissal of its American action based on a jurisdiction clause (Clause 28) in the contract between the parties, which provides that the contract shall be governed by Japanese law.

*Held*, the appeal should be allowed.

Subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* allows a Canadian plaintiff to sue in Canada despite an exclusive jurisdiction clause such as Clause 28. However, subsection 46(1) does not grant Canadian courts jurisdiction; it only allows them to consider whether Canada is the most appropriate forum. The onus is on the defendant to convince the court on the balance of probabilities that jurisdiction in the forum chosen by the plaintiff should be declined on the basis that it is inappropriate compared to another obviously superior jurisdiction.

To determine whether to exercise jurisdiction, the trial Judge considered the 10 factors first set out by the Quebec Court of Appeal in *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH* and repeated by the Supreme Court of Canada in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, as well as several other factors. However, he did not properly exercise his discretion. The trial Judge largely ignored the most significant factor that affects the Court's decision, i.e. the ongoing proceedings between the parties in Japan. The residence of the witnesses, which also weighed heavily in favour of Japan's jurisdiction, was also given insufficient weight. The trial Judge also erred by downplaying the potential treatment of the applicable law factor. If the action were to proceed in Canada, Japanese law would apply in accordance with Clause 28. There are complicated legal questions yet to be resolved in Japan which would benefit from handling in Japan in Japanese by Japanese judges and lawyers. Significant weight was given to the availability of greater damages to the plaintiff in Canada. However, it was unclear whether Canadian or Japanese law would be applied to determine the issue of damages. In any event, the availability of higher damages in a jurisdiction is not a factor justifying the refusal of a stay provided that substantial justice could be done in that jurisdiction. Finally, there existed a long-standing relationship between the parties, who have dealt with one another over many years on the basis that the Japanese courts will have jurisdiction in a context where Japan has a close connection to the arrangements made. As such, the jurisdiction clause was a factor that deserved to be given more weight favouring Japan.

sentée par Mazda Canada Inc. (Mazda Canada) parce qu'elle n'avait pas démontré que le Canada était *forum non conveniens*. L'action découlait de la perte d'automobiles lorsque le navire les transportant du Japon au Canada et aux États-Unis s'est brusquement incliné. Mazda Canada a intenté une action devant la Cour fédérale et Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. (Mitsui) a engagé une poursuite au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité. Cette action a été réunie à celle intentée par Mazda U.S.A. au Japon après le rejet de la poursuite engagée aux États-Unis en raison de la clause attributive de compétence (la clause 28) énoncée dans le contrat entre les parties, qui stipule que le contrat est régi par le droit du Japon.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* permet à un demandeur canadien d'engager une poursuite au Canada malgré une clause attributive de compétence exclusive comme la clause 28. Cependant, le paragraphe 46(1) ne confère pas compétence aux tribunaux canadiens; il permet seulement aux tribunaux canadiens de déterminer si le Canada est le for le plus approprié. Il incombe au défendeur de convaincre le tribunal selon la prépondérance des probabilités qu'il devrait refuser d'exercer sa compétence relativement au for choisi par le demandeur au motif qu'elle est inappropriée par rapport à un autre tribunal manifestement supérieur.

Pour établir s'il devait exercer sa compétence, le juge de première instance a pris en compte les 10 facteurs qui ont d'abord été énumérés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, puis réitérés par la Cour suprême du Canada dans *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, ainsi que plusieurs autres facteurs. Toutefois, il n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire. Le facteur le plus important qui influe sur la décision de la Cour, soit l'action pendante entre les parties au Japon, a été en grande partie mis de côté par le juge de première instance. En outre, un poids insuffisant a été accordé au facteur du lieu de résidence des témoins, qui favorisait aussi énormément le Japon. De plus, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a minimisé l'importance de l'interprétation que pourrait recevoir la loi applicable. Si l'action devait être instruite au Canada, il faudrait appliquer le droit japonais conformément à la clause 28. Il y a des questions juridiques complexes qui n'ont pas encore été résolues au Japon qui bénéficieraient d'un examen au Japon en japonais par des juges et des avocats japonais. Une importance considérable a été accordée au fait que la demanderesse pourrait obtenir des dommages-intérêts supérieurs au Canada. Cependant, il n'a pas été établi clairement si le droit canadien ou japonais serait appliqué pour trancher la question des dommages-intérêts. Quoiqu'il en soit, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés dans un pays n'est pas un facteur justifiant le refus de suspendre l'instance, pourvu que justice puisse être rendue au fond dans ce pays. Enfin, il existait une relation de longue

Japan is clearly the most appropriate forum to hear this case: it is the one most closely connected to the parties and the facts of the case; the vessel was inspected, loaded and departed from Japan; Japanese law applies to the litigation; two or three consolidated actions will be conducted in Japan dealing with the same issues, the same law, and the same witnesses; and Japan was the jurisdiction contracted for by the parties.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Art. 3135.  
*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.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(1) (as am. *idem*, s. 46).  
*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.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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.

##### CONSIDERED:

*Chinese Business Chamber of Canada v. Canada*, (2006), 54 Imm. L.R. (3d) 1; 349 N.R. 388; 2006 FCA 178; *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL); *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. 44; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Spiliada*

date entre les parties, qui ont fait affaire ensemble pendant de nombreuses années en tenant pour acquis que les tribunaux japonais auraient compétence dans le contexte où le Japon a des liens étroits avec les ententes conclues. La clause attributive de compétence était donc un facteur qui méritait qu'on lui accorde plus d'importance, favorisant ainsi le Japon.

Le Japon est nettement le for le plus approprié pour instruire l'affaire en l'espèce puisqu'il est le plus étroitement lié aux parties et aux faits de l'espèce. En effet, le navire a été inspecté et chargé au Japon et en est parti; le droit japonais s'applique au litige; deux ou trois actions réunies y seront instruites relativement aux mêmes questions, à la même législation et aux mêmes témoins, et le Japon s'est vu contractuellement accorder compétence par les parties.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.  
*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 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 (Règles de La Haye-Visby).  
*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), 50(1) (mod., *idem*, art. 46).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Chinese Business Chamber of Canada c. Canada*, 2006 CAF 178; *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499; [2008] UKHL 33.

*Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499; [2008] UKHL 33.

REFERRED TO:

*Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Cottrell v. Chippewas of Rama Mnjikaning First Nation Band Council* (2007), 368 N.R. 283; 59 R.P.R. (4th) 65; 2007 FCA 288; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee 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; *Cunningham v. Kwikwetlem Indian Band* (2008), 378 N.R. 265; 2008 FCA 149; *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; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; [1987] 1 W.W.R. 249; 7 B.C.L.R. (2d) 45 (B.C.C.A.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.).

AUTHORS CITED

Talpis, J.A. and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, 1993.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2008] 3 F.C.R. 423; (2007), 316 F.T.R. 1; 2007 FC 916) refusing to stay Mazda Canada Inc.'s action on the basis that the defendants in the action had not persuaded the Court that Canada was *forum non conveniens*. Appeal allowed.

APPEARANCES

*Mark Sachs* and *Robert A. Margolis* for appellants.  
*A. Barry Oland* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Thomas Cooper*, Vancouver, for appellants.  
*Oland & Company*, Kelowna, British Columbia, for respondent.

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

[1] LINDEN J.A.: This is an appeal from a decision dismissing an application to stay this action, which was brought pursuant to subsection 50(1) [as am. by S.C.

DÉCISIONS CITÉES :

*Visx Inc. c. Nidek Co.*, [1996] A.C.F. n° 1721 (C.A.) (QL); *Cottrell c. Conseil de bande de la première nation des Chippewas de Rama Mnjikaning*, 2007 CAF 288; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; *Cunningham c. Bande indienne de Kwikwetlem*, 2008 CAF 149; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733; 2006 CAF 284; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; [1987] 1 W.W.R. 249; 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.C.-B.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)

DOCTRINE CITÉE

Talpis, J.A. et J.-G. Castel. « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t.3, 1993.

APPEL d'une décision ([2008] 3 R.C.F. 423; 2007 CF 916) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande en suspension de l'action présentée par Mazda Canada Inc. parce qu'elle n'avait pas convaincu la Cour que le Canada était *forum non conveniens*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

*Mark Sachs* et *Robert A. Margolis* pour les appelants.  
*A. Barry Oland* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Thomas Cooper*, Vancouver, pour les appelants.  
*Oland & Company*, Kelowna (Colombie-Britannique), pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit de l'appel d'une décision rejetant une requête en suspension de la présente action, qui avait été présentée conformément au

2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], on the basis that the applicant had failed to persuade the Court that Canada was *forum non conveniens* ([2008] 3 F.C.R. 423 (F.C.)).

## FACTS

[2] The basic facts are unusual but not disputed. This civil action for damages arises out of the loss of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks and salvage costs when the *Cougar Ace*, the ship carrying them from Japan to New Westminster, British Columbia, Tacoma, Washington and Port Hueneme, California, took on a severe list of 60 degrees on July 24, 2006 while engaged in a routine ballasting operation on the high seas. Mazda Canada Inc., the plaintiff, eventually lost 1 563 automobiles that it had purchased, and Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.) lost the rest of the Mazda vehicles (the Isuzu trucks that were lost were owned by another party). The ship, owned by MOB Cougar (PTE) Ltd., and chartered to Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), was eventually towed to Portland, Oregon where the damaged vehicles were unloaded, inspected and later scrapped.

[3] Mazda Canada instituted this action in this Court, *in rem* against the ship and *in personam* against the owner, MOB Cougar (PTE) Ltd., (Singapore), the charterer, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Japan), the Master and Second Engineer (Myanmar) and the Chief Engineer (Singapore). The *in rem* action has not been served; the owner, charterer and Chief Officer have been served; the Master and Second Engineer have not been served.

[4] Mitsui then sued in Japan, seeking a declaration of non-liability for the accident. It alleges that the loss was caused by an error of management of the ship which operates as a complete defence under the 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*

paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], au motif que la demanderesse n'avait pas réussi à convaincre la Cour que le Canada était *forum non conveniens* ([2008] 3 R.C.F. 423 (C.F.)).

## FAITS

[2] Les faits principaux sont inhabituels mais ne sont pas contestés. La présente action civile en dommages-intérêts découle de la perte de 4 813 automobiles de marque Mazda et de 110 camions de marque Isuzu ainsi que des coûts du sauvetage lorsque le *Cougar Ace*, le navire les transportant du Japon à New Westminster (Colombie-Britannique), Tacoma (Washington) et Port Hueneme (Californie), s'est brusquement incliné de 60 degrés, le 24 juillet 2006, alors qu'il était en train d'effectuer une opération courante de ballastage en haute mer. Mazda Canada Inc., la demanderesse, a finalement perdu 1 563 automobiles qu'elle avait achetées, et Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.) a perdu le reste des véhicules Mazda (les camions Isuzu qui ont été perdus appartenaient à une autre partie). Le navire, appartenant à MOB Cougar (PTE) Ltd., et affrété à Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), a finalement été remorqué à Portland (Oregon) où les véhicules endommagés ont été déchargés, inspectés, puis envoyés à la ferraille.

[3] Mazda Canada a intenté la présente action devant la Cour, *in rem* contre le navire et *in personam* contre MOB Cougar (PTE) Ltd., le propriétaire (Singapour), Mitsui O.S.K. Lines Ltd., l'affrèteur (Japon), le capitaine et le deuxième mécanicien (Myanmar) ainsi que le chef mécanicien (Singapour). L'action *in rem* n'a pas été signifiée; le propriétaire, l'affrèteur et le capitaine en second ont reçu signification de l'action; le capitaine et le deuxième mécanicien n'ont pas reçu signification de l'action.

[4] Mitsui a ensuite engagé une poursuite au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité relativement à l'accident. Elle allègue que les pertes ont été causées par une erreur commise dans l'administration du navire, ce qui constitue un moyen de défense complet en vertu des Règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles,*

*Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6]. It denies that the ship was not seaworthy and that the crew was not properly trained, as alleged by Mazda Canada in its action.*

[5] In addition, Mazda U.S.A. sued in the United States District Court for the District of Oregon, but that action was dismissed based on the jurisdiction clause in the contract. That Clause 28 reads as follows:

## 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.

[6] This case, we are informed, is now under appeal to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. In the meantime, however, Mazda U.S.A. has sued Mitsui in Japan. Since the trial of this action, the two cases being brought in Japan were consolidated, that is the Mitsui declaration action and the Mazda U.S.A. claim. They appear to be proceeding expeditiously. An action has also now been commenced for the loss of the Isuzu trucks in Japan.

### Overview of the Law

[7] The accepted standard of review for discretionary decisions like this one is that the Court will not lightly interfere. In *Chinese Business Chamber of Canada v. Canada* (2006), 54 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.), the Court stated [at paragraph 4]:

*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]. Elle nie que le navire n'était pas en état de navigabilité et que l'équipage avait reçu une formation insuffisante, comme l'a allégué Mazda Canada dans sa poursuite.*

[5] De plus, Mazda U.S.A. a engagé une poursuite aux États-Unis devant la United States District Court for the District of Oregon [Cour de district des États-Unis pour le district de l'Oregon], mais cette action a été rejetée en raison de la clause attributive de compétence contenue au contrat. Ladite clause 28 est ainsi libellée :

[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.

[6] On nous a informés que la présente affaire fait présentement l'objet d'un appel devant la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit [Cour d'appel américaine, neuvième circuit]. Or, entre-temps, Mazda U.S.A. a poursuivi Mitsui au Japon. Depuis l'instruction de cette action, les deux poursuites intentées au Japon ont été réunies, soit l'action intentée par Mitsui visant à obtenir un jugement déclaratoire et la réclamation de Mazda U.S.A. Les parties semblent agir avec célérité. Une action est également actuellement intentée au Japon relativement à la perte des camions Isuzu.

### Aperçu des règles de droit

[7] La norme de contrôle reconnue qui est applicable aux décisions discrétionnaires comme celle de l'espèce est celle voulant que la Cour n'intervienne pas à la légèreté. Dans l'arrêt *Chinese Business Chamber of Canada c. Canada*, 2006 CAF 178, la Cour a déclaré ce qui suit [au paragraphe 4] :

This Court may substitute its discretion for that of the Motions Judge if she gave insufficient weight to all the relevant considerations. In addition, the Court may intervene if the Motions Judge's conclusion was predicated upon an incorrect determination with respect to a question of law, or a palpable and overriding error of fact.

(See also *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.); *Cottrell v. Chippewas of Rama Mnjikaning First Nation Band Council* (2007), 368 N.R. 283 (F.C.A.); *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustee of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, at paragraph 98; *Cunningham v. Kwikwetlem Indian Band* (2008), 378 N.R. 265 (F.C.A.)) This, of course, does not mean that appellate courts will normally reweigh all the evidence to see if they agree with the decision on the merits. However, where errors of law are discovered, a certain amount of re-evaluation may be required.

[8] The principles of law governing this matter are relatively well settled now. It is clear that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 eclipses the former Canadian law in cases where parties by contract choose the jurisdiction in which the case will be tried. Such a clause in a contract of carriage is no longer controlling in Canada, but it may be considered as one of the factors to consider in deciding whether an allegation of *forum non conveniens* is made out (*Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733 (F.C.A.) [hereinafter *OT Africa*]).

[9] Subsection 46(1) allows a Canadian plaintiff to sue in Canada despite a clause like Clause 28 in this contract, if certain conditions are met. Section 46 reads as follows:

**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

La Cour peut substituer son pouvoir discrétionnaire à celui de la juge de première instance si cette dernière n'a pas accordé suffisamment de poids à toutes les considérations pertinentes. De plus, la Cour peut intervenir si la conclusion de la juge de première instance était fondée sur une décision incorrecte concernant une question de droit ou sur une erreur de fait manifeste et dominante.

(Voir également *Visx Inc. c. Nidek Co.*, [1996] A.C.F. n° 1721 (C.A.F.) (QL); *Cottrell c. Conseil de bande de la première nation des Chippewas de Rama Mnjikaning*, 2007 CAF 288; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, au paragraphe 98; *Cunningham c. Bande indienne Kwikwetlem*, 2008 CAF 149). Bien entendu, cela ne signifie pas qu'en règle générale les tribunaux d'appel apprécieront de nouveau tous les éléments de preuve afin de voir s'ils sont d'accord avec la décision sur le fond. Cependant, lorsque des erreurs de droit sont constatées, une certaine réévaluation peut s'avérer nécessaire.

[8] Les principes de droit régissant cette question sont maintenant relativement bien établis. Il est clair que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, supplante l'ancienne loi canadienne dans les cas où les parties choisissent contractuellement le pays où l'affaire sera instruite. Une telle clause dans un contrat de transport maritime n'est plus décisive au Canada, mais elle peut être considérée comme l'un des facteurs à examiner pour déterminer si le bien-fondé d'une allégation de *forum non conveniens* a été démontré (*Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733 (C.A.F.) [ci-après *OT Africa*]).

[9] Le paragraphe 46(1) permet à un demandeur canadien d'engager une poursuite au Canada malgré une clause comme la clause 28 dans le contrat visé par l'espèce, si certaines conditions sont remplies. L'article 46 est ainsi libellé :

**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) 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.

[10] This provision in subsection 46(1) merely opens the door for Canadian plaintiffs, allowing an action to be instituted. However, the Court may still decline the jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* (*OT Africa*). Subsection 46(1) applies here because the intended port of discharge of the vehicles was New Westminster, British Columbia. The plaintiff may therefore institute proceedings here, but *forum non conveniens* arguments remain available to the defendants.

[11] The trial Judge correctly understood these principles and sought to apply them, taking into account the established law governing the issue of *forum non conveniens* derived from *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205 (relying on the Quebec Court of Appeal decision *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL)). That case set out a non-exhaustive list of 10 factors to be weighed by the Court in making this determination [at paragraph 18]:

[TRANSLATION]

(1) the parties' residence, and 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 the defendants' assets;

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.

[10] Ces dispositions du paragraphe 46(1) ne font qu'ouvrir la porte aux demandeurs canadiens, leur permettant d'intenter une action. Cependant, la Cour peut toujours refuser d'exercer sa compétence en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens* (*OT Africa*). Le paragraphe 46(1) s'applique en l'espèce parce que le port de déchargement des véhicules qui était prévu était celui de New Westminster (Colombie-Britannique). La demanderesse peut donc entamer des poursuites ici, mais les défendeurs peuvent toujours invoquer l'argument du *forum non conveniens*.

[11] Le juge de première instance a interprété correctement ces principes et a voulu les appliquer en tenant compte des règles de droit reconnues régissant la question du *forum non conveniens* tirées de l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205 (fondé sur la décision de la Cour d'appel du Québec *Lexus Maritime Inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL)). Cet arrêt a dressé une liste non exhaustive de 10 facteurs que doit examiner la Cour pour trancher cette question [au paragraphe 18] :

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 qui donne lieu à la demande;

4) l'existence et le contenu d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action;

5) la situation des biens appartenant au défendeur;



(6) the applicable law;

(7) advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, if any;

(8) the interests of justice;

(9) the interests of the parties;

(10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[12] To stay an action because of *forum non conveniens* in Canada, it must be established that another forum is clearly more appropriate. In the case of *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at page 921 (relying on *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.)), Justice Sopinka stated that “the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff.” Similarly, Lord Goff in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 1 (H.L.), explained [at page 11] that the applicant must “establish that there is another available forum which is clearly and distinctly more appropriate” (emphasis added).

[13] Justice LeBel of the Supreme Court of Canada in *Spar Aerospace* relying on the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64], Article 3135, *Spiliada* and *Amchem* declares that in applying Article 3135, which he indicates is consistent with the common law requirements [at paragraph 77], the “judge’s discretion to decline to hear the action on the basis of *forum non conveniens* is only to be exercised exceptionally” (emphasis added). He cites for support *inter alia* to Talpis and Castel’s article, “Interpreting the Rules of Private International Law” in *Reform of the Civil Code*, Vol. 5B, (1993), [at page 55, No. 421] as follows:

The plaintiff’s choice of forum should only be declined exceptionally, when the defendant would be exposed to great injustice as a result.

[14] While some might wonder what the words “clearly”, “distinctly” or “exceptionally” add to the obligation of the defendant to convince the court on the balance of

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.

[12] Pour suspendre une action au Canada en raison du *forum non conveniens*, il faut démontrer qu’un autre for est nettement plus approprié. Dans l’arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, à la page 921 (fondé sur *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (C.A.C.-B.)), le juge Sopinka a déclaré « qu’il faut établir clairement qu’un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu’a choisi le demandeur ». De même, lord Goff, dans *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd’s Rep. 1 (H.L.), a expliqué [à la page 11] que le demandeur doit démontrer [TRADUCTION] « qu’il existe un autre tribunal compétent qui est manifestement ou clairement plus approprié » (non souligné dans l’original).

[13] Dans l’arrêt *Spar Aerospace*, le juge LeBel de la Cour suprême du Canada, s’appuyant sur l’article 3135 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64] et sur les arrêts *Spiliada* et *Amchem*, a déclaré que dans l’application de l’article 3135, qu’il affirme conforme aux exigences de common law [au paragraphe 77], « le pouvoir discrétionnaire de refuser de connaître de l’action selon le *forum non conveniens* ne doit être exercé par le juge [...] que de manière exceptionnelle » (non souligné dans l’original). À l’appui de cette déclaration, il cite notamment l’article de Talpis et Castel, « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, 1993, [à la page 902, n° 421] comme suit :

[...] le choix du tribunal par le demandeur ne doit être écarté qu’exceptionnellement, lorsque le défendeur serait exposé à subir une injustice sévère à la suite de ce choix.

[14] D’aucuns peuvent se demander ce que les mots « manifestement », « clairement » ou « de manière exceptionnelle » ajoutent à l’obligation du défendeur de con-

probabilities that the judge should decline jurisdiction in the forum chosen by the plaintiff, those words have been employed in the cases, perhaps to emphasize that the plaintiff's choice of forum should not be lightly interfered with. Therefore, it must be clear that the jurisdiction chosen by the plaintiff is inappropriate compared to another obviously superior jurisdiction. As Lord Carswell explained, in another context, there is only one standard of civil proof, balance of probabilities, but "in some contexts a court or tribunal has to look at the facts more critically or more anxiously than in others before it can be satisfied to the requisite standard." (See *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499 (H.L.), at paragraph 28).

#### Analysis

[15] The trial Judge set out to consider these 10 factors, expressing the view [at paragraph 35] that six of them were "fairly neutral", that is 1, 2, 3, 5, 6 and 10. He also discussed 7 and 9 but not 4 nor 8. He added three other factors which he thought should be examined: (1) the public policy of subsection 46(1), which he found would aid Mazda Canada; (2) Clause 28, to which he did not give much weight; and (3) the *in rem* procedure which he felt helped Mazda Canada. In the end, balancing all these factors he refused to grant the stay. Having considered the analysis of the trial Judge, I have concluded that his discretion was, in all the circumstances, not properly exercised and must be reversed. He made errors of law requiring this Court to reassess his reasoning. He undervalued some factors 1, 4, 6 to which he should have given greater weight. He placed weight on some factors which he should not have placed weight on. Also, there are important new facts in relation to factor 1 that arose following his decision so that he was unable to take them into account. In short, Japan, not Canada, is clearly the most appropriate forum for this litigation. A stay should be granted. Let me now elaborate on this overview.

vaincre le tribunal selon la prépondérance des probabilités que le juge devrait refuser d'exercer sa compétence relativement au for choisi par le demandeur, mais il reste que ces mots ont été utilisés dans les décisions, peut-être pour souligner qu'il ne faut pas intervenir à la légère dans le choix du for par le demandeur. Par conséquent, il faut que le tribunal choisi par le demandeur soit nettement inapproprié par rapport à un autre tribunal manifestement supérieur. Comme lord Carswell l'a expliqué, dans un autre contexte, il n'y a qu'une seule norme de preuve en matière civile, la prépondérance des probabilités, mais [TRADUCTION] « dans certains contextes, une cour ou un tribunal doit examiner les faits de manière plus critique ou plus scrupuleuse que dans d'autres afin qu'il soit satisfait à la norme applicable ». (Voir *Re Doherty*, [2008] 1 W.L.R. 1499 (H.L.), au paragraphe 28).

#### Analyse

[15] Le juge de première instance a entrepris d'examiner ces 10 facteurs, se disant d'avis [au paragraphe 35] que six d'entre eux étaient « assez neutres », soit 1, 2, 3, 5, 6 et 10. Il a également examiné 7 et 9 mais pas 4 ni 8. Il a ajouté trois autres facteurs qui, selon lui, devraient être examinés : 1) la politique officielle exprimée au paragraphe 46(1), laquelle, selon lui, aidait Mazda Canada; 2) la clause 28, à laquelle il n'a accordé guère d'importance; et 3) l'action *in rem*, laquelle, à son avis, aidait Mazda Canada. Finalement, après avoir soupesé tous ces facteurs, il a refusé d'accorder le sursis. Après avoir examiné l'analyse du juge de première instance, je suis arrivé à la conclusion qu'il n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances, et que sa décision doit être infirmée. Il a commis des erreurs de droit qui obligent la Cour à revoir son raisonnement. Il a sous-estimé l'importance des facteurs 1, 4 et 6, alors qu'il aurait dû leur en accorder davantage. Il a accordé de l'importance à certains facteurs, alors qu'il n'aurait pas dû. De plus, des faits nouveaux et importants en lien avec le facteur 1 sont survenus à la suite de sa décision, de sorte qu'il n'était pas en mesure d'en tenir compte. Bref, le Japon, non le Canada, est manifestement le pays le plus approprié pour régler le présent litige. Il y a lieu d'accorder un sursis. Je vais maintenant traiter en détail de ce sujet.

[16] The most significant factor that affects this Court's decision is the ongoing proceedings between the parties in Japan, item 4 on the list, which was largely ignored by the trial Judge. First, an action has been launched by the appellant in Japan for a declaration of non-liability which includes as parties Mazda Canada, as well as Mazda U.S.A. That this action was started after the Canadian one, in my view, is not of any importance. Second, there is a civil action being pursued by Mazda U.S.A. in Japan for its losses, which has now been consolidated with the declaration proceeding. (This same action had also earlier included a claim for the losses of Mazda Canada, but that part of the claim was later withdrawn by Mazda Canada.) Mazda U.S.A.'s claim was launched because a law suit that it had started in the United States District Court for the District of Oregon for cargo that was lost and salvage costs was dismissed in favour of the Japanese Court on *forum non conveniens* grounds. (This decision is currently on appeal in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.) Third, more recently, a claim on behalf of the underwriters of the 110 Isuzu trucks that were lost was launched in Japan, which will likely be consolidated with the other two claims that are currently proceeding in Japan. (See affidavit of Tetsuro Nakamura dated January 15, 2008.)

[17] It seems to this Court that these three complex and costly matters are proceeding expeditiously in Japan and will continue to do so. The respondent was originally made a party to the Mazda U.S.A. action but then, for its own reasons, withdrew its claim in favour of attempting to proceed in Canada, in another complex and costly proceeding. These new facts, many of which were not known to the trial Judge, weigh very heavily in favour of Japan as the most appropriate forum for the adjudication of all these claims in order to avoid parallel proceedings. International comity would be served by this course. Japan is an important trading partner of Canada and the Japanese legal system is respected internationally, even though its discovery procedures may be less fulsome than ours. In my view, therefore, the trial Judge gave this factor insufficient weight.

[16] Le facteur le plus important qui influe sur la décision de la Cour est l'action pendante entre les parties au Japon, soit le facteur 4 sur la liste, lequel a été en grande partie mis de côté par le juge de première instance. Premièrement, les appelants ont intenté une action au Japon en vue d'obtenir un jugement déclaratoire en exonération de responsabilité, à laquelle étaient également parties Mazda Canada ainsi que Mazda U.S.A. À mon avis, le fait que cette action ait été intentée après celle au Canada n'a aucune importance. Deuxièmement, Mazda U.S.A. a intenté une action civile au Japon relativement à ses pertes, laquelle est maintenant jointe à la requête en jugement déclaratoire. (Ladite action comportait aussi auparavant une réclamation pour les pertes subies par Mazda Canada, mais cette partie de la réclamation a ensuite été retirée par Mazda Canada.) La réclamation a été présentée par Mazda U.S.A. parce qu'une action en justice qu'elle avait intentée devant la United States District Court for the District of Oregon en raison de la perte de la cargaison et des coûts de sauvetage a été rejetée en faveur du tribunal japonais en raison du *forum non conveniens* (cette décision fait présentement l'objet d'un appel devant la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit). Troisièmement, plus récemment, une réclamation au nom des assureurs des 110 camions Isuzu qui ont été perdus a été présentée au Japon, laquelle sera probablement réunie avec les deux autres réclamations qui sont actuellement en cours d'instance au Japon. (Voir l'affidavit de Tetsuro Nakamura en date du 15 janvier 2008.)

[17] Il nous semble que ces trois affaires complexes et coûteuses sont traitées avec célérité au Japon et continueront de l'être. L'intimée était à l'origine partie à l'action intentée par Mazda U.S.A., mais elle a ensuite, pour des raisons personnelles, retiré sa réclamation et plutôt tenté d'engager une poursuite au Canada, dans une autre affaire complexe et coûteuse. Ces faits nouveaux, dont plusieurs n'étaient pas connus du juge de première instance, militent fortement en faveur du Japon comme étant le for le plus indiqué pour statuer sur toutes ces réclamations afin d'éviter des instances parallèles, ce qui serait conforme à la courtoisie internationale. Le Japon est un important partenaire commercial du Canada et son système judiciaire est respecté partout dans le monde, même si ses enquêtes préalables sont peut-être moins approfondies que les nôtres. Par conséquent, j'estime que le juge de

[18] Another significant factor to be considered is factor 1: the residence of the parties, the witnesses and the experts. This litigation, which involves many millions of dollars, will require numerous potential witnesses and experts from several countries other than Canada, that is —Japan, U.S.A., Singapore, Myanmar and the Philippines. The overwhelming majority of the witnesses are not likely to be from Canada. Witnesses, most of whom are likely to be from Japan, will be needed to describe the facts concerning the dry docking of the vessel, the loading and inspection of the vessel prior to the voyage, and the preparation for the voyage and the ballasting. The employees of the appellants Mitsui and Mazda Japan who attended in Alaska and Portland to deal with the aftermath of the incident as well as others from different countries will be needed at the trial. Witnesses from Japan, none of whom were crew, will be required to explain the corporate structures of Mitsui and Mazda Japan, where they “reside”, and their relationship with each other. Those from Japan who supervised Seatrade Ship Management (Pte) Ltd., a Singapore company who supplied the crew and others involved will likely testify. There will also be a few crew witnesses to describe the facts of the ballasting incident who are located in Singapore, Myanmar and the Philippines, closer to Japan than Canada. There will be experts from the U.S.A., mainly testifying about the aftermath and the damages. Very few witnesses from Canada will be needed, mainly to describe the contract with Mazda Canada and the losses it incurred. Wherever this trial is held, witnesses will have to be called from different countries and the costs will be significant for all of the parties; a trial in Japan will likely be the least costly overall. Note that the underwriters of both Mazda Canada and Mazda U.S.A. are the same, ACE U.S.A., of Philadelphia, U.S.A. Also, though English is supposed to be the language of the shipping industry, most witnesses would need translators wherever the trial unfolds. This factor of residence of witnesses, therefore, weighs very heavily in favour of Japan, but the Trial Judge found it to be a “fairly neutral” one, erroneously giving it insufficient weight, in my view.

première instance n’a pas accordé suffisamment d’importance à ce facteur.

[18] Un autre facteur important dont il faut tenir compte est le facteur 1 : le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts. Le présent litige met en jeu plusieurs millions de dollars et nécessitera la présence de nombreux experts et témoins provenant de plusieurs pays autres que le Canada, c’est-à-dire le Japon, les États-Unis, Singapour, le Myanmar et les Philippines. La très grande majorité des témoins ne seront vraisemblablement pas du Canada. Des témoins, dont la plupart viendront probablement du Japon, devront décrire les faits se rapportant à la mise en cale sèche du navire, au chargement et à l’inspection du navire avant le voyage, ainsi qu’à la préparation du voyage et au ballastage. Il faudra faire venir pour le procès les employés des appelantes Mitsui et Mazda Japan qui étaient présents en Alaska et à Portland pour s’occuper des conséquences de l’incident, ainsi que d’autres employés en provenance de différents pays. Des témoins en provenance du Japon, dont aucun ne faisait partie de l’équipage, devront expliquer les structures organisationnelles de Mitsui et de Mazda Japan, où celles-ci ont leur « résidence » et la relation qui existe entre elles. Il est probable que les personnes en provenance du Japon qui supervisaient Seatrade Ship Management (PTE) Ltd., une compagnie de Singapour qui a fourni l’équipage, ainsi que d’autres personnes concernées, devront témoigner. Quelques membres de l’équipage, qui seront appelés à décrire les faits se rapportant à l’incident de ballastage, habitent à Singapour, au Myanmar et aux Philippines, donc plus près du Japon que du Canada. Des experts viendront des États-Unis principalement pour témoigner au sujet des conséquences de l’incident et des dommages subis. Les rares témoins en provenance du Canada devront principalement décrire le contrat avec Mazda Canada et les pertes qu’elle a subies. Peu importe le lieu de l’audience, il faudra assigner des témoins de différents pays et les coûts seront considérables pour toutes les parties; cependant, un procès au Japon serait vraisemblablement le moins onéreux de tous. Il est à noter que les assureurs de Mazda Canada et de Mazda U.S.A. sont les mêmes, soit ACE U.S.A., de Philadelphie (États-Unis). En outre, bien que l’anglais soit censé être la langue de l’industrie du transport maritime, la plupart des témoins auront besoin de traducteurs peu importe où le procès se déroulera. Par conséquent, ce facteur du lieu de résidence des témoins favorise énormément

[19] Another factor undervalued significantly by the trial Judge was the potential treatment of the applicable law, factor 6. This action, if it were to proceed in Canada, would have to apply Japanese law in accordance with Clause 28 of the contract of carriage. This is a weighty element to consider (see *OT Africa*). The trial Judge downplayed this factor, referring to the fact that he was unaware of any differences between the Japanese and Canadian law on the issues involved in the case. There are, in this case, complicated legal questions that have not yet been resolved in Japan that should be decided in this litigation: the issue of due diligence in relation to the seaworthiness of the vessel prior to the voyage and its relationship to the issue of the defence of error in the management of the vessel under the Hague-Visby Rules. The legal treatment of the limitation clause with regard to the amount of damages must be unravelled. By handling these issues in Japan in Japanese by Japanese judges and lawyers a more accurate picture of the complex legal issues of Japanese law will emerge. This would be preferable to dealing with these matters by affidavits translated into English, by Judges totally unaware of the actual Japanese jurisprudence and its legal system. Moreover, all of these issues will form a significant aspect of the litigation that will proceed in Japan in any event, and will be resolved there. It makes little sense to engage in the same complex exercise in Canada, risking different results. The trial Judge, in my view, gave insufficient weight to this factor.

[20] Another factor that was not properly weighed was the advantage to the plaintiff 7. The trial Judge was persuaded that significantly greater damages would be available to the plaintiff in Canada than in Japan because Canada has adopted 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], whereas Japan did not. It is, however, unclear whether the Japanese law or Canadian law would

ment le Japon, mais le juge de première instance a estimé qu'il était « assez neutre », ne lui accordant pas à tort suffisamment d'importance, à mon avis.

[19] Un autre facteur que le juge de première instance a grandement sous-estimé est l'interprétation que pourrait recevoir la loi applicable au litige, c'est-à-dire le facteur 6. Si la présente action devait être instruite au Canada, il faudrait appliquer le droit japonais conformément à la clause 28 du contrat de transport maritime. Il s'agit d'un élément important à prendre en compte (voir *OT Africa*). Le juge de première instance a minimisé l'importance de ce facteur, invoquant le fait qu'il ne connaissait pas de différences existant entre les lois japonaises et canadiennes concernant les questions en litige en l'espèce. Il y a, en l'espèce, des questions juridiques complexes qui n'ont pas encore été résolues au Japon et qu'il faudrait trancher dans le présent litige : la question de la diligence raisonnable en lien avec la navigabilité du navire avant le voyage et son lien avec la question du moyen de défense d'erreur commise dans l'administration du navire en vertu des Règles de La Haye-Visby. Des éclaircissements s'imposent en ce qui concerne l'interprétation juridique donnée à la clause limitative quant au montant des dommages-intérêts. Que ces questions soient examinées au Japon en japonais par des juges et des avocats japonais permettra de broser un tableau plus fidèle des questions juridiques complexes de droit japonais. Cela serait préférable au règlement de ces questions, au moyen d'affidavits traduits en anglais, par des juges qui ne connaissent rien de la jurisprudence actuelle du Japon et de son système judiciaire. De plus, toutes ces questions constitueront un aspect important du procès qui, de toute façon, sera instruit au Japon et y sera tranché. Il serait illogique de se livrer au même exercice complexe au Canada et de risquer ainsi d'arriver à des résultats différents. À mon avis, le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à ce facteur.

[20] Un autre facteur qui n'a pas été correctement apprécié est l'avantage dont jouit la demanderesse, soit le facteur 7. Le juge de première instance était convaincu que la demanderesse pourrait obtenir des dommages-intérêts nettement supérieurs au Canada par rapport au Japon parce que le Canada a adopté la *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 responsa-*

be applied to determine this issue in the Canadian Court. In any event, there is authority that the availability of higher damages in a jurisdiction is not a factor justifying the refusal of a stay, provided that substantial justice could be done in that jurisdiction (see: *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)).

[21] The reasoning of the trial Judge on the other factors listed in *Spar Aerospace* is unimpeachable, that is, factors 2, 3, 5 and 9.

[22] The trial Judge considered some factors which were not on the *Spar Aerospace* list, which is permissible because that is not an exhaustive list. He took into account: (1) the public policy of Canada; (2) the action *in rem*; and (3) the jurisdiction clause. As for 1, in my view, the trial Judge was legally wrong to reason that subsection 46(1) evinced a policy that would favour Canadian plaintiffs in their choice of a forum. Subsection 46(1) merely gives Canadian litigants a chance to choose Canada initially, where heretofore they were automatically barred from doing so by the usual jurisdiction clauses employed in most shipping contracts. The wording of the legislation and the jurisprudence based on it make it clear that subsection 46(1) does not grant Canadian courts jurisdiction; it only allows Canadian courts, if chosen by the plaintiff pursuant to subsection 46(1), to consider whether Canada is the most appropriate forum employing the usual *forum non conveniens* factors (see *OT Africa*).

[23] As for 2, the trial Judge's reasons about the advantages of the Canadian *in rem* procedure is beside the point, because that procedure is available, for what it is worth, only if Canada assumes jurisdiction, but not if it does not.

*bilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6], ce que le Japon n'a pas fait. Cependant, il n'a pas été clairement établi si les tribunaux canadiens devraient appliquer le droit japonais ou le droit canadien afin de statuer sur cette question. Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés dans un pays n'est pas un facteur justifiant le refus de suspendre l'instance, pourvu que justice puisse être rendue au fond dans ce pays (voir : *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); "*Herceg Novi*" and "*Ming Galaxy*" (*The*), [1998] 2 Lloyd's L.R. 454 (H.L.)).

[21] Le raisonnement du juge de première instance concernant les autres facteurs énumérés dans l'arrêt *Spar Aerospace* est irréprochable, c'est-à-dire les facteurs 2, 3, 5 et 9.

[22] Le juge de première instance a tenu compte de certains facteurs qui ne figuraient pas sur la liste établie dans l'arrêt *Spar Aerospace*, ce qui est permis puisqu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Il a pris en considération : 1) la politique officielle du Canada; 2) l'action *in rem*; et 3) la clause attributive de compétence. En ce qui concerne le facteur 1, à mon avis, le juge de première instance n'était pas fondé en droit de conclure que le paragraphe 46(1) a supplanté une politique qui favoriserait les demandeurs canadiens par rapport au for qu'ils choisissent. Le paragraphe 46(1) donne simplement la chance aux justiciables canadiens de choisir d'abord le Canada, alors que jusque-là ils s'en voyaient automatiquement empêchés par les clauses de compétence usuelles qui sont utilisées dans la plupart des contrats de transport maritime. Il ressort clairement du libellé de la loi et de la jurisprudence fondée sur celle-ci que le paragraphe 46(1) ne confère pas compétence aux tribunaux canadiens; il permet seulement aux tribunaux canadiens, si la demanderesse les a choisis en vertu du paragraphe 46(1), de déterminer si le Canada est le for le plus approprié à l'aide des facteurs habituels du *forum non conveniens* (voir *OT Africa*).

[23] En ce qui concerne le facteur 2, les motifs du juge de première instance relativement aux avantages de l'action *in rem* au Canada sont dépourvus de pertinence, puisque, sans lui accorder plus de valeur qu'elle n'en a, cette action n'est possible que si le Canada se déclare compétent, mais pas dans le cas contraire.

[24] As for 3, the use of the jurisdiction clause in the post-subsection 46(1) world, the trial Judge was correct to say [at paragraph 69] that it would still be relevant and “should not be ignored,” but it should be given “little weight”. He was right to say it does “not tip the scales in Japan’s favour”. In this case, however, the clause is not one of those offensive ones that gives jurisdiction to a Court that has little or no connection to the contract, which often treated Canadians so unfairly. On the contrary, here there exists a long-standing relationship between the parties, who have dealt with one another over many years on the basis that the Japanese courts will have jurisdiction in a context where Japan has a close connection to the arrangements made. In these circumstances, the jurisdiction clause is a factor that deserved to be given more weight favouring Japan, where it might not deserve such weight if the links with Japan were more tenuous.

[25] In conclusion, Japan is clearly the most appropriate forum to hear this case, as it is the one most closely connected to the parties and the facts of the case, the vessel was inspected, loaded and departed from Japan, Japanese law applies to the litigation, two (probably three) consolidated actions will be conducted there dealing with the same issues, the same law, and the same witnesses, and Japan was the jurisdiction contracted for by the parties.

[26] Consequently, the discretion of the trial Judge was not exercised properly in accordance with the legal principles, it did not give sufficient weight to several factors and it gave too much weight to other factors as described above.

[27] The appeal will be allowed, the decision will be set aside and this action will be stayed. One set of costs for the appellants.

SHARLOW J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

[24] Quant au facteur 3, le recours à la clause attributive de compétence à la suite de l’adoption du paragraphe 46(1), le juge de première instance a eu raison d’affirmer [au paragraphe 69] qu’elle reste pertinente et qu’« on ne doit pas l’ignorer », mais qu’on ne peut lui accorder « beaucoup de poids ». Il a également eu raison de dire qu’elle « ne fait pas pencher la balance en faveur du Japon ». Toutefois, en l’espèce, la clause ne fait pas partie de celles qui accordent outrageusement compétence à un tribunal qui n’a que peu ou pas de lien avec le contrat et qui souvent a traité les Canadiens avec injustice. Au contraire, il existe en l’espèce une relation de longue date entre les parties, qui ont fait affaire ensemble pendant de nombreuses années en prenant pour acquis que les tribunaux japonais auraient compétence dans le contexte où le Japon a des liens étroits avec les ententes conclues. Vu les circonstances, la clause attributive de compétence est un facteur qui méritait qu’on lui accorde plus d’importance, favorisant ainsi le Japon, alors que ce facteur ne mériterait peut-être pas une telle importance si les liens avec le Japon étaient plus ténus.

[25] En conclusion, le Japon est nettement le for le plus approprié pour instruire la présente affaire, puisqu’il est le plus étroitement lié aux parties et aux faits de l’espèce. En effet, le navire a été inspecté et chargé au Japon et en est parti, le droit japonais s’applique au litige, deux (probablement trois) actions réunies y seront instruites relativement aux mêmes questions, à la même législation et aux mêmes témoins, et le Japon s’est vu contractuellement accorder compétence par les parties.

[26] Par conséquent, le juge de première instance n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire selon les principes juridiques, il n’a pas accordé suffisamment d’importance à plusieurs facteurs et il a accordé trop d’importance à d’autres facteurs, tel que susmentionné.

[27] L’appel sera accueilli, la décision sera annulée et la présente action sera suspendue. Un seul mémoire de dépens est accordé aux appelants.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d’accord.