

Section 46 of the *Marine Liability Act* and Anti-suit Injunctions: *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*

By Shane Nossal, Bull, Housser & Tupper LLP, Vancouver, British Columbia

Introduction

The essential question in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*¹ was whether section 46 of the *Marine Liability Act*,² which purportedly has the effect of nullifying foreign choice of forum clauses in contracts for the carriage by sea, would keep the legal proceedings in Canada and prevent legal proceedings from being brought in the foreign court identified in the choice of forum clause. After extensive litigation in Canada and England, the answer is clear. Section 46 of the *Marine Liability Act* is ineffective when (i) one of the parties to the contract of carriage by sea is intent on having a dispute litigated in the foreign court set out in the choice of forum clause, and (ii) the foreign court set out in the choice of forum clause is an appropriate forum to hear the dispute.

Choice of Forum Clauses

Contracts for the carriage of goods often contain choice of forum and choice of law clauses. In *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*,³ for example, the choice of forum/law clause read:

"25. LAW AND JURISDICTION

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

(2) In the event that anything herein contained is inconsistent with any applicable international convention or national law which cannot be departed for private contract the

¹ *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 10.

² S.C. 2001, c. 6.

³ *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 10.

provisions hereof shall to the extent of such inconsistency but no further be null and void.”

Bills of lading often contain choice of forum clauses stipulating that disputes must be resolved by the courts in London or New York. When faced with such choice of forum clauses, Canadian exporters, importers, and their insurers have to incur the added expense and inconvenience of suing carriers in foreign jurisdictions. It may be uneconomic to litigate small and medium-sized claims in London or New York.⁴ Further, such choice of forum clauses take away cases from the Federal Court, and reduce the work available to, and hence the expertise of, Canadian lawyers in carriage of goods by sea cases.⁵

In order to protect these Canadian interests from the high cost and inconvenience of litigating cargo claims in foreign jurisdictions stipulated by choice of forum clauses contained in bills of lading, Parliament enacted legislation to nullify the binding effect of such choice of forum clauses in limited circumstances.⁶

Section 46 of the *Marine Liability Act*

Section 46(1) of the *Marine Liability Act*⁷ permits a party to a contract of carriage by sea to commence legal proceedings in Canada, despite the presence in contract of a choice of forum clause stipulating a foreign jurisdiction, provided that the party establishes one of three minimal connections to Canada. At the same time, the Act removes the Court's discretion to stay the legal proceedings commenced in Canada solely on the ground that the parties had selected an exclusive forum outside Canada for the resolution of disputes.

Section 46(1) of the *Marine Liability Act* 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

⁴ See, in general, the submissions of James Gould, Q.C., then President of the Canadian Maritime Law Association, quoted in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 58.

⁵ See Barry Oland, Oland & Company, in his paper “Acceptance of Jurisdiction and Forum Selection under Canadian Maritime Law” presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S, p. 4.

⁶ Section 46 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.

⁷ S.C. 2001, c. 6.

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.”

Read on its own, section 46(1) of the *Marine Liability Act* appears both reasonable and workable. The section appears consistent with the “real and substantial connection test” for determining *jurisdiction simpliciter* at common law.⁸ That is, if there is minimal connection between the carriage and Canada (through the port of loading or discharge, the residence or place of business of the defendant, or the place where the contract was made), then the claimant may commence legal proceedings in Canada, notwithstanding the presence in the bill of lading of a choice of forum clause that, for example, stipulates that all disputes under the contract had to be litigated in London.

The problem, though, is that section 46 of the *Marine Liability Act* does not operate in isolation. The section must be applied in the context of the conflicts of law, the principles of which have been developed by the common law over the last centuries.

In practice, carriers may not contest the jurisdiction of the Canadian courts where the claimant invokes section 46 of the *Marine Liability Act* and there is some connection between the carriage and Canada. However, that is not the point. If the section creates uncertainty with respect to where a claim should be litigated, then its avowed aim, that is, to protect Canadian interests and reduce the costs and inconvenience of litigation, would not be met.

Two problems immediately arise with respect to section 46 of the *Marine Liability Act*. First, section 46 of the *Marine Liability Act* only prevents the Court from accepting jurisdiction over the dispute solely on the ground that the parties had selected a foreign forum for the resolution of

⁸ *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289.

disputes. It does not prevent the Court from refusing jurisdiction over the dispute on the basis of a *forum non conveniens* analysis.⁹

Second, section 46 of the *Marine Liability Act* does not affect how the foreign court will deal with a parallel legal proceeding brought in that court in compliance with the choice of forum clause set out in the bill of lading. In other words, it opens up the claimant, who commenced legal proceedings in Canada, notwithstanding the choice of forum clause in the bill of lading, to an anti-suit injunction issued by the foreign court at the request of the opposite party.

Anti-suit Injunctions

The leading case in Canada with respect to anti-suit injunctions is *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers Compensation Board)*.¹⁰

The general rule is that a Canadian court may issue an injunction¹¹ to restrain a person within its jurisdiction from commencing or continuing an action in a foreign court when the Canadian court concludes that:

1. it is the natural forum for the legal proceedings (that is, the forum that has the closest connection with the parties or the cause of action),
2. the foreign court has departed from the Canadian court's test of *forum non conveniens* to such an extent as to justify the Canadian court in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court, and
3. the granting of the anti-suit injunction would not deprive the plaintiff in the foreign proceedings of personal or juridical advantages in the foreign forum of which it would be unjust to deprive him or her.¹²

The important point here is that, if the foreign court has not departed from the Canadian court's test of *forum non conveniens* to such an extent as to justify the Canadian court in refusing to

⁹ An elaboration of this point follows below in the discussion of the Federal Court of Appeal's decision in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*

¹⁰ [1993] 1 S.C.R. 897.

¹¹ The Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc.*, [2003] F.C.J. No. 838 2003 FCA 235, has labeled the anti-suit injunction an aggressive remedy, and contrary to judicial comity.

¹² *Amchem, supra*, paras. 50-56; see also the discussion of anti-suit injunctions in Castel & Walker, *Canadian Conflict of Laws* (Butterworths: 6th ed., loose-leaf), volume 1, para. 13.4.

respect the assumption of jurisdiction by the foreign court, then the Canadian court will not further consider whether or not to grant an anti-suit injunction. The Canadian court will dismiss the application based on the principle of comity. In *Amchem*, Mr. Justice Sopinka, for the Supreme Court of Canada, wrote:

“The result of the application of these principles is that when a foreign court assumes jurisdiction on a basis that generally conforms to our rule of private international law relating to the *forum non conveniens*, that decision will be respected and a Canadian court will not purport to make the decision for the foreign court. The policy of our courts with respect to comity demands no less. If, however, a foreign court assumes jurisdiction on a basis that is inconsistent with our rules of private international law and an injustice results to a litigant or ‘would-be’ litigant in our courts, then the assumption of jurisdiction is inequitable and the party invoking the foreign jurisdiction can be restrained. The foreign court, not having, itself, observed the rules of comity, cannot expect its decision to be respected on the basis of comity.”¹³

Mr. Justice Sopinka adopted the definition of “comity” approved by La Forest J. in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*¹⁴ as follows:

“ ‘Comity’ in the legal sense is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws....”¹⁵

Mr. Justice Sopinka also referred to the decision in *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*,¹⁶ in which Lord Goff identified four basic principles with respect to whether or not an anti-suit injunction should be granted:

1. The jurisdiction is to be exercised when the “ends of justice” require it.

¹³ *Amchem*, *supra*, para. 56.

¹⁴ [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1096.

¹⁵ *Amchem*, *supra*, para. 23.

¹⁶ [1987] 3 All E.R. 510 (P.C.), at p. 519.

2. Where the court decides to grant an injunction restraining proceedings in a foreign court, its order is directed not against the foreign court but against the parties so proceeding or threatening to proceed.
3. An injunction will only be issued restraining a party who is amenable to the jurisdiction of the court against whom an injunction will be an effective remedy.
4. Since such an order indirectly affects the foreign court, the jurisdiction is one which must be exercised with caution.¹⁷

One of the keys here is that an anti-suit injunction is a remedy that acts *in personam*. The target of the anti-suit injunction must therefore either be before the court, or be somehow bound by the court's contempt powers.

However, a party does not have to be physically within, or to have attorned to, the court's jurisdiction to be affected or influenced by an anti-suit injunction. For example, a party may have assets within the court's jurisdiction, it may want not to be precluded in the future from defending the claim or from traveling to or acquiring assets in the court's jurisdiction, or it may want to voluntarily comply with the anti-suit injunction, for example, because it may want not to damage its reputation in the foreign jurisdiction.¹⁸

Barring these considerations, though, if the target of the anti-suit injunction is outside the jurisdiction of the court and has no assets within the court's jurisdiction, then an anti-suit injunction will be ineffective.¹⁹

Finally, a Canadian court generally will not entertain an application for an anti-suit injunction until a proceeding has been launched in the foreign court and the defendant in that proceeding has sought a stay from that court and failed.²⁰ This general rule, together with the principle of comity discussed above, may prevent a claimant in Canada from commencing an action in a Canadian court under section 46 of the *Marine Liability Act*, and then immediately applying for

¹⁷ *Amchem, supra*, para. 38.

¹⁸ Sean Gibbons, Stephenson & Harwood, "Anti-suit Injunctions and other Jurisdictional Remedies in the Marine Context" presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S., at pages 5 and 6.

¹⁹ This point has been emphasized by Robert Margolis, Giaschi & Margolis, in discussions on the *Magic Sportswear* case.

²⁰ *Amchem, supra*, paras. 51-52; see also Castel & Walker, *Canadian Conflict of Laws* (Butterworths: 6th ed., loose-leaf), volume 1, para. 13.4, fn. 13 to 15.

an “anti-anti-suit injunction” in order to prevent the defendant in the Canadian proceeding from seeking an anti-suit injunction in the foreign court named in the choice of forum clause.²¹

OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.

On August 23, 2006, the Federal Court of Appeal in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*²² decided that, notwithstanding s. 46 of the *Marine Liability Act*, the cargo loss claim in that case ought to be resolved in the English High Court and not a Canadian court. While the Federal Court of Appeal expressly restricted its judgment to the fact situation where the shippers, the consignees, the cargo, and the ports of loading and discharge are not Canadian,²³ the decision has nonetheless significantly weakened the applicability of s. 46 of the *Marine Liability Act*. Subsequent cases will now have to be decided on a *forum non conveniens* analysis, and not by the simple application of s. 46 of the *Act*.

Background facts

The case involved alleged short shipment of cargo carried from New York to Monrovia, via Le Havre where it was transhipped. The shipper of the cargo, Magic Sportswear Corporation, was a Delaware corporation, which carried on business in New York. The consignee, Blue Banana, was a Liberian company, which carried on business in Monrovia. The carrier, OT Africa Line Ltd., had its head office in London and other offices around the world, including a branch office in Toronto, Canada.

The shipper, consignee, cargo, and ports of loading and discharge had no connection with Canada. However, the cargo’s insurers were based in Toronto, where the bill of lading was issued on February 5, 2002, and the ocean freight was payable to the carrier.

The bill of lading contained the following choice of forum and choice of law clause:

“25. LAW AND JURISDICTION

²¹ This strategy is advocated by Barry Oland, Oland & Company, in the Addendum to his paper “Acceptance of Jurisdiction and Forum Selection under Canadian Maritime Law” presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S.

²² 2006 FCA 284.

²³ See *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 78.

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

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

Litigation in Canada and England proceeded as follows:

- August 1, 2003: the shippers, through the cargo's insurers, commenced an action in the Federal Court of Canada against the carriers, claiming \$30,000.00 for breach of contract for the partial loss of the cargo;
- August 15, 2003: notice of the shippers' action was served on the Toronto office of OT Africa Line Ltd;
- September 3, 2003: the carriers commenced proceedings in London claiming: (i) damages against the shippers for commencing an action in the Federal Court in breach of clause 25 of the bill of lading; (ii) damages from the cargo insurers for inducing the breach of contract; (iii) an anti-suit injunction against the shippers and their insurers to restrain them from breaching clause 25 by pursuing their action in the Federal Court, and from commencing any other proceedings for the alleged cargo loss anywhere other than in London; and (iv) a declaration that the carriers were not liable for the alleged partial loss of the cargo;
- September 8, 2003: the carriers obtained an interim anti-suit injunction from Gross J. of the English High Court, on an *ex parte* motion of which the shippers had short notice;
- September 9, 2003: the carriers filed a motion in the Federal Court to stay the shippers' action against them;
- October 28, 2003: at the instance of their insurers, the shippers filed an acknowledgement of service indicating their intention to contest the jurisdiction of the High Court, but subsequently made no jurisdiction application;

- December 15, 2003: a Prothonotary of the Federal Court issued an oral order dismissing the carriers' motion for an Order staying the shippers' action against them in the Federal Court for damages for the partial loss of the cargo, and issued written reasons on December 22, 2003;²⁴
- April 5, 2004: Cooke J. of the English High Court gave the carriers leave to join the shippers' insurers as parties to the English proceedings, to serve them in Canada, and to amend the claim accordingly;
- August 23, 2004: a judge of the Federal Court dismissed the carriers' appeal from the order of the Prothonotary refusing the stay;²⁵
- November 3, 2004: an anti-suit injunction against the shippers was issued by Langley J. of the English High Court;²⁶
- June 13, 2005: the English Court of Appeal dismissed the shippers' appeal from the issue of the anti-suit injunction;²⁷
- June 15, 2005: the carriers' appeal to the Federal Court of Appeal from the Order of O'Keefe J. was adjourned pending the disposition of the shippers' petition to the House of Lords for leave to appeal the Order of the English Court of Appeal upholding the anti-suit injunction;
- December 9, 2005: the House of Lords dismissed the petition for leave to appeal;²⁸
- June 21, 2006: the Federal Court of Appeal heard the carriers' appeal; and
- August 23, 2006: the Federal Court of Appeal allowed the carriers' appeal.

The issues raised in the Federal Court of Appeal

The appeal raised three issues:

²⁴ 2003 FC 1513.

²⁵ [2005] 2 F.C.R. 236; 2004 FC 1165.

²⁶ [2004] EWHC 2441 (Comm.).

²⁷ [2005] EWCA 710.

²⁸ House of Lords, Minutes of Proceedings, December 9, 2005.

1. Does s. 46(1) of the *Marine Liability Act* remove the discretion of the Federal Court of Canada to grant a stay, even if another jurisdiction was a more convenient forum than Canada?
2. If s. 46(1) of the *Marine Liability Act* does not deprive the court of its discretion to stay proceedings when it is the less convenient forum, what weight should the court give in its *forum non conveniens* analysis to the parties' contractual choice of forum and to the judgments asserting the jurisdiction of the English High Court over the dispute by virtue of the exclusive jurisdiction clause?
3. Should the Federal Court stay the shippers' action, on the ground that the English High Court was the more convenient forum?

The decision of the Federal Court of Appeal

The Federal Court of Appeal decided, first, that s. 46(1) of the *Marine Liability Act* does not remove the discretion of the Federal Court to grant a stay on the basis of *forum non conveniens*. While s. 46(1) of the *Act* confers jurisdiction on the Federal Court over the shippers' claim, it does not expressly remove the broad discretion of the Federal Court under s. 50(1) of the *Federal Courts Act*²⁹ to stay a proceeding over which it has jurisdiction. Thus, it is still necessary for the Federal Court to decide whether it or the English High Court is the more convenient forum.

Secondly, the Federal Court of Appeal held that s. 46(1) of the *Marine Liability Act* has not ousted the principles of international comity set out in the Supreme Court of Canada decision in *Amchem*.³⁰ Accordingly, weight should be given to the parties' contractual choice of forum and to the English judgments asserting their jurisdiction in order to determine if, compared to the English High Court, the Federal Court is *forum non conveniens*. In making this determination, the Federal Court of Appeal considered the concept of international comity, the avoidance of parallel proceedings on the same matter, and the problems of recognition of judgments obtained in the parallel proceedings. The Court also noted that, if the Canadian Parliament had intended to invalidate exclusive jurisdiction clauses for all purposes, it could have declared them to be void or of no effect.

²⁹ R.S.C. 1985, Chap. F-7.

³⁰ [1993] 1 S.C.R. 897.

Finally, the Federal Court of Appeal concluded in this instance that the Federal Court was a less convenient forum than the English High Court. In arriving at that conclusion, the Court considered the connecting factors relevant to a *forum non conveniens* inquiry set out in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.* (including, the residence of the parties, witnesses and experts; the location of the material evidence; the place where the contract was negotiated and executed; the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction; the location of the defendant's assets; the applicable law; the advantages conferred on the plaintiff by its choice of forum; the interests of justice; the interests of the parties; and the need to have the judgment recognized in another jurisdiction).³¹ The Court decided that the factors connecting the dispute to Canada were minor, and those connecting it with England were cumulatively much more significant. In particular, the Court emphasized the English judgments which involved the principle of comity, the parties' choice of the English High Court as the exclusive forum, the choice of law clause stipulating English law, and the presence of the carrier's head office in London.

In the result, the Federal Court of Appeal ordered that the shippers' action in the Federal Court be stayed.

Section 46 of the Marine Liability Act has been significantly weakened

The Federal Court of Appeal's decision in *OT Africa Line* is correct. Section 46 of the *Marine Liability Act* only gives the Canadian courts *jurisdiction simpliciter*, that is, the attainment of the initial threshold giving the court jurisdiction to hear the action on the basis of a sufficient connection between the court and the defendant or the action. It does not oust the Canadian courts' discretion to stay the proceedings on the basis of *forum non conveniens*.

The Federal Court of Appeal attempted to restrict its decision in *OT Africa Line* to the facts of the case before it (that is, where the shipper, consignee, the cargo, and the ports of loading and discharge had no connection with Canada), and stated that:

"...this case does not involve Canadian shippers or Canadian goods, but a claim subrogated to Canadian insurers in respect of foreign shippers and foreign goods. In my opinion, it would not frustrate the policy of section 46 if weight was given in this case, for

³¹ [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 71.

forum non conveniens purposes, to the exclusive jurisdiction clause, as well as to the English judgments.”³²

However, the Federal Court of Appeal’s decision cannot be so restricted, and the decision significantly weakens the applicability of s. 46 of the *Marine Liability Act*. Every time a shipper invokes s. 46 of the *Marine Liability Act* and commences legal proceedings in Canada in breach of a foreign choice of forum clause, the carrier will always be entitled to bring parallel proceedings in the foreign court in accordance with the choice of forum clause and apply for an anti-suit injunction restraining the shipper from continuing with the Canadian proceedings. The carrier will also be entitled to ask the Canadian court to stay the Canadian proceedings on the basis of *forum non conveniens*. Further, where the foreign court has accepted jurisdiction in accordance with the choice of forum clause and where the connecting factors relevant to a *forum non conveniens* inquiry favour the claim being determined by the foreign court, it is likely that, under the Federal Court of Appeal’s decision in *OT Africa Line*, the Canadian court will stay the Canadian proceedings.

Finally, where the foreign court has accepted jurisdiction in accordance with the Canadian court’s test of *forum non conveniens*, then the plaintiff who brought proceedings in Canada under section 46 of the *Marine Liability Act* will probably not succeed in an application for an anti-suit injunction restraining the defendant in the Canadian proceedings from commencing or maintaining its proceedings in the foreign court under the choice of forum clause in the bill of lading.

Conclusion

In conclusion, section 46 of the *Marine Liability Act* only allows a claimant to get its foot in the door to the Canadian court. Whether the claimant will be able to proceed with his action in Canada in breach of a foreign choice of forum clause will depend on the *forum non conveniens* analysis, and not on the applicability of s. 46 of the *Marine Liability Act*. This was the case in *OT Africa Line* where the shipper, consignee, the cargo, and the ports of loading and discharge were not Canadian. It will also probably be the case where the shipper, the consignee, the cargo, and the ports of loading and discharge are Canadian.

³² *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 87.

L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* et les injonctions contre les poursuites : *OT Africa Line Ltd. c. Magic Sportswear Corp.*

Par Shane Nossal, Bull, Housser & Tupper s.r.l., Vancouver (Colombie-Britannique)

Introduction

Dans l'affaire *OT Africa Line Ltd. c. Magic Sportswear Corp.*¹, la principale question à trancher consistait à savoir si l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*², qui a censément pour effet d'invalider les clauses relatives au choix du tribunal à l'étranger que comportent les contrats de transport de marchandises par mer, maintiendrait les procédures judiciaires au Canada et empêcherait d'intenter de telles procédures devant le tribunal étranger mentionné dans les clauses relatives au choix du tribunal. Après un long litige qui s'est déroulé au Canada et en Angleterre, la réponse à cette question est claire. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* est sans effet lorsque : (i) l'une des parties au contrat de transport de marchandises par mer est résolue à plaider un différend devant le tribunal étranger mentionné dans la clause relative au choix du tribunal et (ii) le tribunal étranger énoncé dans la clause relative au choix du tribunal est un tribunal compétent pour trancher le litige.

Les clauses relatives au choix du tribunal

Les contrats de transport de marchandises contiennent souvent des clauses relatives au choix du tribunal (aussi appelées « clauses d'élection de for ») et au choix de la législation applicable. Dans l'affaire *OT Africa Line Ltd. c. Magic Sportswear Corp.*³, par exemple, la clause d'élection de for et de choix de la législation applicable était libellée en ces termes :

[TRADUCTION]

« 25. DROIT ET COMPÉTENCE

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

¹ *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 10.

² S.C. 2001, c. 6.

³ *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 10.

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

Les connaissements contiennent souvent des clauses d'élection de for qui prescrivent que les différends doivent être tranchés par les tribunaux situés à Londres ou à New York. Lorsqu'ils sont confrontés à de telles clauses, les exportateurs ou les importateurs canadiens, de même que leurs assureurs, ont à supporter les frais et les inconvénients additionnels qu'entraîne une poursuite intentée contre un transporteur devant un tribunal étranger. Il est parfois peu rentable de plaider une cause de petite ou de moyenne envergure à Londres ou à New York⁴. En outre, les clauses d'élection de for privent la Cour fédérale de causes à instruire et réduisent la charge de travail possible des avocats canadiens en matière de transport de marchandises par mer, et donc leur expertise⁵.

Pour protéger ces intérêts canadiens contre le coût élevé et les inconvénients attribuables au fait d'avoir à plaider une demande relative à des marchandises (appelée « créance » dans la Loi) devant un tribunal étranger prescrit par une clause d'élection de for contenue dans un connaissement, le Parlement a adopté des dispositions législatives qui visent à invalider l'effet exécutoire de ces clauses, sauf dans certaines circonstances⁶.

L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*

Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*⁷ (la « Loi ») permet à une partie à un contrat de transport par mer d'intenter une procédure judiciaire au Canada, même s'il existe dans ce contrat une clause d'élection de for qui prescrit un tribunal étranger, à la condition toutefois que cette partie établisse l'existence de l'un des trois facteurs de rattachement minimaux au Canada que prévoit la Loi. Parallèlement, cette dernière retire à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure judiciaire intentée au Canada pour le seul motif que les parties ont choisi un tribunal exclusif, à l'étranger, pour le règlement de leurs différends.

⁴ See, in general, the submissions of James Gould, Q.C., then President of the Canadian Maritime Law Association, quoted in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 58.

⁵ See Barry Oland, Oland & Company, in his paper "Acceptance of Jurisdiction and Forum Selection under Canadian Maritime Law" presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S, p. 4.

⁶ Section 46 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.

⁷ S.C. 2001, c. 6.

Le texte du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* est le suivant :

« 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. »

Lu isolément, le paragraphe 46(1) de la Loi semble à la fois raisonnable et fonctionnel, et compatible avec le « critère du lien important et réel » qui permet de déterminer la simple reconnaissance de compétence en common law⁸. À savoir que s'il existe un lien minime entre le contrat de transport et le Canada (par l'intermédiaire du port de chargement ou de déchargement, du lieu de résidence ou du lieu d'affaires du défendeur, ou du lieu où le contrat a été conclu), le demandeur peut dans ce cas intenter une procédure judiciaire au Canada, et ce, malgré la présence, dans le connaissance, d'une clause d'élection de for qui, par exemple, prescrit que tous les différends découlant du contrat doivent être plaidés à Londres.

Il y a toutefois un problème : l'article 46 de la Loi ne s'applique pas isolément. Il doit être appliqué dans le contexte des conflits de lois, dont les principes ont été établis par la common law au cours des siècles derniers.

En pratique, les transporteurs ne peuvent pas contester la compétence des tribunaux canadiens lorsque le demandeur invoque l'article 46 de la Loi et qu'il existe un lien quelconque entre le contrat de transport et le Canada. Mais là n'est pas la question. Si la disposition crée de l'incertitude quant au lieu où il convient de plaider une créance, cela signifie que son but avoué, qui est de protéger les intérêts canadiens et d'amoinrir les coûts et les inconvénients d'un différend, ne serait pas atteint.

⁸ *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289.

L'article 46 de la Loi crée directement deux problèmes. Premièrement, il empêche uniquement la Cour de reconnaître sa compétence sur le différend pour le seul motif que les parties ont choisi un tribunal étranger en vue de régler un différend quelconque. Cela n'empêche pas la Cour de décliner sa compétence à la suite d'une analyse du *forum non conveniens*⁹.

Deuxièmement, l'article 46 de la Loi n'a pas d'incidence sur la façon dont le tribunal étranger traitera d'une procédure judiciaire parallèle intentée devant ce tribunal en conformité avec la clause d'élection de for prévue dans le connaissance. Autrement dit, cela expose le demandeur, qui, malgré la clause contenue dans le connaissance, a intenté une procédure judiciaire au Canada, à être l'objet d'une injonction interdisant les poursuites décernée par le tribunal étranger à la requête de la partie adverse.

Les injonctions contre les poursuites

Lorsqu'il est question des injonctions contre les poursuites, l'arrêt de principe au Canada est *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers Compensation Board)*¹⁰.

La règle générale est la suivante : un tribunal canadien peut décerner une injonction¹¹ pour empêcher une personne relevant de sa compétence d'intenter ou de poursuivre une action devant un tribunal étranger lorsque le tribunal canadien conclut que :

1. il est le tribunal logique pour la procédure judiciaire (c'est-à-dire, celui qui a les liens les plus étroits avec les parties ou la cause d'action),
2. le tribunal étranger s'est écarté du critère du *forum non conveniens* qu'applique le tribunal canadien à un point tel qu'il est justifié que ce dernier refuse de respecter la présomption de compétence du tribunal étranger,
3. l'octroi de l'injonction contre les poursuites ne priverait pas le demandeur dans la procédure étrangère d'avantages personnels ou juridiques dont elle pourrait bénéficier devant le tribunal étranger et dont il serait injuste de la priver¹².

⁹ An elaboration of this point follows below in the discussion of the Federal Court of Appeal's decision in *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*

¹⁰ [1993] 1 S.C.R. 897.

¹¹ The Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc.*, [2003] F.C.J. No. 838 2003 FCA 235, has labeled the anti-suit injunction an aggressive remedy, and contrary to judicial comity.

Ici, le point important est le suivant : si le tribunal étranger ne s'est pas écarté du critère du *forum non conveniens* qu'applique le tribunal canadien à un point tel qu'il est justifié que ce dernier refuse de respecter la présomption de compétence du tribunal étranger, alors le tribunal canadien n'examinera pas davantage s'il convient ou non de décerner une injonction contre les poursuites. Le tribunal canadien rejettera la demande en s'appuyant sur le principe de la courtoisie. Dans l'arrêt *Amchem*, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a écrit ce qui suit :

« L'application de ces principes a pour résultat que, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est généralement conforme à notre règle de droit international privé concernant le *forum non conveniens*, cette décision sera respectée et le tribunal canadien ne prendra pas sur lui de rendre la décision pour le tribunal étranger. C'est le minimum qu'exige la ligne de conduite de nos tribunaux au chapitre de la courtoisie. Toutefois, si un tribunal étranger se déclare compétent pour un motif qui est incompatible avec nos règles de droit international privé et qu'il en résulte une injustice pour une partie existante ou éventuelle devant nos tribunaux, sa décision d'exercer sa compétence est alors contraire à l'équité et il y a lieu d'empêcher le demandeur de poursuivre l'instance à l'étranger. N'ayant pas lui-même observé les règles de la courtoisie, le tribunal étranger ne doit pas s'attendre à ce que sa décision soit respectée au nom de la courtoisie¹³. »

Le juge Sopinka a adopté la définition du mot « courtoisie » qu'a entérinée le juge La Forest dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*¹⁴ :

« La "courtoisie" au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois...¹⁵ »

Le juge Sopinka s'est également reporté à l'arrêt *SNI Aérospatiale c. Lee Kui Jak*¹⁶, dans lequel lord Goff a fait état de quatre principes de base qui permettent de déterminer s'il convient de décerner une injonction interdisant les poursuites :

¹² *Amchem, supra*, paras. 50-56; see also the discussion of anti-suit injunctions in Castel & Walker, *Canadian Conflict of Laws* (Butterworths: 6th ed., loose-leaf), volume 1, para. 13.4.

¹³ *Amchem, supra*, para. 56.

¹⁴ [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1096.

¹⁵ *Amchem, supra*, para. 23.

¹⁶ [1987] 3 All E.R. 510 (P.C.), at p. 519.

1. Le tribunal doit exercer sa compétence si les « fins de la justice » l'exigent.
2. Si le tribunal décide de décerner une injonction interdisant les poursuites devant un tribunal étranger, son ordonnance vise non pas le tribunal étranger, mais les parties qui engagent ou menacent d'engager les poursuites.
3. Une injonction ne doit être décernée que si elle vise une partie justiciable devant le tribunal à l'égard duquel l'injonction sera une réparation efficace.
4. Puisqu'une telle ordonnance a un effet indirect sur le tribunal étranger, il faut exercer cette compétence avec circonspection¹⁷.

Dans le cas présent, l'un des points clés est qu'une injonction interdisant les poursuites est une réparation qui a un effet *in personam*. La cible de l'injonction doit donc se trouver devant le tribunal, ou être soumise de quelque façon aux pouvoirs du tribunal en matière d'outrage.

Il n'est toutefois pas nécessaire qu'une partie se trouve dans le ressort territorial du tribunal, ou qu'elle ait acquiescé à la compétence de ce dernier, pour être visée ou influencée par une telle injonction. Par exemple, une partie peut posséder des biens qui se trouvent dans le ressort territorial du tribunal, elle peut vouloir ne pas être empêchée dans l'avenir de défendre la créance ou de se rendre dans le ressort territorial du tribunal ou d'y acquérir des biens, ou elle peut vouloir se conformer volontairement à l'injonction contre les poursuites parce que, par exemple, elle peut vouloir ne pas nuire à sa réputation dans le pays étranger¹⁸.

Cependant, sous réserve de ces considérations, si la cible de l'injonction contre les poursuites se situe en dehors du ressort territorial du tribunal et ne possède pas de biens se trouvant dans ce ressort, il s'ensuit que l'injonction sera sans effet¹⁹.

Enfin, un tribunal canadien n'instruira généralement pas une demande d'injonction contre les poursuites, à moins qu'une procédure ait été intentée devant le tribunal étranger et que le demandeur, dans le cadre de cette procédure, ait demandé à ce tribunal une suspension et qu'il

¹⁷ *Amchem, supra*, para. 38.

¹⁸ Sean Gibbons, Stephenson & Harwood, "Anti-suit Injunctions and other Jurisdictional Remedies in the Marine Context" presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S., at pages 5 and 6.

¹⁹ This point has been emphasized by Robert Margolis, Giaschi & Margolis, in discussions on the *Magic Sportswear* case.

ait été débouté²⁰. Cette règle générale, de pair avec le principe de la courtoisie dont il a été question plus tôt, peut empêcher un demandeur au Canada d'intenter une action devant un tribunal canadien en vertu de l'article 46 de la Loi et de solliciter aussitôt une « contre-injonction » afin d'empêcher le défendeur dans l'instance canadienne de solliciter une injonction contre les poursuites devant le tribunal étranger nommé dans la clause d'élection de for²¹.

OT Africa Line Ltd. c. Magic Sportswear Corp.

Le 23 août 2006, dans l'affaire *OT Africa Line Ltd. c. Magic Sportswear Corp.*²², la Cour d'appel fédérale a statué que, indépendamment de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, la créance pour perte de marchandises devait être tranchée devant la Haute Cour d'Angleterre, et non un tribunal canadien. Bien que la Cour ait expressément limité son jugement à la situation de fait dans laquelle l'expéditeur, le destinataire, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement ne sont pas canadiens²³, sa décision a tout de même nettement affaibli l'applicabilité de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. Il faudra dorénavant trancher les causes subséquentes à la suite d'une analyse du *forum non conveniens*, et non en appliquant simplement l'article 46 de la Loi.

Le contexte factuel

L'affaire concernait la présumée livraison incomplète de marchandises transportées de New York à Monrovia, via Le Havre, où elles avaient été transbordées. L'expéditeur des marchandises, Magic Sportswear Corporation, était une société du Delaware, qui exploitait son entreprise à New York. Le destinataire, Blue Banana, était une société du Libéria, qui exploitait son entreprise à Monrovia. Le transporteur, OT Africa Line Ltd., avait son siège à Londres et d'autres bureaux dans le monde entier, dont une succursale à Toronto (Canada).

L'expéditeur, le destinataire, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement n'avaient aucun lien (ou « facteur de rattachement ») avec le Canada. Toutefois, l'assureur des

²⁰ *Amchem, supra*, paras. 51-52; see also Castel & Walker, *Canadian Conflict of Laws* (Butterworths: 6th ed., loose-leaf), volume 1, para. 13.4, fn. 13 to 15.

²¹ This strategy is advocated by Barry Oland, Oland & Company, in the Addendum to his paper "Acceptance of Jurisdiction and Forum Selection under Canadian Maritime Law" presented at the New Directions in Maritime Law Conference, June 16 and 17, 2006, in Halifax, N.S.

²² 2006 FCA 284.

²³ See *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 78.

marchandises était basé à Toronto, où le connaissement avait été délivré le 5 février 2002, et le fret maritime était payable au transporteur.

Le connaissement contenait la clause d'élection de for et de choix de la législation applicable suivante :

[TRADUCTION]

« 25. DROIT ET COMPÉTENCE

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

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

Le litige, au Canada et en Angleterre, s'est déroulé comme suit :

- 1^{er} août 2003 : l'expéditeur, par l'entremise de l'assureur des marchandises, a intenté une action devant la Cour fédérale du Canada contre le transporteur, réclamant la somme de 30 000 \$ pour rupture de contrat à la suite de la perte partielle des marchandises;
- 15 août 2003 : l'avis de l'action de l'expéditeur a été signifié au bureau d'OT Africa Line Ltd à Toronto;
- 3 septembre 2003 : le transporteur a intenté une procédure à Londres, réclamant ce qui suit : (i) des dommages-intérêts à l'encontre de l'expéditeur pour avoir intenté une action devant la Cour fédérale en violation de la clause n° 25 du connaissement; (ii) des dommages-intérêts à l'encontre de l'assureur des marchandises pour avoir incité à rompre le contrat; (iii) une injonction contres les poursuites à l'encontre de l'expéditeur et de son assureur afin de les empêcher, d'une part, d'enfreindre la clause n° 25 en poursuivant leur action devant la Cour fédérale et, d'autre part, d'engager toute autre procédure ailleurs qu'à Londres pour la perte présumée des marchandises; (iv) une déclaration portant que le transporteur n'était pas responsable de la présumée perte partielle des marchandises;

- 8 septembre 2003 : le transporteur a obtenu une injonction contre les poursuites provisoire du juge Gross de la Haute Cour d'Angleterre, à la suite d'une requête *ex parte* dont l'expéditeur a été avisé à bref délai;
- 9 septembre 2003 : le transporteur a présenté une requête devant la Cour fédérale en vue de faire suspendre l'action que l'expéditeur avait intentée contre lui;
- 28 octobre 2003 : à l'initiative de son assureur, l'expéditeur a produit une reconnaissance de signification faisant état de son intention de contester la compétence de la Haute Cour, mais, par la suite, il n'a fait aucune demande en ce sens;
- 15 décembre 2003 : un protonotaire de la Cour fédérale a rendu de vive voix une ordonnance rejetant la requête du transporteur en vue d'obtenir une ordonnance suspendant l'action de l'expéditeur devant la Cour fédérale pour dommages-intérêts à la suite de la perte partielle des marchandises, et il a fourni des motifs écrits le 22 décembre 2003²⁴;
- 5 avril 2004 : le juge Cooke, de la Haute Cour d'Angleterre, a autorisé le transporteur à se joindre à l'assureur de l'expéditeur en tant que partie à la procédure intentée en Angleterre, à lui en donner signification au Canada et à modifier la réclamation en conséquence;
- 23 août 2004 : un juge de la Cour fédérale a rejeté l'appel du transporteur contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire avait refusé la suspension²⁵;
- 3 novembre 2004 : une injonction contre les poursuites a été décernée contre l'expéditeur par le juge Langley de la Haute Cour d'Angleterre²⁶;
- 13 juin 2005 : la Cour d'appel d'Angleterre a rejeté l'appel de l'expéditeur contre l'injonction contre les poursuites²⁷;
- 15 juin 2005 : l'appel interjeté par le transporteur auprès de la Cour d'appel fédérale contre l'ordonnance du juge O'Keefe a été ajourné en attendant que soit réglée la

²⁴ 2003 FC 1513.

²⁵ [2005] 2 F.C.R. 236; 2004 FC 1165.

²⁶ [2004] EWHC 2441 (Comm.).

²⁷ [2005] EWCA 710.

requête de l'expéditeur, devant la Chambre des lords, en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance par laquelle la Cour d'appel d'Angleterre avait confirmé l'injonction contre les poursuites;

- 9 décembre 2005 : la Chambre des lords a rejeté la demande d'autorisation d'appel²⁸;
- 21 juin 2006 : la Cour d'appel fédérale a entendu l'appel du transporteur;
- 23 août 2006 : la Cour d'appel fédérale a fait droit à l'appel du transporteur.

Les questions soulevées devant la Cour d'appel fédérale

Trois questions ont été soulevées dans le cadre de l'appel :

1. Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* supprime-t-il le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour fédérale du Canada d'accorder une suspension, même si un autre ressort constitue un *forum* plus pratique que le Canada?
2. Si le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne prive pas la Cour de son pouvoir discrétionnaire de suspendre une procédure si elle est le *forum* le moins pratique, quel importance la Cour devrait-elle accorder, dans son analyse du *forum non conveniens*, au choix du tribunal fait par les parties dans leur contrat, ainsi qu'aux jugements affirmant la compétence de la Haute Cour d'Angleterre sur le différend en vertu de la clause de compétence exclusive?
3. La Cour fédérale devrait-elle suspendre l'action de l'expéditeur au motif que la Haute Cour d'Angleterre était le *forum* le plus pratique?

La décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a décidé, en premier lieu, que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne supprime pas le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour fédérale d'accorder une suspension en se fondant sur le critère du *forum non conveniens*. Bien que ce paragraphe confère à la Cour fédérale la compétence voulue sur la demande de l'expéditeur, elle n'écarte pas expressément le vaste pouvoir discrétionnaire dont jouit la Cour

²⁸ House of Lords, Minutes of Proceedings, December 9, 2005.

fédérale, aux termes du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*²⁹, de suspendre une instance sur laquelle elle a compétence. Il est donc encore nécessaire que la Cour fédérale décide si c'est elle ou la Haute Cour d'Angleterre qui constitue le *forum* le plus pratique.

Deuxièmement, la Cour d'appel fédérale a décrété que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne rend pas inopérants les principes de courtoisie internationale que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l'arrêt *Amchem*³⁰. En conséquence, il faudrait tenir compte du choix du tribunal que les parties ont fait dans leur contrat ainsi que des jugements anglais affirmant leur compétence pour décider si, par rapport à la Haute Cour d'Angleterre, la Cour fédérale constitue bien un *forum non conveniens*. En arrivant à cette décision, la Cour d'appel fédérale a pris en considération le concept de la courtoisie internationale, l'évitement d'instances parallèles portant sur une même question, de même que les problèmes que pose la reconnaissance de jugements obtenus dans le cadre d'instances parallèles. La Cour a fait remarquer aussi que si le législateur canadien avait envisagé d'invalider, à toutes fins pratiques, les clauses de compétence exclusive, il aurait pu déclarer qu'elles étaient frappées de nullité.

Enfin, la Cour d'appel fédérale a conclu dans cette affaire que la Cour fédérale était un *forum* moins pratique que la Haute Cour d'Angleterre. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en considération les facteurs de rattachement se rapportant à une analyse du *forum non conveniens* qui sont énoncés dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.* (dont : le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts; la situation des éléments de preuve; le lieu de formation et d'exécution du contrat; l'existence d'une autre action intentée à l'étranger; la situation des biens appartenant au défendeur; la loi applicable au litige; l'avantage dont jouit le demandeur dans le for choisi; l'intérêt de la justice; la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger)³¹. La Cour a décidé que les facteurs rattachant le différend au Canada étaient d'ordre mineur, et que ceux qui le rattachaient à l'Angleterre étaient, cumulativement, bien plus importants. Elle a notamment insisté sur les jugements anglais qui mettaient en cause le principe de la courtoisie, le choix, fait par les parties, de la Haute Cour d'Angleterre en tant que *forum* exclusif, la clause du choix de la législation applicable qui prescrit le droit anglais, de même que la présence du siège social du transporteur à Londres.

²⁹ R.S.C. 1985, Chap. F-7.

³⁰ [1993] 1 S.C.R. 897.

³¹ [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 71.

En fin de compte, la Cour d'appel fédérale a ordonné la suspension de l'action de l'expéditeur devant la Cour fédérale.

Net affaiblissement de l'article 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime

La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OT Africa Line* est correcte. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne confère aux tribunaux canadiens qu'une simple reconnaissance de compétence, c'est-à-dire le seuil initial qui confère à la Cour la compétence voulue pour instruire l'action en se fondant sur l'existence d'un lien suffisant entre la Cour et le défendeur ou l'action. Il n'écarte pas le pouvoir discrétionnaire qu'ont les tribunaux canadiens de suspendre l'instance en se fondant sur le critère du *forum non conveniens*.

La Cour d'appel fédérale a tenté de restreindre sa décision concernant l'affaire *OT Africa Line* aux faits de la cause dont elle était saisie (c'est-à-dire que l'expéditeur, le destinataire, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement n'avaient pas de lien avec le Canada) et a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

« [...] l'affaire ne met pas en cause des expéditeurs canadiens ou des marchandises canadiennes, mais une créance subrogée à un assureur canadien à l'égard d'expéditeurs étrangers et de marchandises étrangères. Selon moi, on ne contrecarrerait pas les principes de l'article 46 en accordant en l'espèce un certain poids, aux fins du critère du *forum non conveniens*, à la clause de compétence exclusive, de même qu'aux jugements anglais³². »

Cependant, la décision de la Cour d'appel fédérale ne peut être restreinte à ce point, et elle affaiblit nettement l'applicabilité de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. Chaque fois qu'un expéditeur invoquera l'article 46 de la Loi et intentera une procédure judiciaire au Canada en violation d'une clause d'élection de for à l'étranger, le transporteur sera toujours en droit d'intenter une action parallèle devant le tribunal étranger conformément à la clause d'élection de for et de solliciter une injonction contre les poursuites qui empêchera l'expéditeur de poursuivre la procédure canadienne. Le transporteur sera également en droit de demander au tribunal canadien de suspendre la procédure canadienne pour cause de *forum non conveniens*. En outre, si le tribunal étranger s'est reconnu compétent,

³² *OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp.*, 2006 FCA 284, para. 87.

conformément à la clause d'élection de for et si les facteurs de rattachement qui se rapportent à une analyse du *forum non conveniens* font qu'il est préférable que la demande soit tranchée par le tribunal étranger, il est probable qu'en application de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OT Africa Line*, le tribunal canadien suspendra la procédure canadienne.

Enfin, si le tribunal étranger s'est reconnu compétent, conformément au critère du *forum non conveniens* qui s'applique au tribunal canadien, le demandeur qui a intenté l'action au Canada en vertu de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'aura probablement pas gain de cause s'il demande une injonction contre les poursuites pour empêcher le défendeur dans l'action canadienne d'engager ou de poursuivre sa procédure devant le tribunal étranger en vertu de la clause d'élection de for que comporte le connaissance.

Conclusion

En conclusion, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* autorise seulement un demandeur à mettre le pied dans la porte du tribunal canadien. La question de savoir si cette partie sera en mesure de poursuivre son action au Canada en violation d'une clause d'élection de for à l'étranger dépendra de l'analyse du *forum non conveniens*, et non de l'applicabilité de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *OT Africa Line*, où l'expéditeur, le destinataire, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement n'étaient pas canadiens. Ce sera probablement aussi le cas si l'expéditeur, le destinataire, les marchandises et les ports de chargement et de déchargement sont canadiens.