

T-1372-03  
2004 FC 1165

T-1372-03  
2004 CF 1165

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

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

v.

c.

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

**OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, et les  
propriétaires et les affréteurs du «Mathilde Maersk»  
et du «Suzanne Delmas» (défenderesses)**

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

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

Federal Court, O’Keefe J.—Toronto, February 23;  
Halifax, August 23, 2004.

Cour fédérale, juge O’Keefe—Toronto, 23 février;  
Halifax, 23 août 2004.

*Federal Court Jurisdiction — Admiralty action in rem for loss of cargo — Defendants moved for stay, relying on bill of lading’s forum selection clause, forum non conveniens doctrine — Plaintiffs cited Marine Liability Act, s. 46 as supporting F.C. jurisdiction — Defendants obtained, ex parte, anti-suit injunction from English High Court of Justice (H.C.J.), restraining action in F.C. — Stay refused by Prothonotary — Correctly held plaintiffs not having attorned to jurisdiction of H.C.J. — Contract of carriage provided any claim to be tried by H.C.J. in London — Whether s. 46 precludes Court from forum non conveniens analysis — S.C.C. decision in Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., that of F.C.A. in Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The) narrowly construed — S. 46(1) gave F.C. jurisdiction, forum selection clause notwithstanding, if statutory condition met — Reference of House of Commons Debates as to why s. 46(1) adopted — As to whether F.C. most convenient forum, Prothonotary correctly noted factors to be considered in exercising stay granting discretion.*

*Compétence de la Cour fédérale — Action réelle en amirauté pour perte de cargaison — Les défenderesses ont demandé une suspension en s’appuyant sur la clause d’élection de for du connaissement et sur la doctrine du forum non conveniens — Les demanderesses ont soutenu que l’art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime étayait la compétence de la C.F. — Les défenderesses ont obtenu ex parte de la Haute Cour de justice de l’Angleterre (H.C.J.) une injonction empêchant l’action devant la C.F. — La protonotaire a refusé la suspension — Elle a correctement conclu que les demanderesses n’ont pas acquiescé à la compétence de la H.C.J. — Le contrat de transport prévoyait que les différends étaient soumis à la H.C.J. à Londres — L’art. 46 empêche-t-il la Cour d’examiner quel est le tribunal approprié? — Les arrêts Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., de la C.S.C., et Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le), de la C.A.F., ont reçu une interprétation restrictive — L’art. 46(1) confère compétence à la C.F., en dépit de la clause d’élection de for, lorsque les conditions prévues sont remplies — Mention de l’explication donnée à l’adoption de l’art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes — Relativement à la question de savoir si la C.F. est le tribunal approprié, la protonotaire a correctement retenu les facteurs à prendre en considération dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’ordonner une suspension.*

*Maritime Law — Carriage of Goods — American Company shipped 170 cartons from New York City to Liberia but on arrival container 99 cartons short — Bill of lading issued at Toronto, ocean freight there payable — Defendant had Toronto office — Subrogated claim by Toronto insurer —*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Une société américaine a expédié 170 caisses de New York au Libéria, mais il manquait 99 caisses dans le conteneur à l’arrivée — Le connaissement a été délivré à Toronto et le fret maritime y était payable — Les défenderesses avaient un*

*Motion to set aside Prothonotary's refusal of stay — On issue of jurisdiction, plaintiffs relied on Marine Liability Act, s. 46; defendants on bill of lading's forum selection clause, forum non conveniens doctrine — Reference to House of Commons Debates as to reason s. 46(1) enacted: small Canadian exporters outclassed when confronting "big boys" in British boardrooms, courts — Inconvenience, disproportionate cost of litigating smaller claims abroad — High rates charged by British barristers, solicitors — Prothonotary correctly refused stay.*

*Judges and Courts — Prothonotaries — Motion to set aside Prothonotary's refusal to stay F.C. action involving carriage of goods by sea — Applicable review standard — Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd. test applied — S.C.C. decision in Z.I. Pompey Industrie v. Ecu-Line N.V. considered, scope limited — Impugned decision not vital to final issue of case — Prothonotary did not err in conclusion plaintiffs had not attorned to jurisdiction of English High Court of Justice — Narrowly construed F.C.A. decision in Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The) — Correctly noted relevant factors in deciding whether to grant stay.*

This was a motion to set aside an order made by a Prothonotary in an admiralty action *in rem* arising out of a claim for the partial loss of a cargo shipped in a container by sea. Plaintiff, Magic Sportswear, was the shipper, Blue Banana was consignee of the goods. Defendants had moved for a stay, relying upon a forum selection clause in the bill of lading and the *forum non conveniens* doctrine. Plaintiffs argued for Federal Court jurisdiction and made reference to *Marine Liability Act*, section 46, which permits the institution of proceedings in a competent Canadian court, even if the contract provides for adjudication elsewhere, if the port of loading or discharge is in Canada, the defendant has a place of business in Canada, or the contract was made in Canada.

The plaintiff, an American company, shipped 170 cartons of merchandise from New York City to Blue Banana in Liberia. Plaintiffs claimed that upon arrival, the cargo was

*bureau à Toronto — Demande en subrogation d'une société d'assurance de Toronto — Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension — Relativement à la question de la compétence, les demanderesse ont invoqué l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime et les défenderesses, la clause d'élection de for du connaissement et la doctrine du forum non conveniens — Mention de l'explication donnée à l'adoption de l'art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes: les petits exportateurs canadiens sont nettement désavantagés face aux grandes lignes de navigation dans les salles de conseil ou les tribunaux britanniques — Il est difficile et exorbitant de s'adresser à une juridiction étrangère pour le règlement d'une créance peu importante — Les honoraires des avoués et avocats britanniques sont très élevés — La protonotaire a refusé la suspension à bon droit.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension dans une instance intéressant le transport maritime de marchandises — Norme de contrôle applicable — Application du critère formulé dans Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd. — Examen de l'arrêt Z.I. Pompey Industrie c. Ecu-Line N.V. de la C.S.C., portée limitée — La décision attaquée n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal — La protonotaire n'a pas commis d'erreur en concluant que les demanderesse n'avaient pas acquiescé à la compétence de la H.C.J. — Elle a interprété restrictivement l'arrêt Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le) de la C.A.F. — Elle a correctement retenu les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une suspension.*

Il s'agit d'une requête en annulation de l'ordonnance rendue par une protonotaire dans une action réelle en amirauté intentée par suite de la perte partielle d'une cargaison expédiée en conteneur par voie maritime. Les demanderesse, Magic Sportswear Corp. et Blue Banana, étaient respectivement chargeur et consignataire des marchandises. Les défenderesses avaient présenté une requête pour suspension de l'action en se fondant sur la clause d'élection de for figurant dans le connaissement et sur la doctrine du *forum non conveniens*. Les demanderesse ont soutenu que la Cour fédérale avait compétence en invoquant l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, en vertu duquel un tribunal canadien compétent peut être saisi d'une action, même lorsque le contrat de transport prévoit le renvoi devant une autre juridiction, si le port de chargement ou de déchargement est situé au Canada, si le défendeur a un établissement au Canada ou si le contrat a été conclu au Canada.

La demanderesse Magic Sportswear, une société américaine, a expédié de New York 170 caisses de marchandise à Blue Banana au Libéria. Les demanderesse ont

short by 99 cartons. Plaintiffs' witnesses are mostly in Liberia although some may be in New York. Defendant, OT Africa Line, issued the bill of lading at Toronto and it was there that the ocean freight was payable. Defendant has offices and a call centre in the Toronto area. The \$30,000 damages action was a subrogated claim by a Toronto insurance company. Defendants commenced proceedings in the English High Court of Justice seeking a non-liability determination but plaintiffs filed notice they would be contesting jurisdiction. Defendants, however, secured, by *ex parte* motion, an "anti-suit injunction" restraining plaintiffs from proceeding in the Federal Court of Canada following which defendants moved to stay these proceedings. The Prothonotary refused to stay the proceedings. The issues before the Court were: (1) applicable review standard; and (2) whether the Prothonotary's decision should be set aside.

*Held*, the motion should be denied.

Discretionary orders of prothonotaries should not be disturbed on appeal unless clearly wrong, that is, based upon wrong principle or misapprehension of the facts or raising questions vital to the final issue of the case, in which case a reviewing judge should exercise his own discretion *de novo*. Prothonotary's decision herein was not vital to the final issue of the case. Rather than exercising discretion *de novo*, the Court's duty was to determine whether the Prothonotary had been clearly wrong, basing her decision on a wrong principle or misapprehension of the facts.

The defendants submitted that the Prothonotary erred in concluding that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the Court in England and in finding Canada to be a convenient forum. The contract of carriage provided that any claim would be governed by English law and determined by the High Court at London but that if the transportation of goods involved American or Canadian ports, the bill of lading would be subject to the United States *Carriage of Goods by Sea Act 1936* and/or the *Carriage of Goods by Water Act 1936*, a statute of Canada.

Plaintiffs pointed to *Marine Liability Act*, section 46 as conferring jurisdiction and depriving the Court of discretion to grant a *Federal Courts Act*, section 50 stay. Defendants argued that section 46 does not preclude this Court from undertaking

prétendu qu'il manquait 99 caisses à l'arrivée. Leurs témoins sont presque tous au Libéria, mais quelques-uns peuvent se trouver à New York. La défenderesse OT Africa Line a délivré le connaissement à Toronto et c'est là que le fret maritime était payable. Les défenderesses ont des bureaux et un centre d'appel dans la région de Toronto. L'action en dommages-intérêts de 30 000 \$ était une demande en subrogation d'une compagnie d'assurance établie à Toronto. Les défenderesses se sont adressées à la Haute Cour de justice, en Angleterre, pour être exonérées de toute responsabilité, mais les demanderesses ont indiqué qu'elles contesteraient la compétence de ce tribunal. Toutefois, les défenderesses ont obtenu, à la suite d'une requête *ex parte*, une «injonction interdisant les poursuites» empêchant les demanderesses d'aller de l'avant devant la Cour fédérale, puis elles ont présenté leur requête visant la suspension de l'instance canadienne. La protonotaire a refusé la suspension. La Cour devait déterminer 1) quelle était la norme de contrôle applicable et 2) s'il y avait lieu d'annuler la décision de la protonotaire.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Il ne convient pas de modifier en appel les ordonnances discrétionnaires rendues par les protonotaires, sauf si elles sont entachées d'erreur flagrante parce qu'elles sont fondées sur un mauvais principe ou qu'elles découlent d'une mauvaise appréciation des faits ou si elles portent sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, auquel cas le juge siégeant en appel doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*. La décision de la protonotaire n'avait pas une influence déterminante sur la décision finale quant au fond. Plutôt que d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*, la Cour doit établir si la décision de la protonotaire était entachée d'erreur flagrante parce qu'elle était fondée sur un mauvais principe ou découlait d'une mauvaise appréciation des faits.

Selon les défenderesses, la protonotaire a commis une erreur en concluant que les demanderesses n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de Londres et que le Canada était un for approprié. Le contrat de transport prévoyait que tout différend ressortissait au droit anglais et à la Haute Cour de Londres, mais que si le transport faisait intervenir des ports canadiens ou américains le connaissement serait assujéti à la *Carriage of Goods by Sea Act 1936* des États-Unis ou à la *Loi sur le transport des marchandises par eau* du Canada (1936).

Les demanderesses ont soutenu que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* confère compétence à la Cour et la prive du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension sous le régime de l'article 50 de la *Loi sur les*

a *forum non conveniens* analysis. The Prothonotary had referred to *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, a Supreme Court of Canada decision in which it was held that the effect of section 46 was to remove from this Court the *Federal Courts Act*, section 50 discretion to stay proceedings because of a forum selection clause if section 46 requirements were met. A further authority considered by the Prothonotary as supporting the conclusion that section 46 negates the determinative effect of a forum selection clause was the Federal Court of Appeal judgment in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*. But the Prothonotary concluded that section 46 did not deprive the Court of the power to take into account the *forum non conveniens* doctrine and order a stay in appropriate circumstances. That reasoning limited the scope of the Supreme Court's *Z.I. Pompey Industrie* decision in which it was said that Parliament had apparently deemed it appropriate that in select circumstances forum selection clauses should be restricted to facilitate litigation in Canada of carriage of goods by water claims that had a minimum level of connection to this country. Also narrowly construed was *Incremona-Salerno*, the Prothonotary ruling that this Court should still order a stay on *forum non conveniens* grounds.

The Prothonotary's decision was agreed with. Subsection 46(1) gives this Court jurisdiction *simpliciter* to hear a case if any condition mentioned in paragraph 46(1)(a), (b) or (c) is met, a forum selection clause notwithstanding. In addition to the *Z.I. Pompey Industrie* decision, reference was made to what the Member for St. John's East is reported in the *House of Commons Debates* for May 9, 2001 as having said regarding the purpose of paragraph 46(1): "a culture has grown up that sees most of these disputes resolved in British boardrooms and British courts. That suits the big shipping lines and the British legal profession just fine. However, I would submit that a small Canadian exporter would be badly outclassed going up against the big boys in that kind of a setting, so we are supportive of asserting Canadian jurisdiction". This view was echoed, before the House of Commons Standing Committee on Transport, by the then-President of the Canadian Maritime Law Association: "advancing low or medium-sized claims can be subject to very significant inconvenience and disproportionate cost if one is forced to litigate or arbitrate in a foreign jurisdiction".

Even so, the Court would not read *Z.I. Pompey* or the Parliamentary debates as broadly as urged by plaintiffs. While

*Cours fédérales*. Les défenderesses ont fait valoir que l'article 46 n'empêche pas la Cour d'effectuer une analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*. La protonotaire avait cité l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué que l'article 46 prive la Cour fédérale du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre une instance en raison de l'existence d'une clause d'élection de for, si les exigences de l'article 46 sont remplies. La protonotaire a également considéré que la décision de la Cour d'appel fédérale, *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)* appuyait la conclusion que l'article 46 annule l'effet déterminant des clauses d'élection de for, mais elle a conclu qu'il ne la prive pas du pouvoir de tenir compte de la doctrine du *forum non conveniens* et d'ordonner une suspension dans les circonstances appropriées. Ce raisonnement limitait la portée de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie*, dans lequel la Cour suprême a statué que le législateur semble avoir jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d'élection de for pour faciliter l'instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. La protonotaire a aussi donné une interprétation restrictive à l'arrêt *Incremona-Salerno* en concluant que la Cour devrait quand même ordonner une suspension en application de la doctrine du *forum non conveniens*.

La Cour a approuvé la décision de la protonotaire. Le paragraphe 46(1) investit la Cour de la compétence *simpliciter* d'examiner une créance dans le cas où se trouve remplie l'une ou l'autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), malgré les stipulations contraires d'une clause d'élection de for. En plus de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie*, la Cour a cité les propos du député de St. John's East rapportés dans les *Débats de la Chambre des communes* du 9 mai 2001, selon lesquels «une culture s'est installée selon laquelle la plupart des différends sont réglés dans des salles de conseil et des tribunaux britanniques. Cela fait l'affaire des grandes lignes de navigation et des gens de robe britanniques. Cependant, je suis d'avis que, dans un tel contexte, un petit exportateur canadien serait nettement désavantagé face aux grandes lignes de navigation, de sorte que nous sommes favorables à l'affirmation de la compétence canadienne». Le président de l'Association canadienne de droit maritime à l'époque a fait écho à ces propos en affirmant devant le Comité permanent des transports que «le règlement de créances peu élevées peut être source de nombreux problèmes et entraîner des coûts exorbitants si on est obligé d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger».

Toutefois, la Cour n'est pas disposée à donner à l'arrêt *Z.I. Pompey* ou aux débats parlementaires une interprétation aussi

this Court is a competent forum to hear this matter, the question was whether it is the most convenient forum. The Prothonotary correctly noted the factors to be considered in deciding whether to exercise her discretion to grant a stay. She took into account the value of goods, that the true plaintiffs are in Canada, and that the defendants have business interests here. That most witnesses are in Monrovia and New York favoured neither England nor Canada.

Nor did she err in concluding that plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the English High Court of Justice. While they failed to file materials contesting jurisdiction within the 28-day period specified in the Notice of Acknowledgment they filed with the High Court, annotations to the English Rules of Procedure indicate that this issue may be determined at a later date.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 51.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50 (as am. *idem*, s. 46), 57.  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1.

##### CONSIDERED:

*Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220; (2002), 297 N.R. 151 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 3 S.C.R. vi.

large que le proposent les demandereses. La Cour est sans aucun doute un for compétent pour examiner la question considérée, mais il reste à établir si elle est le for le plus approprié. La protonotaire a correctement relevé les facteurs à prendre en considération pour décider si elle devait ou non exercer le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension. Elle a tenu compte de la valeur des marchandises et du fait que les véritables demandereses se trouvaient au Canada et que les défenderesses y avaient des intérêts commerciaux. Le fait que la plupart des témoins se trouvaient à Monrovia et à New York ne favorisait ni l'Angleterre ni le Canada.

Elle n'a pas commis d'erreur non plus en concluant que les demandereses n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de justice anglaise. Bien qu'elles n'aient pas déposé de documents en vue de contester la compétence du tribunal dans le délai de 28 jours suivant le dépôt indiqué dans l'avis d'accusé de réception déposé devant la Haute Cour, les commentaires accompagnant les Règles de procédure anglaises indiquent que la question peut être tranchée à une date ultérieure.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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 (mod., *idem*, art. 46), 57.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 51.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220; (2002), 297 N.R. 151 (C.A.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 3 R.C.S. vi.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Transport and Government Operations. *Evidence*, 1st Session, 37th Parliament (27 March 2001).  
*House of Commons Debates*, No. 058, 1st Session, 37th Parliament (9 May 2001).

MOTION for an order setting aside the order of a prothonotary refusing to stay Federal Court proceedings in a carriage of goods by sea action (*Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd.*, 2003 FC 1513; [2003] F.C.J. No. 1933 (QL)). Motion denied.

## APPEARANCES:

*Marc D. Isaacs* for plaintiffs.  
*C. William Hourigan* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Strathy & Associates*, Toronto, for plaintiffs.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, for defendants.

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

[1] O'KEEFE J.: This is a motion by the defendants, OT Africa Line Ltd. and OT Africa Line, pursuant to rule 51 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, for:

1. An order to set aside the order of Prothonotary Milczynski of December 22, 2003;
2. An order granting the motion of the defendants, OT Africa Line and OT Africa Line Ltd., to stay this action;
3. Costs of this motion and of the motion before Prothonotary Milczynski on a solicitor-client basis; and

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales. *Témoignages*, 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (27 mars 2001).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 058, 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (9 mai 2001).

REQUÊTE en vue de l'obtention d'une ordonnance visant à faire annuler l'ordonnance d'un protonotaire ayant refusé la suspension d'une action se rapportant au transport de marchandises par voie maritime intentée devant la Cour fédérale (*Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd.*, 2003 CF 1513; [2003] A.C.F. n° 1933 (QL)). Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*Marc D. Isaacs* pour les demandereses.  
*C. William Hourigan* pour les défenderesses.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Strathy & Associates*, Toronto, pour les demandereses.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, pour les défenderesses.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une requête présentée par les défenderesses, OT Africa Line Ltd. et OT Africa Line, sous le régime de la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS 98-106, par laquelle elles sollicitent:

1. une ordonnance d'annulation de l'ordonnance de la protonotaire Milczynski en date du 22 décembre 2003;
2. une ordonnance accueillant la requête des défenderesses, OT Africa Line et OT Africa Line Ltd., en suspension de l'action considérée;
3. les dépens afférents à la présente requête et à la requête instruite par la protonotaire Milczynski, sur une base procureur-client;

4. Such further and other relief as counsel may advise and this honourable Court deems just.

[2] Prothonotary stated the background and facts as follows (reported as 2003 FC 1513; [2003] F.C.J. No. 1933 (QL)) [at paragraphs 2-9]:

This action arises out of a claim for the partial loss of a cargo of goods that were shipped in a container by sea. The Plaintiffs, Magic Sportswear Corp., and Blue Banana, were the shipper and consignee of the goods respectively. The Defendants, OT Africa Line Ltd., and OT Africa Line were the carriers of the goods.

This motion is brought by the Defendants, who seek a stay of the action on the basis of the forum selection clause contained in the bill of lading for the shipment of the goods, and on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. The Plaintiffs argue that they are entitled, as of right, to have their claim adjudicated by this Court on the basis of section 46 of the *Marine Liability Act* or alternatively, also on the basis of *forum non conveniens*.

#### Facts

The Plaintiff, Magic Sportswear Corp., is a company incorporated in the United States that shipped 170 cartons of merchandise by container from New York City to the Plaintiff company Blue Banana in Monrovia, Liberia. The Plaintiffs claim that when the container arrived in Monrovia, 99 of the 170 cartons were missing.

The resolution of any factual dispute regarding the missing cargo will depend upon the evidence of witnesses present when the container was opened in Monrovia. The Plaintiffs state that all of these witnesses are located in Liberia. Other Plaintiffs' witnesses may be called from New York.

The Defendant, OT Africa Line issued the bill of lading for the shipment on February 5, 2002 at Toronto, Canada. The ocean freight payable for the shipment was payable at Toronto, Canada. There is also evidence, and I find as a fact, that the Defendant OT Africa Line has offices, maintains a call centre and conducts business from offices in the Toronto area and conducts business through an agency (Seabridge International Shipping Inc., or OTAL North America) in the greater Toronto area.

4. toute autre réparation que les avocats recommanderont et que la Cour jugera adéquate.

[2] La protonotaire a exposé comme suit le contexte et les faits pertinents dans sa décision, qu'on trouvera à la référence 2003 CF 1513; [2003] A.C.F. n° 1933 (QL) [aux paragraphes 2 à 9]:

La présente action découle d'une demande se rapportant à la perte partielle d'une cargaison de marchandises qui avaient été expédiées par mer dans un conteneur. Les demanderesse, Magic Sportswear Corp. et Blue Banana, étaient respectivement chargeur et consignataire des marchandises. Les défenderesses, OT Africa Line Ltd. et OT Africa Line, étaient les transporteurs.

Cette requête a été présentée par les défenderesses, qui cherchaient à faire suspendre l'action en se fondant sur la clause d'élection de for figurant dans le connaissement se rapportant à l'expédition des marchandises ainsi que sur la doctrine du forum non approprié. Les demanderesse affirment qu'elles ont droit à ce que leur demande soit tranchée par la présente cour compte tenu de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ou, subsidiairement, compte tenu de la doctrine du forum non approprié.

#### Les faits

La demanderesse Magic Sportswear Corp. est une société constituée aux États-Unis qui a expédié 170 caisses de marchandises par conteneur de la ville de New York à la société demanderesse Blue Banana, à Monrovia, Libéria. Les demanderesse affirment que, lorsque le conteneur est arrivé à Monrovia, 99 des 170 caisses manquaient.

La résolution d'un litige factuel concernant la cargaison manquante dépend de la preuve soumise par les témoins présents lorsqu'on a ouvert le conteneur, à Monrovia. Les demanderesse affirment que tous ces témoins sont au Libéria. D'autres témoins des demanderesse, venant de New York, peuvent être cités.

La défenderesse OT Africa Line a délivré un connaissement en vue de l'expédition le 5 février 2002, à Toronto, Canada. Le fret maritime était payable à Toronto, Canada. Compte tenu de certains éléments de preuve, je conclus qu'en fait, la défenderesse OT Africa Line a des bureaux, maintient un centre téléphonique et exploite son entreprise depuis des bureaux situés dans la région de Toronto et exploite cette entreprise par l'entremise d'une agence (Seabridge International Shipping Inc., ou OTAL North America) dans la Région du Grand Toronto.

The Plaintiffs commenced their action for damages in the amount of \$30,000.00 in this Court on August 1, 2003, and served OT Africa Line at their Toronto area office on August 15, 2003. The claim is actually a subrogated claim by a Toronto based insurance company that paid out under its policy with the Plaintiffs for the loss of goods.

On September 3, 2003, OT Africa Line commenced proceedings in the High Court of Justice in England for a determination that it was not liable for the Plaintiffs' loss. Notice of these proceedings was served on the Plaintiffs, who, on October 28, 2003, filed an Acknowledgment of Service form that indicated that the [*sic*] they would be contesting the jurisdiction of the English courts. The Plaintiffs have not, however, taken any further steps in that regard, but submit that they were awaiting the outcome of this motion.

On September 8, 2003, on a motion made *ex parte* to the English court, the Defendants obtained an "anti-suit injunction" restraining the Plaintiffs from proceeding with this action, and then, on September 9, 2003, the Defendants filed this motion for a stay of the Canadian proceedings.

### Relevant Statutory Provisions and Rules

[3] Subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, states:

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

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

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

(c) the contract was made in Canada.

[4] Subsection 50(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as

Les demandereses ont intenté leur action en dommages-intérêts, d'un montant de 30 000 \$, devant la présente cour le 1<sup>er</sup> août 2003 et ont signifié un avis à OT Africa Line, à son bureau de la région de Toronto, le 15 août 2003. La demande est en fait une demande en subrogation d'une compagnie d'assurance établie à Toronto, qui avait versé une indemnité aux demandereses pour la perte des marchandises conformément à leur police.

Le 3 septembre 2003, OT Africa Line a engagé des procédures devant la Haute cour de justice, en Angleterre, en vue d'obtenir une décision l'exonérant de toute responsabilité à l'égard de la perte subie par les demandereses. L'avis y afférent a été signifié aux demandereses qui, le 28 octobre 2003, ont déposé un accusé de réception de la signification indiquant qu'elles contesteraient la compétence des tribunaux anglais. Toutefois, les demandereses n'ont pas pris d'autres mesures à cet égard; elles soutiennent qu'elles attendaient le résultat de la présente requête.

Le 8 septembre 2003, à la suite de la présentation d'une requête *ex parte* devant le tribunal anglais, les défendeurs ont obtenu une [TRADUCTION] «injonction interdisant les poursuites» empêchant les demandereses d'aller de l'avant dans la présente action et, le 9 septembre 2003, les défendeurs ont présenté la requête ici en cause visant la suspension des procédures canadiennes.

### Les dispositions et règles applicables

[3] Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, dispose ce qui suit:

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

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

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

c) le contrat a été conclu au Canada.

[4] Le paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985),

am. *idem*, s. 14)] states:

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

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

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

[5] Subsection 51(1) of the *Federal Court Rules, 1998* states:

**51.** (1) An order of a prothonotary may be appealed by a motion to a judge of the Trial Division.

#### Issues

[6] The two issues in this matter are:

1. What is the applicable standard of review?
2. Should the Prothonotary's decision be set aside?

#### Analysis and Decision

[7] Issue 1

##### What is the applicable standard of review?

MacGuigan J.A. of the Federal Court of Appeal stated the following, with respect to the standard of review to be applied to an appeal of a prothonotary's decision, in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 [at pages 462-463]:

I also agree with the Chief Justice in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a discretionary decision of a prothonotary. Following in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 484, and Lacourcière J.A. in *Stoicewski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Div. Ct.), discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

ch. F-7 [art. 1 (mod. *idem*, art. 14)], porte les dispositions suivantes:

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

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

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

[5] Le paragraphe 51(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* est libellé comme suit:

**51.** (1) L'ordonnance du protonotaire peut être portée en appel par voie de requête présentée à un juge de la Section de première instance.

#### Les questions en litige

[6] Les deux questions en litige dans la présente espèce sont les suivantes:

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. La décision de la protonotaire devrait-elle être annulée?

#### Analyse et décision

[7] La première question en litige

##### Quelle est la norme de contrôle applicable?

Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale a formulé les observations suivantes concernant la norme de contrôle à appliquer à l'appel d'une décision de protonotaire dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 [aux pages 462 et 463]:

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l'égard des décisions discrétionnaires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicewski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C. div.), le juge saisi de l'appel contre

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

And at pages 464-465:

The question before the prothonotary in the case at bar can be considered interlocutory only because the prothonotary decided it in favour of the appellants. If he had decided it for the respondent, it would itself have been a final decision of the case: *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195 (F.C.A.) at pages 6197-6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). It seems to me that a decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. Another way of putting the matter would be to say that for the test as to relevance to the final issue of the case, the issue to be decided should be looked to before the question is answered by the prothonotary, whereas that as to whether it is interlocutory or final (which is purely a *pro forma* matter) should be put after the prothonotary's decision. Any other approach, it seems to me, would reduce the more substantial question of "vital to the issue of the case" to the merely procedural issue of interlocutory or final, and preserve all interlocutory rulings from attack (except in relation to errors of law).

[8] This same approach was adopted by the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18:

Discretionary orders of prothonotaries ought to be disturbed by a motions judge only where (a) they are clearly

l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits,

b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Il poursuit son raisonnement, aux pages 464 et 465 dans les termes suivants:

La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause; voir *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195 (C.A.F.) aux pages 6197 et 6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). Il me semble qu'une décision qui peut être ainsi soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du principal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question, alors que pour savoir si la décision est interlocutoire ou définitive (ce qui est purement une question de forme), la question doit se poser après la décision du protonotaire. Il me semble que toute autre approche réduirait la question de fond de «l'influence déterminante sur l'issue du principal» à une question purement procédurale de distinction entre décision interlocutoire et décision définitive, et protégerait toutes les décisions interlocutoires contre les attaques (sauf le cas d'erreur de droit).

[8] La Cour suprême du Canada a adopté la même approche dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18:

Le juge des requêtes ne doit modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire que dans les cas suivants: a)

wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts, or (b) in making them, the prothonotary improperly exercised his or her discretion on a question vital to the final issue of the case: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at pp. 462-63.

[9] In the present case, the Prothonotary exercised her discretion to refuse a stay of proceedings, which is not a question vital to the final issue of the case: *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 3 S.C.R. vi. Consequently, I should not exercise my discretion *de novo*, instead I must now determine whether the Prothonotary was “clearly wrong in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts”.

[10] Issue 2

Should the Prothonotary’s decision be set aside?

The defendants submit that the Prothonotary erred by concluding that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the High Court of London and further, that the Prothonotary erred in finding that Canada was a convenient forum for the hearing of the matter.

[11] The contract of carriage between the parties contained the following forum selection clause:

25. LAW AND JURISDICTION

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

(2) In the event that anything herein contained is inconsistent with any applicable international convention or national law

l’ordonnance est entachée d’une erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits, ou b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire relativement à une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond: *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), le juge MacGuigan, p. 462-463.

[9] Dans la présente espèce, la protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension des procédures, ce qui n’est pas une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond: *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 3 R.C.S. vi. Par conséquent, je ne dois pas exercer mon pouvoir discrétionnaire pour reprendre l’affaire depuis le début, mais il m’incombe plutôt d’établir maintenant si l’ordonnance de la protonotaire «est entachée d’une erreur flagrante, en ce sens [qu’elle] a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits».

[10] La seconde question en litige

La décision de la protonotaire devrait-elle être annulée?

Les défenderesses soutiennent que la protonotaire a commis une erreur en concluant que les demanderesses n’avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de Londres et qu’elle a commis une autre erreur en posant que le Canada était un for approprié à l’instruction de l’affaire.

[11] Le contrat de transport passé entre les parties contenait une clause d’élection de for ainsi libellée:

[TRADUCTION]

25. DROIT ET COMPÉTENCE

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

2) Toute stipulation du présent contrat qui serait incompatible avec une convention internationale ou une loi nationale

which cannot be departed for private contract the provisions hereof shall to the extent of such inconsistency but no further be null and void.

[12] Clause 24 states:

#### 24. U.S.A./CANADA CLAUSE

If the Bill of Lading covers the transportation of the goods to or from ports of the United States of America or Canada this Bill of Lading shall be subject to United States Carriage of Goods by Sea Act 1936 and/or subject to Carriage of Goods by Water Act 1936 of Canada which shall be incorporated herein and the provisions of said act shall govern before loading and after discharge and throughout the entire time the goods are in the custody of the Carrier. If anything herein contained to be invalid or unenforceable under the provisions of said act such circumstances shall not affect the validity or enforceability of any other part or term of this Bill of Lading. The Carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for loss, damage or delay of goods while the goods are not in his actual custody.

[13] Effect of the *Marine Liability Act*

For ease of reference, section 46 of the *Marine Liability Act*, is reproduced:

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

- (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;
- (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or
- (c) the contract was made in Canada.

[14] The plaintiffs claim that this clause has the effect of granting the Federal Court jurisdiction to hear the

applicables auxquelles il ne peut être dérogé par contrat privé est nulle et de nul effet dans la seule mesure de cette incompatibilité.

[12] La clause 24 est rédigée comme suit:

[TRADUCTION]

#### 24. ÉTATS-UNIS ET CANADA

S'il s'applique au transport des marchandises vers des ports, ou en provenance de ports, des États-Unis d'Amérique ou du Canada, le connaissement relève de la United States Carriage of Goods by Sea Act 1936 et/ou de la Loi sur le transport de marchandises par eau (Canada, 1936), lesquelles sont incorporées dans le présent contrat, et leurs dispositions sont d'application avant le chargement, après le déchargement et durant tout le temps où les marchandises sont sous la garde du transporteur. Toute disposition de ces lois qui invaliderait ou priverait de force exécutoire une clause du présent contrat n'influe sur la validité ou la force exécutoire d'aucune autre de ses clauses. Le transporteur n'est responsable à aucun titre des pertes, avaries ou retards de transport qui surviendraient pendant que les marchandises ne sont pas sous sa garde effective.

[13] L'effet de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*

Nous reproduisons ci-dessous, pour la commodité du lecteur, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*:

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

- a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;
- b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;
- c) le contrat a été conclu au Canada.

[14] Les demandereses soutiennent que cet article a pour effet d'investir la Cour fédérale de la compétence

present claim for loss of cargo and deprives the Court of the discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*. The defendants, on the other hand, argue that this clause only grants this Court jurisdiction *simpliciter* and still allows the Court to take the next step of conducting a *forum non conveniens* analysis.

[15] The Prothonotary, at paragraphs 15 and 16 of her decision, stated:

At paragraph 37 of *Z.I. Pompey*, the Supreme Court states that “section 46(1) of the *Marine Liability Act* . . . has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b) or (c) are met” (emphasis added). Likewise, at paragraph 13 of the *Incremona-Salerno*, the Federal Court of Appeal states:

The effect of the subsection is to remove from this Court its discretion under section 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings on the ground of a jurisdiction or arbitration clause where the requirements of paragraphs 46(1)(a), (b) or (c) are met. In the case at bar, if the Motion Judge is correct in his view of the matter, paragraph 46(1)(a) would prevent the appellants from obtaining a stay based on clause 25 of the bill of lading [which provided for disputes to be adjudicated in Hamburg, Germany], since the port of discharge was the port of Halifax. Consequently, if subsection 46(1) applies to these proceedings, the appellants’ stay applications will likely be dismissed. [Emphasis added.]

These passages make clear that section 46 of the *Marine Liability Act* negates the determinative effect of forum selection clauses that would otherwise require adjudication in a jurisdiction other than Canada. They do not displace the jurisdiction of this Court under section 50 of the *Federal Court Act* to exercise its discretion in the appropriate circumstances to order a stay of proceedings, including consideration of the doctrine of *forum non conveniens*.

[16] The Prothonotary adopted the approach that section 46 of the *Marine Liability Act*, only removed

pour entendre l’action considérée relative à la perte de leurs marchandises et la prive du pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension sous le régime de l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les défenderesses, quant à elles, font valoir que cet article ne fait que conférer une compétence *simpliciter* et laisse à la Cour la possibilité de passer à l’étape suivante consistant à effectuer une analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*.

[15] La protonotaire formule les observations suivantes aux paragraphes 15 et 16 de sa décision:

Au paragraphe 37 de l’arrêt *Z.I. Pompey*, la Cour suprême dit que «le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l’une ou l’autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d’élection de for» (non souligné dans l’original). De même, au paragraphe 13 de l’arrêt *Incremona-Salerno*, la Cour d’appel fédérale dit ce qui suit:

Cette disposition a pour effet de retirer à la présente Cour le pouvoir discrétionnaire conféré à l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu’il s’agit de suspendre les procédures en raison de l’existence d’une clause de compétence ou d’arbitrage s’il est satisfait aux exigences des alinéas 46(1)a), b) ou c). En l’espèce, si l’avis exprimé par le juge des requêtes est exact, l’alinéa 46(1)a) empêcherait les appelants d’obtenir une suspension fondée sur la clause 25 du connaissement [qui prévoyait que tout litige serait tranché à Hambourg, en Allemagne] étant donné que le déchargement a eu lieu au port de Halifax. Par conséquent, si le paragraphe 46(1) s’applique à l’instance ici en cause, les demandes de suspension présentées par les appelants seront probablement rejetées. [Non souligné dans l’original.]

Ces passages montrent clairement que l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* annule l’effet déterminant des clauses d’élection de for en vertu desquelles une décision devrait être rendue dans un ressort autre que le Canada. Cela n’écarte pas la compétence qui est conférée à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour pouvant exercer son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, en vue d’ordonner la suspension des procédures et tenir notamment compte de la doctrine du *forum non approprié*.

[16] Selon l’approche adoptée par la protonotaire, l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière*

from the Court its discretion under section 50 of the *Federal Courts Act* to stay proceedings based on a forum selection clause and not its “jurisdiction . . . under section 50 of the *Federal Court[s] Act* to exercise its discretion in appropriate circumstances to order a stay of proceedings, including consideration of the doctrine of *forum non conveniens*.”

[17] The Prothonotary’s reasoning limited the scope of the decision of the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey Industrie*, which reads at paragraphs 37 and 38:

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

Indeed, s. 46(1) would appear to establish that, in select circumstances, Parliament has deemed it appropriate to limit the scope of forum selection clauses by facilitating the litigation in Canada of claims related to the carriage of goods by water having a minimum level of connection to this country. Such a legislative development does not, however, provide support for the fundamental jurisprudential shift made by the Court of Appeal in the case at bar. To the contrary, s. 46(1) indicates Parliament’s intent to broaden the jurisdiction of the Federal Court only in very particular instances that [page 473] can easily be ascertained by a prothonotary called upon to grant a stay of proceedings pursuant to the forum selection clause of a bill of lading. Section 46(1) in no way mandates a prothonotary to consider the merits of the case, an approach in line with the general objectives of certainty and efficiency, which underlie this area of the law.

The Prothonotary also narrowly construed the Federal Court of Appeal’s decision in *Incremona-Salerno Marmi*

*maritime* ne fait que priver la Cour du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d’élection de for, et non de «la compétence qui est conférée à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur [les] Cour[s] fédérale[s]*, la Cour pouvant exercer son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, en vue d’ordonner la suspension des procédures et tenir notamment compte de la doctrine du forum non approprié».

[17] Le raisonnement de la protonotaire limite la portée de l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie* de la Cour suprême du Canada, dont les paragraphes 37 et 38 portent les observations suivantes:

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

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

La protonotaire propose aussi une interprétation restrictive de l’arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini*

*Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220 in deciding that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, did not displace the jurisdiction of this Court to order a stay of proceedings on the basis of Canada being a *forum non conveniens*.

[18] I have reviewed the Prothonotary's decision and I would come to the same conclusion as the Prothonotary.

[19] Firstly, I agree that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* grants this Court jurisdiction *simpliciter* to hear a claim if any of the conditions contained in paragraph 46(1)(a), (b) or (c) are met despite a forum selection clause that states otherwise. I am supported in this conclusion by *Z.I. Pompey Industrie*, at paragraph 38 and the discussions of the context of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* contained in the *House of Commons Debates*, No. 058, 1st Sess., 37th Parl. (9 May 2001), at page 1645 where Mr. Norman Doyle, the Member for St. John's East, stated in part:

One change that sparked debate in committee was the provision of clause 46 that would extend Canada's legal jurisdiction to deal with the cargo claims of Canada's importers and exporters. Representatives of the shipping lines did not want Canadian jurisdiction specified, preferring instead to have clauses on arbitration and judicial proceedings in their contracts of carriage.

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

[20] Also of interest are the remarks of Mr. James Gould, the then-President of the Canadian Maritime Law Association when he appeared before the House of

*Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220, en concluant que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'écarte pas la compétence de la Cour pour ordonner une suspension des procédures au motif que le Canada ne serait pas un for approprié.

[18] Après examen de la décision de la protonotaire, je ne peux qu'approuver sa conclusion.

[19] Premièrement, je souscris à l'idée que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* investit la Cour de la compétence *simpliciter* pour examiner une créance dans le cas où se trouve remplie l'une ou l'autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), malgré les stipulations contraires d'une clause d'élection de for. Je suis conforté dans cette conclusion par le paragraphe 38 de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie* ainsi que par les discussions éclairant le contexte du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* dont il est rendu compte dans les *Débats de la Chambre des communes*, n° 058, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 9 mai 2001, à la page 1645, et dont j'extrais le passage suivant de l'intervention du député de St. John's-Est, M. Norman Doyle:

Une modification qui a soulevé un débat au comité porte sur les dispositions prévues à l'article 46 et qui vise à étendre la compétence des tribunaux canadiens pour qu'ils puissent traiter les créances liées au transport des importateurs et des exportateurs du Canada. Les représentants des lignes de navigation ne voulaient pas que la compétence canadienne soit précisée, préférant que des dispositions sur la procédure judiciaire ou arbitrale soient inscrites dans leurs contrats de transport.

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

[20] Il convient de retenir aussi à ce propos les observations qu'a formulées M. James Gould, alors président de l'Association canadienne de droit maritime,

Commons Standing Committee on Transport and Government Operations (Canada, House of Commons, Standing Committee on Transport and Government Operations *Evidence*, (27 March 2001), pages 1205 and 1210). Mr. Gould stated in part as follows:

The CMLA strongly supports the adoption of the jurisdiction clause set out in clause 46 of Bill S-2. In a way, it reflects the provisions of articles 21 and 22 of the Hamburg Rules, which, as you know, are already part of our law, since they're already a schedule to our existing *Carriage of Goods by Water Act*. They just haven't been proclaimed in force.

Our valued constituent member, the Shipping Federation of Canada, and another one, the Chamber of Shipping of British Columbia, while otherwise supportive of the bill, have spoken here against the jurisdiction clause. Our reasons for supporting the jurisdiction clause, in summary, are that it provides Canadian claimants with an option—and it's just that, an option—to sue or arbitrate in Canada in circumstances in which there is a substantial connection with Canada. It would provide an advantage to Canadian exporters and importers whose only other option might be to abandon their claims or sue or arbitrate claims in a foreign jurisdiction.

Particularly, advancing low or medium-sized claims can be subject to very significant inconvenience and disproportionate cost if one is forced to litigate or arbitrate in a foreign jurisdiction. In England, for example, you may have to hire a solicitor. It makes one a bit envious, but it could be from £250 to £300 or more per hour. If you require a barrister, that's additional, and they're the same or even higher. Even the hotel costs there are higher than here, so it can be very expensive.

I also understand that in Japan, for example, even though the contract may be made in English amongst or with Japanese parties, all documents have to be translated into the Japanese language before proceeding, which in itself can be quite a burden.

Furthermore, Canada would not be alone in adopting such legislation. On the contrary, as already mentioned this morning, there are a number of very important countries that have already enacted provisions similar to clause 46. They include Australia and New Zealand, which bluntly say you can litigate or arbitrate there, and that any provision to the contrary is void. I think that's the way it's put.

You also have the four Nordic countries of Sweden, Denmark, Finland, and Norway—all shipowning countries, which is of

devant le Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales (Canada, Chambre des communes, Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales, *Témoignages*, 27 mars 2001, pages 1205 et 1210). Je citerai le passage suivant du témoignage de M. Gould:

L'ACDM est favorable à l'adoption de la clause de juridiction énoncée à l'article 46 du projet de loi S-2. Elle reflète, dans une certaine mesure, les dispositions des articles 21 et 22 des règles de Hambourg qui, comme vous le savez, ont été annexées à notre *Loi sur le transport des marchandises par eau*. Elles n'ont toutefois pas encore été promulguées.

La Fédération maritime du Canada, membre prisé de notre association, et la Chamber of Shipping of British Columbia appuient le projet de loi, mais se sont prononcées contre la clause de juridiction. Or, nous sommes en faveur de cette clause parce qu'elle permet à un réclamant canadien—et il s'agit bien d'un choix qu'on lui offre—d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada, dans les cas où le lien avec le Canada est clairement établi. Elle fournirait un avantage aux exportateurs et importateurs canadiens dont le seul choix serait d'abandonner leur demande de réclamation ou d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger.

De manière plus précise, le règlement de créances peu élevées peut être source de nombreux problèmes et entraîner des coûts exorbitants si on est obligé d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger. En Angleterre, par exemple, il faudra peut-être faire appel à un avoué, qui peut commander entre 250 et 300 livres, ou plus, l'heure, et aussi à un avocat, ce qui fera augmenter les coûts, leurs honoraires étant identiques ou plus élevés. Même les hôtels coûtent cher là-bas. L'expérience peut donc s'avérer fort coûteuse.

Je crois également comprendre qu'au Japon, par exemple, même si le contrat est conclu en anglais entre des Japonais, ou avec des Japonais, tous les documents doivent être traduits en japonais avant qu'une poursuite ne puisse être intentée, ce qui peut constituer tout un fardeau.

Par ailleurs, le Canada ne serait pas le seul à adopter une telle clause. Comme on l'a mentionné ce matin, plusieurs pays très importants ont déjà adopté des dispositions similaires à l'article 46. Parmi ceux-ci figurent l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui exigent que le réclamant intente une procédure judiciaire ou arbitrale dans ce pays, tout autre recours étant jugé nul. C'est ce que dit la disposition.

Cette clause a également été reprise par les quatre pays nordiques, soit la Suède, le Danemark, la Finlande et la

some significance—the Republic of South Africa, and the People’s Republic of China, which is a huge market.

[21] While these comments of a witness before a standing committee are not determinative this context supports my interpretation of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* and is consistent with the reasoning contained in paragraph 37 of the Supreme Court of Canada’s decision in *Z.I. Pompey Industrie*. While the *Marine Liability Act* clearly denies this Court discretion to grant a stay based on a forum selection clause (a jurisdiction *simpliciter* issue), I do not read the *Z.I. Pompey* decision or the debates in Parliament as broadly as the interpretation urged by the plaintiffs. While this Court is undoubtedly a competent forum to hear this matter, it still remains to be determined whether it is the most convenient forum.

[22] As well, I am of the view that the Prothonotary’s analysis of *forum non conveniens* was not clearly wrong nor did she exercise her discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts. The Prothonotary correctly noted the factors to be considered when deciding whether or not to exercise her discretion to grant a stay of the action filed in this Court (at paragraph 18):

In this case, taking into account all of the facts and surrounding circumstances relating to the shipment of goods from New York to Monrovia, including the value of the goods, the fact that the true Plaintiffs are in Canada, the Defendants have business interests in Canada, and most particularly the fact that most if not all of the material witnesses will come from Monrovia and/or New York, (which factor favours neither England nor Canada), I find that the most convenient and appropriate forum for the determination of the Plaintiffs’ claim, including the interpretation and application of English law, is this Court.

Norvège—des pays qui possèdent tous des navires, ce qui est significatif—et aussi par l’Afrique du Sud et la République populaire de Chine, qui représente un vaste marché.

[21] S’il est vrai que ces remarques tirées d’un témoignage devant un comité permanent de la Chambre des communes ne peuvent avoir d’effet déterminant sur ma décision, le contexte qu’elles illustrent étaye mon interprétation du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* et est compatible avec le raisonnement formulé par la Cour suprême du Canada au paragraphe 37 de l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie*. S’il est vrai que la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* refuse manifestement à la Cour la compétence pour ordonner une suspension des procédures sur la base d’une clause d’élection de for (ce qui est une question de compétence *simpliciter*), je ne puis donner à l’arrêt *Z.I. Pompey* ou aux débats du Parlement une interprétation aussi large que celle que les demandresses me pressent d’adopter. La Cour est sans aucun doute un for compétent pour examiner la question considérée, mais il reste à établir si elle est le for le plus approprié.

[22] En outre, j’estime que l’analyse proposée par la protonotaire sur la base de la doctrine du *forum non conveniens* n’est pas entachée d’une erreur flagrante et qu’elle n’a pas exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits. Elle a correctement relevé (au paragraphe 18) les facteurs à prendre en considération pour décider si elle devait ou non exercer le pouvoir discrétionnaire d’ordonner une suspension de l’action portée devant la Cour:

En l’espèce, compte tenu des faits dans l’ensemble et des circonstances relatives à l’expédition des marchandises de New York à Monrovia, y compris la valeur des marchandises, le fait que les véritables demandresses sont au Canada, que les défendeurs ont des intérêts commerciaux au Canada, et plus particulièrement, que presque tous les témoins importants, sinon tous, doivent venir de Monrovia ou de New York (facteur ne favorisant ni l’Angleterre ni le Canada), je conclus que la présente cour est le forum le plus commode et le plus approprié aux fins de la détermination de la demande des demandresses, y compris l’interprétation et l’application du droit anglais.

[23] As part of the *forum non conveniens* analysis, the Prothonotary held that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the High Court of Justice in England (at paragraph 19 of her decision):

With respect to the Defendants' argument that the Plaintiffs have attorned to the jurisdiction of the High Court of Justice in England, I do not accept such argument. Although the Notice of Acknowledgement signed and fled by the Plaintiffs with the High Court required them to file materials to contest jurisdiction within 28 days of filing, the annotations to the English Rules of Procedure indicate that the determination of the issue may be made at a later date. There may also be a practical reason for the Plaintiffs' failure to defend in the English courts, and that is simply the cost associated with pursuing a \$30,000.00 claim in that jurisdiction outweighing the benefit of even a successful result.

[24] I am of the opinion that the Prothonotary did not make an error in the *Aqua-Gem* sense in this respect. In my view, the Prothonotary correctly applied the factors to find that the most appropriate forum for the determination of the plaintiffs' claims is this Court.

[25] The defendants' motion (appeal) is therefore dismissed.

[26] The plaintiffs shall have their costs of the motion.

#### ORDER

[27] IT IS ORDERED that:

1. The defendants' motion (appeal) is dismissed.
2. The plaintiffs shall have their costs of the motion.

[23] Dans le cadre de son analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*, la protonotaire a conclu (au paragraphe 19 de sa décision) que les demanderessees n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de justice anglaise:

Quant à l'argument des défendeurs selon lequel les demanderessees s'en sont remises à la compétence de la Haute cour de justice en Angleterre, je ne retiens pas cet argument. L'avis d'accusé de réception qui a été signé et déposé par les demanderessees devant la Haute cour exigeait qu'elles déposent les documents en vue de contester la compétence dans les 28 jours suivant le dépôt, mais les commentaires accompagnant les Règles de procédure anglaises indiquent que la question peut être tranchée à une date ultérieure. Il peut également y avoir une raison pratique pour laquelle les demanderessees ne se défendent pas devant les tribunaux anglais, à savoir que le coût associé à la poursuite d'une demande de 30 000 \$ dans ce ressort l'emporte sur l'avantage que comporterait un résultat fructueux.

[24] À mon sens, la protonotaire n'a pas à cet égard commis d'erreur au sens de l'arrêt *Aqua-Gem*. Il me paraît qu'elle a correctement pris en considération les facteurs nécessaires pour conclure que la Cour est le for le plus approprié pour examiner la créance des demanderessees.

[25] La requête en appel des défenderessees est en conséquence rejetée.

[26] Les dépens afférents à la présente requête sont adjugés aux demanderessees.

#### ORDONNANCE

[27] LA COUR ORDONNE:

1. La requête en appel des défenderessees est rejetée.
2. Les dépens afférents à la requête sont adjugés aux demanderessees.