

ECU-Line N.V. *Appellant*

v.

Z.I. Pompey Industrie, Société lyonnaise de messageries nationales, John S. James Co., Polyfibron Technologies Inc., Ellehammer Packaging Inc., and all others having an interest in the cargo laden on board the M.V. “Canmar Fortune” *Respondents*

INDEXED AS: Z.I. POMPEY INDUSTRIE v. ECU-LINE N.V.

Neutral citation: 2003 SCC 27.

File No.: 28472.

2002: October 2; 2003: May 1.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Conflict of laws — Courts — Jurisdiction — Bills of lading — Forum selection clauses — Stay of proceedings — Arrangements made with appellant for carriage of cargo by sea — Respondents filing action against appellant in Federal Court alleging that cargo was damaged while in transit by rail — Appellant seeking stay of proceedings on basis that bill of lading contained forum selection clause giving courts in Antwerp, Belgium exclusive jurisdiction — Proper test for stay of proceedings to enforce forum selection clause in bill of lading — Whether “strong cause” test is proper test — Whether proper test should contemplate inquiry into whether there was fundamental breach or deviation — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).

The respondents filed an action for damages against the appellant in the Federal Court, alleging that cargo was damaged while in transit by rail. Under the bill of lading Antwerp, Belgium was designated as the port of loading and Seattle was designated as the port of discharge. The cargo was transported from Antwerp to Montréal, where it was unloaded and carried by train to Seattle. The bill

ECU-Line N.V. *Appelante*

c.

Z.I. Pompey Industrie, Société lyonnaise de messageries nationales, John S. James Co., Polyfibron Technologies Inc., Ellehammer Packaging Inc., et les autres personnes ayant un droit sur la cargaison chargée à bord du M.V. « Canmar Fortune » *Intimées*

RÉPERTORIÉ : Z.I. POMPEY INDUSTRIE c. ECU-LINE N.V.

Référence neutre : 2003 CSC 27.

N° du greffe : 28472.

2002 : 2 octobre; 2003 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Connaissements — Clauses d'élection de for — Suspension des procédures — Arrangements pris avec l'appelante pour le transport maritime de matériel — Action contre l'appelante intentée devant la Cour fédérale par les intimées qui alléguaient que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par rail — Suspension des procédures demandée par l'appelante parce que le connaissance contenait une clause d'élection de for conférant compétence exclusive aux tribunaux d'Anvers en Belgique — Critère applicable à la suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance — Le critère des « motifs sérieux » est-il celui qui convient? — Le critère applicable doit-il inclure l'examen de la question de savoir s'il y a eu inexécution fondamentale ou dérogation? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).

Les intimées ont saisi la Cour fédérale du Canada d'une action en dommages-intérêts contre l'appelante alléguant que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par train. Le connaissance désignait Anvers, en Belgique, comme le port de chargement et Seattle comme le port de déchargement. Les marchandises ont été transportées d'Anvers à Montréal, où elles

of lading contained a forum selection clause stating that “[t]he contract evidenced by or contained in this bill of Lading is governed by the law of Belgium, and any claim or dispute arising hereunder or in connection herewith shall be determined by the courts in Antwerp and no other Courts.” The appellant brought a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the bill of lading required disputes to be determined exclusively by the courts of Antwerp. A prothonotary denied the motion. The Federal Court, Trial Division dismissed the appellant’s motion to set aside the prothonotary’s order. The Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed and a stay of proceedings issued in favour of the appellant.

In the absence of applicable legislation, such as s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, the proper test for a stay of proceedings pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act* to enforce a forum selection clause in a bill of lading is the “strong cause” test. Once a court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, it must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. The tripartite test for interlocutory injunctions is an inappropriate test for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. First, the tripartite test would render most forum selection clauses unenforceable, creating commercial uncertainty by unduly minimizing the importance of contractual undertakings. Second, the tripartite test is also problematic because the first part of the test requires the court to evaluate the likelihood of success on the merits of the case — which would be impossible because there is normally no determination on the merits. Finally, the tripartite test would make it difficult to establish irreparable harm in the context of a stay application based on a forum selection clause.

On an application for a stay to uphold a forum selection clause in a bill of lading, a court must not delve into

ont été déchargées, puis transportées par train jusqu’à Seattle. Le connaissement comprenait la clause d’élection de for suivante : « Le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit de la Belgique, et tout différend en découlant ou toute demande s’y rapportant ressortit aux tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort. » L’appelante a déposé une requête en suspension des procédures au motif que le connaissement exigeait que tout différend soit réglé par les tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort. Un protonotaire a rejeté la requête. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la requête de l’appelante visant l’annulation de l’ordonnance du protonotaire. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la suspension des procédures est accordée à l’appelante.

Comme aucune disposition législative semblable au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne s’applique, le critère d’appréciation d’une demande de suspension des procédures fondée sur l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et présentée en vue de donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissement est celui des « motifs sérieux ». Une fois convaincue qu’un connaissement valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu’il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d’exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l’espèce. L’analyse en trois étapes applicable en matière d’injonctions interlocutoires n’est pas un critère approprié pour trancher une demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissement. Premièrement, l’analyse en trois étapes rendrait la plupart des clauses d’élection de for inexécutables, ce qui créerait de l’incertitude sur le plan commercial en minimisant indûment l’importance des engagements contractuels. Deuxièmement, appliquer l’analyse en trois étapes pose également problème en ce que la première étape consiste en l’évaluation par la cour des chances qu’a le demandeur d’avoir gain de cause sur le fond — ce qui serait impossible parce que, habituellement, aucune décision n’est rendue sur le fond. Enfin, si l’on appliquait l’analyse en trois étapes, il serait difficile d’établir l’existence d’un préjudice irréparable dans le contexte d’une demande de suspension fondée sur une clause d’élection de for.

Le tribunal saisi d’une demande de suspension visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un

whether one party has deviated from or fundamentally breached an otherwise validly formed contract. Such inquiries would render forum selection clauses illusory since most disputes will involve allegations which, if proved, will make the agreement terminable or voidable by the aggrieved party. Issues respecting an alleged fundamental breach of contract or deviation therefrom should generally be determined under the law and by the court chosen by the parties in the bill of lading. Once it is determined that the bill of lading binds the parties, the “strong cause” test constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice, not of the substantive legal issues underlying the dispute.

The decisions of the prothonotary, the motions judge and the Court of Appeal in this case are clearly wrong. The prothonotary, to the extent he applied the “tripartite test”, erred in law, as did the Court of Appeal in concluding that the appropriate test for a stay of proceedings involving a bill of lading with a forum selection clause was the “tripartite test” for interlocutory injunctions. The “strong cause” test remains relevant and effective and no social, moral or economic changes justify the departure advanced by the Court of Appeal. Further, the prothonotary erred in law when he determined that the forum selection clause was void as a result of the alleged deviation stemming from the discharge of the cargo in Montréal. It is unnecessary to determine whether there has been a fundamental breach or deviation because the forum selection clause clearly covers such a dispute.

Cases Cited

Applied: *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; **distinguished:** *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; **considered:** *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; **referred to:** *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Captain v. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279; *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vi; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *RJR—*

connaissance ne doit pas scruter la question de savoir s’il y a eu dérogation à un contrat par ailleurs valide ou inexécution fondamentale d’un tel contrat par une partie. Pareil examen rendrait illusoire l’application des clauses d’élection de for, car la plupart des différends impliquent des allégations qui, si elles sont prouvées, permettront à la partie lésée d’obtenir la résiliation ou l’annulation du contrat. Les questions relatives à une allégation d’inexécution fondamentale ou de dérogation à un contrat doivent généralement être tranchées selon le droit et par le tribunal que les parties ont choisis dans le connaissance. Dès qu’il est établi que le connaissance lie les parties, le critère des « motifs sérieux » commande l’examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice, et non des questions de droit substantielles sous-jacentes au litige.

En l’espèce, les décisions du protonotaire, du juge des requêtes et de la Cour d’appel sont entachées d’une erreur flagrante. Le protonotaire, dans la mesure où il a appliqué l’« analyse en trois étapes », a commis une erreur de droit, tout comme la Cour d’appel lorsqu’elle a conclu que le critère applicable à une demande de suspension des procédures fondée sur la clause d’élection de for d’un connaissance correspond à l’analyse en trois étapes qui vaut en matière d’injonctions interlocutoires. Le critère des « motifs sérieux » demeure pertinent et applicable, et nul changement de nature sociale, morale ou économique ne justifie qu’on s’en écarte comme l’a fait la Cour d’appel. De plus, le protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que la clause d’élection de for était nulle en raison du déroutement allégué découlant du déchargement des marchandises à Montréal. Il est inutile de décider s’il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, car la clause d’élection de for vise clairement ce type de différend.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; **distinction d’avec l’arrêt :** *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; **arrêt examiné :** *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; **arrêts mentionnés :** *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Captain c. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279; *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vi; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation*

MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; *The “Seapearl” v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 F.C. 161; *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270; *Sarabia v. “Oceanic Mindoro” (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Morrison v. Society of Lloyd’s* (2000), 224 N.B.R. (2d) 1, leaves to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. viii and xi; *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679; *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc., v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Mackender v. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847; *Fairfield v. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599; *Ash v. Lloyd’s Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. v; *Drew Brown Ltd. v. The “Orient Trader”*, [1974] S.C.R. 1286; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50(1).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).

Authors Cited

Michell, M. Paul. “Forum Selection Clauses and Fundamental Breach: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune*” (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 453.
Peel, Edwin. “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Yvon Blais, 1988.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2001), 268 N.R. 364, [2001] F.C.J. No. 96 (QL), dismissing an appeal from a decision of the Trial Division (1999), 182 F.T.R. 112, [1999] F.C.J. No. 2017 (QL), dismissing a motion to set aside the order of Prothonotary Hargrave denying a stay of proceedings (1999), 179 F.T.R. 254, [1999] F.C.J. No. 1584 (QL). Appeal allowed.

Board, [1993] 1 R.C.S. 897; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Le « Seapearl » c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 C.F. 161; *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co.*, [2000] A.C.F. n° 944 (QL); *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Morrison c. Society of Lloyd’s* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 1, autorisations de pourvoi refusées, [2000] 2 R.C.S. viii et xi; *Trendtex Trading Corp. c. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679; *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Mackender c. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847; *Fairfield c. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599; *Ash c. Lloyd’s Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. v; *Drew Brown Ltd. c. The « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *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.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50(1).
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46(1).

Doctrine citée

Michell, M. Paul. « Forum Selection Clauses and Fundamental Breach : *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 453.
Peel, Edwin. « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal : Yvon Blais, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (2001), 268 N.R. 364, [2001] A.C.F. n° 96 (QL), qui a rejeté un appel contre une décision de la Section de première instance (1999), 182 F.T.R. 112, [1999] A.C.F. n° 2017 (QL), rejetant une requête en annulation de l’ordonnance par laquelle le protonotaire Hargrave avait refusé la suspension des procédures (1999), 179 F.T.R. 254, [1999] A.C.F. n° 1584 (QL). Pourvoi accueilli.

H. Peter Swanson, for the appellant.

George J. Pollack and *Jean-Marie Fontaine*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1

BASTARACHE J. — The appellant submits that the appropriate test on a motion for a stay of proceedings to uphold a forum selection clause in a bill of lading is the “strong cause” test, as set out by Brandon J. in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). The respondents, however, contend that the Federal Court of Appeal was correct in applying the tripartite test for interlocutory injunctions established in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.). In my view, there is no legal or policy justification for setting aside the “strong cause” test in the context of a stay of proceedings to uphold a forum selection clause in a bill of lading. The dispute in this case arises under or in connection with the bill of lading. Its broad, unambiguous and unqualified forum selection clause was clearly intended to cover the dispute that gave rise to this appeal.

I. Facts

2

The respondent Polyfibron Technologies Inc. purchased a photo processor and four “sub-assemblies” located in France from the respondent Z.I. Pompey Industrie for resale to its customer, the respondent Ellehammer Packaging Inc. The cargo was to be delivered directly to Ellehammer in Seattle, Washington. Polyfibron retained the services of the respondent John S. James Co., a freight forwarder, to arrange for the importation of the cargo. John S. James Co., in turn, retained the services of the respondent Société lyonnaise de messageries nationales (“S.L.M.N. Shipping”), which made arrangements with ECU-Line France, a division of the appellant ECU-Line N.V., a Belgian company, for carriage of the cargo by sea.

H. Peter Swanson, pour l’appelante.

George J. Pollack et *Jean-Marie Fontaine*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L’appelante soutient que le critère applicable à une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance est celui des « motifs sérieux » énoncé par le juge Brandon dans *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). Pour leur part, les intimées prétendent que la Cour d’appel fédérale a eu raison de recourir à l’analyse en trois étapes établie en matière d’injonctions interlocutoires dans *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.). À mon sens, rien sur le plan du droit ou des principes ne justifie l’abandon du critère des « motifs sérieux » dans le contexte d’une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance. En l’espèce, le litige découle du connaissance ou s’y rapporte. De toute évidence, les parties au connaissance ont voulu que la clause d’élection de for de portée générale, non équivoque et inconditionnelle s’applique au litige qui est à l’origine du présent pourvoi.

I. Les faits

L’intimée Polyfibron Technologies Inc. a acheté à l’intimée Z.I. Pompey Industrie un appareil de développement photographique et quatre « sous-ensembles » se trouvant en France pour les revendre à sa cliente, l’intimée Ellehammer Packaging Inc. Le matériel devait être livré directement à Ellehammer, à Seattle (Washington). Polyfibron a retenu les services de l’intimée John S. James Co., un transitaire, pour prendre les arrangements nécessaires à l’importation du matériel. À son tour, John S. James Co. a fait appel aux services de l’intimée Société lyonnaise de messageries nationales (« S.L.M.N. Shipping »), qui a pris des arrangements avec ECU-Line France, une division de l’appelante ECU-Line N.V., une société belge, pour le transport maritime du matériel.

The respondent John S. James Co. was aware that the cargo could not be transported by rail without there being a significant risk of it sustaining damage and communicated this fact to the respondent S.L.M.N. Shipping.

Under a clean on-board bill of lading executed at Lyon, France on January 23, 1997, the appellant was to carry the cargo from Antwerp, Belgium, to Seattle. The bill of lading designates John S. James Co. as the “consignee”, Antwerp as the “port of loading”, and Seattle as the “port of discharge”. It bears the following forum selection clause:

The contract evidenced by or contained in this bill of Lading is governed by the law of Belgium, and any claim or dispute arising hereunder or in connection herewith shall be determined by the courts in Antwerp and no other Courts.

The back of the bill of lading contains, among other provisions, the following clause:

12. METHODS AND ROUTE OF TRANSPORTATION

(1) The Carrier may at any time and without notice to the Merchant: use any means of transport or storage whatsoever; load or carry the Goods on any vessel whether named on the front hereof or not; transfer the Goods from one conveyance to another including transshipping or carrying the same on another vessel than that named on the front hereof or by any other means of transport whatsoever; at any place unpack and remove Goods which have been stuffed in or on a Container and forward the same in any manner whatsoever; proceed at any speed and by any route in his discretion (whether or not the nearest or most or customary or advertised route) and proceed to or stay at any place whatsoever once or more often and in any order; load or unload the Goods from any conveyance at any place (whether or not the place is a port named on the front hereof as the intended Port of Loading or intended Port of Discharge); . . .

(2) The liberties set out in (1) above be [sic] invoked by the Carrier for any purposes whatsoever whether or not connected with the Carriage of the Goods. Anything done in accordance [sic] with (1) above or any delay arising therefrom [sic] shall be deemed to be within the contractual Carriage and shall not be a deviation or whatsoever nature or degree.

L’intimée John S. James Co. savait que le matériel ne pouvait être transporté par train sans risque important qu’il subisse des dommages et il en a informé l’intimée S.L.M.N. Shipping.

Suivant un connaissement net à bord signé à Lyon, en France, le 23 janvier 1997, l’appelante devait transporter le matériel d’Anvers, en Belgique, à Seattle. Le connaissement désigne John S. James Co. à titre de « consignataire », Anvers comme le « port de chargement » et Seattle, comme le « port de déchargement ». Le connaissement renferme la clause d’élection de for suivante :

[TRADUCTION] Le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit de la Belgique, et tout différend en découlant ou toute demande s’y rapportant ressortit aux tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort.

L’endos du connaissement comporte notamment la clause suivante :

[TRADUCTION]

12. MOYENS DE TRANSPORT ET ITINÉRAIRE

(1) Le transporteur peut à tout moment et sans en informer le marchand : utiliser tout mode de transport ou d’entreposage, quel qu’il soit; charger et transporter les marchandises à bord de tout navire mentionné ou non au recto du présent document; transférer les marchandises d’un mode de transport à un autre, y compris le transbordement maritime ou le transport par un autre navire que celui mentionné au recto du présent document, ou par tout autre moyen de transport; à n’importe quel endroit, déballer les marchandises et les retirer d’un conteneur et les expédier de quelque manière que ce soit; se déplacer à la vitesse et selon l’itinéraire de son choix (qu’il s’agisse ou non de l’itinéraire le plus rapproché ou le plus habituel ou de l’itinéraire annoncé) et se rendre à tout endroit ou y rester, une ou plusieurs fois et dans n’importe quel ordre; charger les marchandises à bord d’un moyen de transport ou les en décharger à n’importe quel endroit (qu’il s’agisse ou non du port désigné au recto à titre de port de chargement ou de port de déchargement); . . .

(2) Le transporteur peut invoquer les options énoncées au paragraphe (1) à toute fin, liée ou non au transport des marchandises. Tout acte accompli sur le fondement du paragraphe (1) ou tout retard en résultant est réputé conforme au contrat de transport et ne saurait constituer un déroutement de quelque nature ou à quelque degré que ce soit.

3

4

5

The appellant transported the cargo from Antwerp to Montréal, where it was unloaded. From there the cargo was carried by train to Seattle. The respondents filed an action for damages of \$60,761.74 in the Federal Court of Canada, alleging that the cargo was damaged while in transit by rail. The appellant denied the cargo had been damaged, arguing in the alternative that any damage had been caused by the respondents, third parties, or events for which it was not responsible. The appellant also brought a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the bill of lading required disputes to be determined exclusively by the courts of Antwerp.

II. Relevant Statutory Provisions

6

The following statutory provisions are central to this appeal:

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7

50. (1) The 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.

Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6

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.

L'appelante a transporté les marchandises d'Anvers à Montréal, où elles ont été déchargées. Les marchandises ont ensuite été transportées par train jusqu'à Seattle. Les intimées ont saisi la Cour fédérale du Canada d'une action en dommages-intérêts au montant de 60 761,74 \$, alléguant que les marchandises avaient été endommagées pendant leur transport par train. L'appelante a nié l'endommagement des marchandises, mais a fait valoir à titre subsidiaire que tous les dommages qui leur auraient été causés, le cas échéant, sont imputables aux intimées, à des tiers ou à des événements indépendants de sa volonté. Elle a par ailleurs déposé une requête en vue d'obtenir la suspension des procédures au motif que le connaissance exigeait que tout différend soit réglé par les tribunaux d'Anvers, à l'exclusion des tribunaux de tout autre ressort.

II. Les dispositions législatives applicables

Les dispositions législatives suivantes sont au cœur du présent pourvoi.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7

50. (1) La Cour a 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.

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance 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.

III. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1999), 179 F.T.R. 254

The appellant sought a stay of proceedings before the Federal Court, pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act*, arguing that the courts of Antwerp were the proper jurisdiction to deal with any disputes arising from the bill of lading. The prothonotary held that the appellant had moved for a stay within reasonable time given the implementation of new court rules and had therefore not attorned to its jurisdiction. The prothonotary accepted and applied the “strong cause” test as set out in the *The “Eleftheria”* characterizing its finding in the following way, at paras. 4-5:

... I accept that ECU-Line prefers to litigate in a familiar jurisdiction and does not bring up the Antwerp jurisdiction merely to seek procedural advantage. Other factors favouring the upholding of the jurisdiction clause include reasonable connections with Belgium, Belgian and French witnesses, that any time bar which might preclude the plaintiffs from bringing their case in Antwerp has been waived, that no security has been posted and that enforcement of a Belgian judgment against the carrier, a Belgian company, should present no particular difficulties.

I accept, from the Plaintiffs’ point of view, that there will be Canadian and American witnesses, including from the American east-coast freight forwarder through whom the Plaintiff, Polyfibron Technologies Inc., arranged the carriage. Certainly the Tribunal of Commerce in [Antwerp], which would decide the case under the jurisdiction clause, conducts its proceedings in Flemish and decides cases on the basis of documents and statements, a procedure precluding witnesses and cross-examination. There may also be considerably more delay in most instances than in the Federal Court and all the more so in the case of an appeal. There are also some lesser factors which favour litigation in Vancouver.

III. Historique procédural

A. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, [1999] A.C.F. n° 1584 (QL)

L’appelante a demandé à la Cour fédérale de suspendre les procédures en vertu de l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* en soutenant que ce sont les tribunaux d’Anvers qui ont compétence pour statuer sur tout litige découlant du connaissance. Le protonotaire a conclu que l’appelante avait demandé la suspension dans un délai raisonnable compte tenu de l’entrée en vigueur des nouvelles règles et qu’elle n’avait donc pas reconnu sa compétence. Le protonotaire a retenu et appliqué le critère des « motifs sérieux » énoncé dans *The “Eleftheria”* et tiré la conclusion suivante, aux par. 4 et 5 :

... je conçois fort bien que ECU-Line préfère plaider dans un ressort judiciaire qu’elle connaît bien et que, si elle invoque la compétence des tribunaux d’Anvers, ce n’est pas uniquement pour en tirer un avantage procédural. Parmi les autres facteurs favorisant l’application de la clause de compétence, relevons que l’accès à la Belgique est plus aisé aussi bien pour les témoins belges que pour les témoins français, qu’il y a eu renonciation à la prescription qui aurait pu éventuellement être invoquée afin d’empêcher les demanderesse de porter l’affaire devant les tribunaux d’Anvers, qu’aucun dépôt de cautionnement n’a été effectué et que l’exécution du jugement éventuellement rendu par les tribunaux belges à l’encontre du transporteur, société de droit belge, ne devrait présenter aucune difficulté particulière.

Je reconnais que, du point de vue des demanderesse, il y a lieu de songer aux témoins canadiens et américains, y compris aux témoins représentant la société américaine de transport de la côte est, par l’intermédiaire de laquelle la demanderesse, Polyfibron Technologies Inc., avait organisé le transport. Il convient de préciser que, devant le Tribunal de commerce d’Anvers, appelé à se prononcer en cette affaire en vertu de la clause de compétence, les procédures se déroulent en flamand, les affaires étant tranchées sur pièces au vu de documents et de dépositions, procédure écrite qui exclut les auditions de témoins et les contre-interrogatoires. Il se peut également que, dans la plupart des cas, la procédure prenne beaucoup plus de temps qu’une procédure en Cour fédérale, cela étant particulièrement vrai en cas d’appel. Il y a également un certain nombre de facteurs de moindre importance qui militent en faveur d’un procès à Vancouver.

The prothonotary concluded, at para. 5, that the factors raised by the respondents, while “substantial”, were “just short [in this instance] of the strong case” which, by *The “Eleftheria”*, the respondents had to present in order to override the forum selection clause.

8

However, the prothonotary added that the respondents had presented a persuasive case that the bill of lading had come to an end in Montréal. For that reason, there was no forum selection clause to apply to the dispute. Notwithstanding clause 12 of the bill of lading, the prothonotary, relying on Professor W. Tetley’s *Marine Cargo Claims* (3rd ed. 1988), accepted the presumption that a serious and willful breach or deviation of a contract of carriage may bring into question exclusion or limitation clauses in the contract. The prothonotary’s response to the appellant’s contention that issues of fundamental breach or deviation should be determined on the merits by the trial judge was the following, at para. 8 :

The answer to this is not complex. An interim injunction, obtained on an interlocutory application, which requires a testing of the waters by looking at the strength of the case, the harm being caused and the balance of convenience, is analogous to denial of a stay of the basis of a strong case that the jurisdiction clause is just not applicable. The interim injunction does not handicap the trial judge, nor should the denial of a stay on the basis that the jurisdiction clause is in all likelihood not available. Any prejudice to ECU-Line in having to litigate in Canada can be compensated by costs.

The prothonotary stated that it was common knowledge that rail carriage is usually accompanied by vibration, bumps and jolts, though considered this to be immaterial to the present case in which the intent to deviate was the sole issue. The prothonotary concluded that the appellant’s deviation from the bill of lading was both unreasonable and voluntary. Relying on *Captain v. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279 (S.C.), the prothonotary concluded that there was no contract at the time the appellant

Le protonotaire a conclu, au par. 5, que les facteurs invoqués par les intimées ont « un certain poids », mais « ne constituent pas, en l’espèce, ces motifs sérieux » qu’elles devaient invoquer, selon la décision *The « Eleftheria »*, pour écarter la clause d’élection de for.

Le protonotaire a cependant ajouté que les intimées avaient présenté des éléments de preuve convaincants selon lesquels le contrat de transport avait pris fin à Montréal, de sorte qu’aucune clause d’élection de for ne s’appliquait au différend. Malgré la clause 12 du connaissement, le protonotaire, s’appuyant sur l’ouvrage *Marine Cargo Claims* (3^e éd. 1988) du professeur W. Tetley, a fait droit à l’argument selon lequel l’inexécution grave et délibérée d’un contrat de transport ou une dérogation grave et délibérée à celui-ci peut remettre en question les clauses d’exclusion ou de limitation du contrat. Le protonotaire a répondu comme suit à l’argument de l’appelante voulant qu’il appartienne au juge chargé de l’instruction de trancher au fond les questions d’inexécution fondamentale ou de dérogation (au par. 8) :

La réponse à cet argument n’a rien de complexe. L’injonction provisoire obtenue dans le cadre d’une demande interlocutoire, laquelle exige que l’on s’interroge sur la solidité des arguments invoqués, sur le préjudice subi et sur la prépondérance des inconvénients, est comparable au rejet d’une requête en suspension en raison de la solidité des arguments invoqués par les demandeurs pour faire valoir que la clause de compétence ne s’applique pas en l’occurrence. L’injonction provisoire ne gêne en rien le juge du procès, pas plus que ne le ferait le rejet d’une requête en suspension au motif que la clause de compétence ne saurait vraisemblablement être invoquée. Tout préjudice que causerait à ECU-Line le fait d’avoir à défendre une action intentée au Canada pourrait être compensé lors de l’adjudication des dépens.

Le protonotaire a dit qu’il était notoire que le transport ferroviaire est habituellement accompagné de vibrations, de soubresauts et de secousses, mais il a estimé que cela importait peu dans la présente affaire où seul le caractère intentionnel de la dérogation au connaissement était en cause. Il a conclu que la dérogation au connaissement par l’appelante était à la fois déraisonnable et délibérée. S’appuyant sur *Captain c. Far Eastern SS. Co.* (1978), 7 B.C.L.R. 279 (C.S.), le protonotaire est arrivé à la conclusion

discharged the cargo in Montréal and thus no forum selection clause upon which it could rely.

The motion for a stay of proceedings to uphold the forum selection clause was therefore denied.

B. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1999), 182 F.T.R. 112

The court concluded that the prothonotary was obliged to take into account all the circumstances of the case in determining whether the respondent had demonstrated a “strong cause” in favour of denying a stay, pursuant to the test set out in *The “Eleftheria”*, an inquiry that did not preclude him from concluding that the bill of lading ended in Montréal and that its forum selection clause did not apply thereafter. The court added that in any event the appellant would have the opportunity to raise its arguments regarding the existence of the bill of lading and its forum selection clause before a trial judge.

The court dismissed with costs the motion to set aside the order of the prothonotary.

C. *Federal Court of Appeal* (2001), 268 N.R. 364

The Court of Appeal held that the test for reviewing decisions of a prothonotary is whether the prothonotary’s exercise of discretion was clearly wrong and that the test for reviewing the exercise of discretion of a motions judge is whether sufficient weight was given to all relevant considerations.

The Court of Appeal concluded that *The “Eleftheria”* did not govern the case, stating, at para. 27:

The burden of the appellant’s submission is that when, as here, a contract contains a jurisdiction clause requiring that all disputes, wherever they arise, are to be dealt with by the Courts of a particular jurisdiction, Anglo-American and Anglo-Canadian jurisprudence both conclude that the dispute must be dealt with by the

qu’aucun contrat ne s’appliquait au moment où l’appelante a déchargé les marchandises à Montréal et qu’il n’existait donc aucune clause d’élection de for susceptible d’être invoquée.

La requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for a par conséquent été rejetée.

B. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, [1999] A.C.F. n° 2017 (QL)

La cour a conclu que le protonotaire avait l’obligation de tenir compte de toutes les circonstances de l’affaire pour déterminer si les intimées avaient établi l’existence de « motifs sérieux » de ne pas suspendre les procédures, conformément au critère dégagé dans *The « Eleftheria »*, ce qui ne l’empêchait pas de conclure que le connaissance était devenu caduc à Montréal et que la clause d’élection de for avait subi le même sort. La cour a ajouté que, de toute manière, l’appelante aurait l’occasion de faire valoir devant le juge chargé de l’instruction ses arguments relatifs à l’existence du connaissance et de sa clause d’élection de for.

La cour a rejeté avec dépens la requête visant l’annulation de l’ordonnance du protonotaire.

C. *Cour d’appel fédérale*, [2001] A.C.F. n° 96 (QL)

La Cour d’appel a estimé que les normes de contrôle applicables respectivement aux décisions du protonotaire et à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes pouvaient être formulées comme suit : le protonotaire a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire d’une manière manifestement erronée et le juge des requêtes a-t-il accordé suffisamment d’importance à toutes les considérations pertinentes?

La Cour d’appel a conclu, au par. 27, que l’arrêt *The « Eleftheria »* ne s’appliquait pas en l’espèce :

L’appelante plaide que, dans les cas où, comme en l’espèce, un contrat contient une clause attributive de compétence exigeant que tous les différends, peu importe où ils surviennent, soient tranchés par les tribunaux d’un ressort donné, tant la jurisprudence anglo-américaine que la jurisprudence anglo-canadienne établissent que

9

10

11

12

13

Courts of the jurisdiction the parties have agreed to. The appellant says that since *The Eleftheria* no case in Anglo-Canadian or Anglo-American jurisprudence has held otherwise. I disagree. *Jian Sheng Co. [v. Great Tempo S.A., [1998] 3 F.C. 418 (C.A.)]* is a case where this Court held that a prothonotary was right to refuse a stay in circumstances where the appellant had not led sufficient evidence to support the existence of jurisdiction elsewhere than Canada.

- 14 The Court of Appeal emphasized *The “Eleftheria”* was decided in 1969 and the House of Lords had since decided *American Cyanamid, supra*, thereby relaxing the requirements for an interlocutory injunction to a tripartite test: first, a preliminary and tentative assessment of the merits of the case must show there is a serious issue to be tried; second, consideration must be given to whether the party seeking the interlocutory injunction would suffer irreparable harm unless the injunction is granted; and third, there must be a determination as to which party would suffer the greater harm as a result of the granting or refusing of an interlocutory injunction.

- 15 The Court of Appeal quoted with approval Beetz J., writing for a unanimous Supreme Court, in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110*, at p. 127:

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions . . .

The Court of Appeal reasoned that although the prothonotary had not referred to either *American Cyanamid* or *Metropolitan Stores*, it was likely what he had in mind when he concluded, at para. 8:

An interim injunction, obtained on an interlocutory application, which requires a testing of the waters by looking at the strength of the case, the harm being caused and the balance of convenience, is analogous to denial of a stay of the basis of a strong case that the jurisdiction clause is just not applicable.

le différend doit être tranché par les tribunaux du ressort dont les parties ont convenu. L'appelante soutient que, depuis l'affaire *The Eleftheria*, aucune cause de jurisprudence anglo-canadienne ni anglo-américaine n'a statué autrement. Je ne partage pas son avis. L'affaire *Jian Sheng Co. [c. Great Tempo S.A., [1998] 3 C.F. 418 (C.A.)]*, est une cause dans laquelle la Cour a statué qu'un protonotaire a le droit de refuser une suspension dans un cas où l'appelante n'a pas présenté une preuve suffisante pour établir qu'un tribunal étranger a compétence.

La Cour d'appel a souligné que la décision *The « Eleftheria »* datait de 1969 et que, depuis, dans *American Cyanamid*, précité, la Chambre des lords avait assoupli les exigences en matière d'injonction interlocutoire et opté pour une analyse en trois étapes : premièrement, une étude préliminaire et provisoire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger; deuxièmement, il faut déterminer si la partie qui demande l'injonction interlocutoire subira un préjudice irréparable si l'injonction lui est refusée; troisièmement, il faut déterminer laquelle des parties subira le plus grand préjudice selon que l'injonction interlocutoire est accordée ou refusée.

La Cour d'appel a cité en les approuvant les motifs du juge Beetz rédigés au nom de la Cour, à l'unanimité, dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110*, p. 127 :

La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires . . .

Selon le raisonnement de la Cour d'appel, même si le protonotaire ne s'est reporté ni à *American Cyanamid* ni à *Metropolitan Stores*, c'est ce qu'il avait à l'esprit lorsqu'il a conclu ce qui suit, au par. 8 :

L'injonction provisoire obtenue dans le cadre d'une demande interlocutoire, laquelle exige que l'on s'interroge sur la solidité des arguments invoqués, sur le préjudice subi et sur la prépondérance des inconvénients, est comparable au rejet d'une requête en suspension en raison de la solidité des arguments invoqués par les demandeurs pour faire valoir que la clause de compétence ne s'applique pas en l'occurrence.

The Court of Appeal concluded that given the evolution of English and Canadian jurisprudence, the proper test to apply in stay applications is the tripartite test employed for the purposes of obtaining interlocutory injunctions.

The Court of Appeal dismissed the appeal with costs.

IV. Issues

1. What is the proper test on a motion brought for a stay of proceedings to enforce the forum selection clause in a bill of lading?
2. Does that test contemplate an inquiry into whether there was a fundamental breach or deviation, or should such an inquiry be left to the decision maker in the agreed forum?

V. Analysis

Discretionary orders of prothonotaries ought to be disturbed by a motions judge only where (a) they are clearly 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. An appellate court may interfere with the decision of a motions judge where the motions judge had no grounds to interfere with the prothonotary's decision or, in the event such grounds existed, if the decision of the motions judge was arrived at on a wrong basis or was plainly wrong: *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), *per* Décary J.A., at pp. 427-28, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vi. For the reasons below, I conclude that the decisions of the prothonotary, the motions judge and the Court of Appeal are clearly wrong.

A. *Stays of Proceedings to Enforce a Forum Selection Clause*

Pursuant to s. 50(1) of the *Federal Court Act*, the court has the discretion to stay proceedings in any

La Cour d'appel a conclu que, vu l'évolution de la jurisprudence britannique et canadienne, le critère qu'il convient d'appliquer en matière de suspension est l'analyse en trois étapes utilisée pour statuer sur les demandes d'injonctions interlocutoires.

La Cour d'appel a rejeté l'appel avec dépens.

IV. Les questions en litige

1. Quel critère s'applique à la demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissance?
2. Ce critère englobe-t-il la question de savoir s'il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, ou cette décision appartient-elle à l'instance décisionnelle du ressort dont ont convenu les parties?

V. Analyse

Le juge des requêtes ne doit modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire que dans les cas suivants : a) 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. Une cour d'appel ne peut intervenir que si le juge des requêtes n'avait aucun motif de modifier la décision du protonotaire ou, advenant l'existence d'un tel motif, si la décision du juge des requêtes était mal fondée ou manifestement erronée : *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), le juge Décary, p. 427-428, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vi. Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion que les décisions du protonotaire, du juge des requêtes et de la Cour d'appel sont entachées d'une erreur flagrante.

A. *Suspension des procédures visant à donner effet à une clause d'élection de for*

Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* investit la cour du pouvoir discrétionnaire de

16

17

18

19

cause or matter on the ground that the claim is proceeding in another court or jurisdiction, or where, for any other reason, it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. For some time, the exercise of this judicial discretion has been governed by the “strong cause” test when a party brings a motion for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. Brandon J. set out the test as follows in *The “Eleftheria”*, at p. 242:

(1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

suspendre les procédures dans toute affaire au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Depuis assez longtemps, lorsqu'une partie présente une requête en suspension des procédures visant à donner effet à la clause d'élection de for d'un connaissement, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est assujéti au critère des « motifs sérieux ». Voici comment le juge Brandon a énoncé ce critère dans *The « Eleftheria »*, p. 242 :

[TRADUCTION] (1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d'une entente prévoyant que les différends seront soumis à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n'est pas tenu d'accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu'on ne démontre qu'il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment, mais sans préjudice du point (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées : a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural? e) Les demandeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu; (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable?

20

Forum selection clauses are common components of international commercial transactions, and are particularly common in bills of lading. They have, in short, “been applied for ages in the industry and

Des clauses d'élection de for sont stipulées couramment dans le cadre d'opérations commerciales internationales et spécialement dans les connaissements. En somme, elles « sont appliquées depuis

by the courts”: Décary J.A. in *Jian Sheng*, *supra*, at para. 7. These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law: La Forest J. in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1096-97; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at paras. 71-72. The “strong cause” test remains relevant and effective and no social, moral or economic changes justify the departure advanced by the Court of Appeal. In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the “strong cause” test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise. In any event, the “strong cause” test provides sufficient leeway for judges to take improper motives into consideration in relevant cases and prevent defendants from relying on forum selection clauses to gain an unfair procedural advantage.

There is a similarity between the factors which are to be taken into account when considering an application for a stay based on a forum selection clause and those factors which are weighed by a court considering whether to stay proceedings in “ordinary” cases applying the *forum non conveniens* doctrine: E. Peel in “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182, at pp. 189-90. The latter inquiry is well settled in Canada: *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897. In the latter inquiry, the burden is normally on the defendant to show why a stay should be granted, but the presence of a forum selection clause in the former is, in my view, sufficiently

toujours dans l’industrie et par les tribunaux » : le juge Décary dans *Jian Sheng*, précité, par. 7. Les tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité : le juge La Forest dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096-1097; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71-72. Le critère des « motifs sérieux » demeure pertinent et applicable, et nul changement de nature sociale, morale ou économique ne justifie qu’on s’en écarte comme l’a fait la Cour d’appel fédérale. Dans le contexte du commerce international, l’ordre et l’équité sont attribuables, du moins en partie, à l’application du critère des « motifs sérieux ». Suivant ce critère, il incombe à juste titre au demandeur de convaincre la cour qu’un motif valable justifie qu’il ne soit pas lié par la clause d’élection de for. Il est essentiel que les tribunaux accordent l’importance voulue au fait qu’il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements. Rien ne justifie qu’une clause d’élection de for soit assimilée à une clause d’exonération de responsabilité déguisée. Quoiqu’il en soit, le critère des « motifs sérieux » offre aux tribunaux une marge de manœuvre suffisante pour leur permettre de tenir compte des motifs illégitimes le cas échéant et pour empêcher le défendeur d’invoquer une clause d’élection de for afin de bénéficier d’un avantage procédural qui serait injuste.

Les facteurs dont le tribunal tient compte pour statuer sur une demande de suspension fondée sur une clause d’élection de for ressemblent à ceux dont il tient compte pour faire droit ou non, dans une affaire « ordinaire », à une demande de suspension fondée sur le principe du forum non conveniens : E. Peel dans « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182, p. 189-190. Le critère applicable aux affaires « ordinaires » est bien établi au Canada : *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897. Dans ce dernier cas, il incombe normalement au défendeur de justifier la suspension des procédures, alors que, dans le

important to warrant a different test, one where the starting point is that parties should be held to their bargain, and where the plaintiff has the burden of showing why a stay should not be granted. I am not convinced that a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered, is preferable. As Peel, *supra*, notes, at p. 190, I fear that such an approach would not

ensure that full weight is given to the jurisdiction clause since not only should the clause itself be taken into account, but also the effect which it has on the factors which are relevant to the determination of the natural forum. Factors which may otherwise be decisive may be less so if one takes into account that the parties agreed in advance to a hearing in a particular forum and must be deemed to have done so fully aware of the consequences which that might have on, for example, the transportation of witnesses and evidence, or compliance with foreign procedure etc.

In my view, a separate approach to applications for a stay of proceedings involving forum selection clauses in bills of lading ensures that these considerations are properly taken into account and that the parties' agreement is given effect in all but exceptional circumstances. See also M. P. Michell, "Forum Selection Clauses and Fundamental Breach: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune*" (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 453, at pp. 471-72.

B. *The Inappropriateness of the Tripartite Test*

22

The respondents adopted the Court of Appeal's holding in favour of extending the tripartite test for interlocutory injunction to motions for a stay of proceedings to enforce a forum selection clause in a bill of lading. The tripartite test was set out as follows by this Court in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at p. 334:

premier cas, l'existence d'une clause d'élection de for suffit selon moi à justifier l'application d'un critère différent qui part du principe que les parties doivent être tenues de respecter leur entente et qui attribue au demandeur le fardeau d'établir pourquoi la suspension ne devrait pas être accordée. Je ne suis pas convaincu qu'il serait préférable d'adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l'existence d'une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d'autres. Comme le signale Peel, *loc. cit.*, p. 190, je crains qu'une telle démarche n'ait pas pour effet

[TRADUCTION] d'accorder toute l'importance voulue à la clause attributive de compétence, étant donné qu'il faut tenir compte non seulement de la clause elle-même, mais aussi de son effet sur les facteurs qui sont pertinents pour déterminer quel est le ressort logique. Des facteurs qui, autrement, seraient peut-être déterminants, risquent de l'être moins si l'on tient compte du fait que les parties ont convenu à l'avance d'une audience dans un ressort donné et doivent être réputées l'avoir fait en sachant très bien quelles en seraient les conséquences éventuelles, par exemple, sur le déplacement des témoins et des éléments de preuve ou l'observation de la procédure étrangère, etc.

À mon avis, l'adoption d'une démarche distincte relativement aux demandes de suspension des procédures fondées sur l'existence d'une clause d'élection de for dans un connaissance garanti que ces considérations seront dûment prises en compte et qu'il sera donné effet à l'entente des parties, sauf circonstances exceptionnelles. Voir également M. P. Michell, « Forum Selection Clauses and Fundamental Breach : *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., The Canmar Fortune* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 453, p. 471-472.

B. *L'inadéquation de l'analyse en trois étapes*

Les intimées appuient la décision de la Cour d'appel de recourir à l'analyse en trois étapes non seulement en matière d'injonctions interlocutoires mais également pour statuer sur une requête en suspension des procédures fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissance. Dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 334, notre Cour a décrit cette analyse en ces termes :

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

In support of the move to the tripartite test, the Court of Appeal quoted, at para. 29, with approval this Court's statement in *Metropolitan Stores*, at p. 127:

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions.

While a stay of proceedings to enforce a forum selection clause may be of the same nature as an interlocutory injunction, I must respectfully disagree with the conclusion of the Court of Appeal.

The conclusion of the Court of Appeal is not supported by this Court's decision in *Metropolitan Stores*. The two main issues in that case were whether the Court of Appeal erred in failing to recognize a presumption of constitutional validity where legislation is challenged under the *Charter*, and what principles govern the exercise of a Superior Court judge's discretionary power to order a stay until the constitutionality of impugned legislation has been determined. The context of a constitutional challenge has little in common with the case at bar. Indeed, *Metropolitan Stores* did not involve forum selection clauses, and the underlying desirability of holding contracting parties to their bargain was not at issue. That case did not concern private international law; consequently, considerations of comity, uniformity of law, forum shopping and related issues were neither canvassed nor addressed by the Court.

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

Pour justifier son adhésion à l'analyse en trois étapes, la Cour d'appel a cité (au par. 29) en l'approuvant l'extrait suivant de l'arrêt *Metropolitan Stores* de notre Cour (à la p. 127) :

La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires.

Bien que la suspension des procédures visant à donner effet à une clause d'élection de for et l'injonction interlocutoire puissent être des mesures de même nature, je suis en désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel.

La décision de notre Cour dans *Metropolitan Stores* n'appuie pas cette conclusion de la Cour d'appel. Dans cette affaire, les deux principales questions en litige étaient de savoir si la Cour d'appel avait omis à tort de tenir compte de l'application d'une présomption de constitutionnalité lorsqu'une disposition législative est contestée sur le fondement de la *Charte*, et quels principes régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge d'une cour supérieure d'ordonner la suspension jusqu'à ce qu'il soit statué sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Une contestation constitutionnelle et la présente espèce ont peu de points en commun. En effet, dans *Metropolitan Stores*, il n'était question ni de l'application d'une clause d'élection de for ni de l'opportunité sous-jacente d'obliger les parties contractantes à respecter leur entente. Il ne s'agissait pas d'une affaire de droit international privé et, pour cette raison, notre Cour n'a ni tranché ni examiné des questions comme la courtoisie, l'uniformité du droit et la recherche d'un tribunal favorable.

24

As recently as 1998, Décary J.A., for a unanimous Federal Court of Appeal in *Jian Sheng*, confirmed at para. 10 the appropriateness of the “strong cause” test in Canada, a case in which the issue was whether the forum selection clause in a bill of lading was void for uncertainty:

Where, in admiralty matters before this Court, a defendant applies for a stay pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* . . . on the basis of a jurisdiction clause found in a bill of lading, the defendant has the burden of persuading the Court that the conditions of application of the clause have been met. Once the Court is satisfied that the clause applies, the burden of proof then shifts to the plaintiff to show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to keep the plaintiff to the terms of the contract . . . These “strong reasons” have been summarized in the often-quoted reasons of Brandon J. (as he then was) in *The “Eleftheria”* . . .

In *Jian Sheng*, the forum selection clause contained in the bill of lading required the defendant to show it was the carrier and what was its principal place of business. *Jian Sheng* does not, as the Court of Appeal held in the case at bar, undermine in any way the “strong cause” test. Indeed, the tripartite test adopted by the Court of Appeal in this case constitutes a significant and unjustified departure from the jurisprudence not only of the Federal Court, but also of provincial courts, and those of other jurisdictions. See for instance: *The “Seapearl” v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.), *per* Pratte J.A., at pp. 176-77, and *per* Lalande D.J., at p. 180; *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270 (F.C.A.), at para. 5; *Sarabia v. “Oceanic Mindoro” (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), at paras. 37-38, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (N.S.C.A.), at p. 483; *Morrison v. Society of Lloyd’s* (2000), 224 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), at para. 14, leaves to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. viii and xi; *Trendtex*

Récemment, en 1998, le juge Décary, s’exprimant au nom des juges unanimes de la Cour d’appel fédérale dans *Jian Sheng*, a confirmé au par. 10 de ses motifs qu’il y avait lieu d’appliquer le critère des « motifs sérieux » (ou « impérieux ») au Canada, et ce, dans une affaire où la question en litige était de savoir si la clause d’élection de for d’un connaissement était frappée de nullité relative pour cause d’incertitude :

Lorsque, dans les affaires d’amirauté portées devant la présente Cour, un défendeur demande une suspension aux termes de l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [. . .], en s’appuyant sur une clause attributive de compétence énoncée dans un connaissement, il a le fardeau de persuader la Cour que les conditions d’application de la clause ont été respectées. Une fois que la Cour est convaincue que la clause s’applique, le fardeau de la preuve se déplace alors sur le demandeur qui doit établir qu’il existe des motifs impérieux [ou « sérieux »] permettant de conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste dans les circonstances de forcer le demandeur à respecter les conditions du contrat [. . .] Ces « motifs impérieux » [ou « sérieux »] ont été résumés dans les motifs souvent cités du juge Brandon (tel était alors son titre) dans *The « Eleftheria »* . . .

Dans *Jian Sheng*, la clause d’élection de for du connaissement exigeait de la défenderesse qu’elle fasse la preuve de sa qualité de transporteur et de l’emplacement de son principal établissement. Contrairement à ce que dit la Cour d’appel en l’espèce, l’arrêt *Jian Sheng* ne remet aucunement en question l’application du critère des « motifs sérieux ». À vrai dire, l’analyse en trois étapes préconisée par la Cour d’appel en l’espèce déroge de façon importante et injustifiée non seulement à la jurisprudence de la Cour fédérale, mais également à celle des cours provinciales et des tribunaux d’autres ressorts. Voir par exemple : *Le « Seapearl » c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corp.*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.), le juge Pratte, p. 176-177, et le juge suppléant Lalande, p. 180; *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co.*, [2000] A.C.F. n° 944 (C.A.), par. 5; *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), par. 37-38, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiv; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (C.A.N.-É.), p. 483; *Morrison c. Society of Lloyd’s* (2000), 224

Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.); *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), at p. 15; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.), at p. 190.

There are also compelling public policy reasons in favour of upholding the “strong cause” test. If the tripartite test were employed to deal with situations like the case at bar, most forum selection clauses would be rendered unenforceable, creating commercial uncertainty by unduly minimizing the importance of contractual undertakings. Instead of requiring a plaintiff to demonstrate a “strong cause” to not enforce a forum selection clause, the burden would be on the applicant to establish the elements of the tripartite test. The “strong cause” test rightly places the onus on the plaintiff who commences suit contrary to the terms of a forum selection clause.

Applying the tripartite test to a situation of this nature is also problematic because the first part of the test requires the court to evaluate the likelihood of success on the merits of the case. This part of the test is designed to allow a motions judge the opportunity to deal with legal issues in preliminary proceedings without prejudice to the final adjudication of their merits. In the case of motions to stay proceedings based on a forum selection clause in a bill of lading, such a process would be impossible because there is normally no determination on the merits. Either the stay will be granted, and the proceedings in Canada will come to an end, or the stay will be denied and the defendant will have to defend the case on the merits in Canada, losing the benefit of the jurisdiction clause. For this reason the rule governing such stay applications cannot be based on a test that relies on the likelihood of success on the merits.

R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), par. 14, autorisations de pourvoi refusées, [2000] 2 R.C.S. viii et xi; *Trendtex Trading Corp. c. Credit Suisse*, [1982] A.C. 679 (H.L.); *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), p. 15; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.), p. 190.

Des considérations d’ordre public impérieuses justifient également le maintien du critère des « motifs sérieux ». Si, dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire, l’on recourait à l’analyse en trois étapes, la plupart des clauses d’élection de for deviendraient inexécutables, ce qui créerait de l’incertitude sur le plan commercial en minimisant indûment l’importance des engagements contractuels. Plutôt que le demandeur soit tenu d’établir l’existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à une clause d’élection de for, il appartiendrait à l’auteur de la demande de suspension d’établir les éléments de l’analyse en trois étapes. Suivant le critère des « motifs sérieux », la charge de la preuve incombe à juste titre au demandeur qui introduit une instance au mépris de la clause d’élection de for.

Appliquer l’analyse en trois étapes dans de telles circonstances pose également problème en ce que la cour doit d’abord évaluer les chances qu’a le demandeur d’avoir gain de cause sur le fond. Cette étape de l’analyse vise à permettre au juge des requêtes d’examiner les questions de droit dans le cadre d’une instance préliminaire sans préjudice de la décision finale qui sera rendue sur le fond. Dans le cas d’une requête en suspension des procédures fondée sur l’existence d’une clause d’élection de for dans un connaissement, une telle démarche serait impossible parce que, habituellement, aucune décision n’est rendue sur le fond : ou bien la suspension est accordée, et l’instance engagée au Canada prend fin, ou bien elle est refusée, et la partie défenderesse, privée de l’application de la clause attributive de compétence, doit contester le bien-fondé de l’action au Canada. C’est pourquoi, en pareil cas, le sort de la demande de suspension ne saurait dépendre d’un critère lié aux chances que la demande principale soit accueillie sur le fond.

25

26

27

The test propounded by the Court of Appeal would make it difficult to establish harm in the context of a stay application based on a forum selection clause. Indeed, I can think of no instance where a defendant would suffer irreparable harm by being required to defend a lawsuit in a Canadian court. I am not satisfied that litigation costs disproportionate to the amount of the claim would constitute irreparable harm, as the respondents have argued. The “strong cause” test reflects the desirability that parties honour their contractual commitments and is consistent with the principles of order and fairness at the heart of private international law, as well as those of certainty and security of transaction at the heart of international commercial transactions. I see no reason to depart from the traditional approach for a stay of proceedings when the applicability of a forum selection clause is at issue. The Court of Appeal in effect read the choice of jurisdiction clause out of the contract. This approach is, in my view, untenable.

28

The respondents submit we ought to accord little weight to the forum selection clause in the bill of lading because bills of lading are, as a general rule, contracts of adhesion, devised unilaterally by the appellant. This submission is without merit despite the fact that bills of lading are often issued on pre-printed forms. See *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), at pp. 593-94.

29

Bills of lading are typically entered into by sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions who should, in normal circumstances, be held to their bargain. See *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995). The parties in this appeal are corporations with significant experience in international maritime commerce. The respondents were aware of industry practices and could have reasonably expected that the bill of lading would contain a forum selection clause. A forum selection clause could very well have been negotiated with the appellant, in light of the respondent John S. James Co.’s

Dans le contexte d’une demande de suspension fondée sur l’existence d’une clause d’élection de for, il serait difficile d’établir le préjudice si l’on appliquait le critère préconisé par la Cour d’appel. Je ne peux concevoir de cas où l’obligation de contester une action devant une cour de justice au Canada infligerait un préjudice irréparable au défendeur. L’argument des intimées selon lequel les frais de justice disproportionnés par rapport au montant de la demande constitueraient un préjudice irréparable ne me convainc pas. Le critère des « motifs sérieux » fait écho au principe selon lequel il est souhaitable que les parties respectent leurs engagements contractuels et il respecte les principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité, de même que les principes fondamentaux de la certitude et de la sûreté des opérations commerciales internationales. Je ne vois aucune raison de déroger à la démarche traditionnelle adoptée en matière de suspension des procédures lorsque l’applicabilité d’une clause d’élection de for est en jeu. En fait, la Cour d’appel a fait abstraction de la clause d’élection de for incluse dans le contrat, ce qui, selon moi, est indéfendable.

Les intimées exhortent notre Cour à faire peu de cas de la clause d’élection de for du connaissement au motif que les connaissements sont, en règle générale, des contrats d’adhésion établis unilatéralement par l’appelante. Cette prétention est sans fondement, même s’il est vrai que les connaissements sont souvent des documents préétablis. Voir *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), p. 593-594.

Les connaissements sont en général conclus par des personnes averties qui sont rompues à la négociation d’opérations de transport maritime et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements. Voir *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995). Les parties au présent pourvoi sont des sociétés qui ont une grande expérience du commerce maritime international. Les intimées étaient au fait des pratiques dans ce secteur d’activité et elles auraient raisonnablement pu s’attendre à ce que le connaissement renferme une clause d’élection de for. Une clause d’élection de for aurait très bien pu être négociée

insistence that S.L.M.N. Shipping transport the cargo solely by sea. There is no evidence that this bill of lading is the result of grossly uneven bargaining power that would invalidate the forum selection clause contained therein.

C. *Fundamental Breach and Deviation*

Having concluded that the “strong cause” test governs whether to grant a stay in the context of a bill of lading with a forum selection clause, I turn to whether, in taking into account all the circumstances of the particular case, the Court should consider issues arising under the contract. The respondents submit the Court should do just that, relying in part on the following passage from Professor Tetley in *Marine Cargo Claims*, *supra*, at p. 99:

When however the breach is so serious, usually the result of a fraudulent or wilful act, the courts have questioned whether the carrier may rely on the terms of the contract or the law, and in particular, whether the carrier may rely on the exclusion or limitation clauses in the contract and the law because he has seemingly placed himself outside of the contract and the law.

In my view, the prothonotary erred in law when he determined the forum selection clause was void as a result of the alleged deviation stemming from the discharge of the cargo in Montréal.

Issues respecting an alleged fundamental breach of contract or deviation therefrom should generally be determined under the law and by the court chosen by the parties in the bill of lading. The “strong cause” test, once it is determined that the bill of lading otherwise binds the parties (for instance, that the bill of lading as it relates to jurisdiction does not offend public policy, was not the product of fraud or of grossly uneven bargaining positions), constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice, not of the substantive legal issues underlying the dispute. See *Mackender v. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847 (C.A.), *per* Lord Denning, at pp. 849-50, and *per* Lord Diplock, at p. 852. Put

avec l’appelante, étant donné que l’intimée John S. James Co. a insisté pour que S.L.M.N Shipping recoure uniquement au transport maritime. Aucun élément n’établit en l’espèce que le connaissance résulte de l’exercice, par l’une des parties, d’un pouvoir de négociation abusif justifiant l’annulation de la clause d’élection de for.

C. *Inexécution fondamentale et dérogation*

Après avoir conclu que le critère des « motifs sérieux » régit l’octroi ou le refus de la suspension dans le contexte d’un connaissance renfermant une clause d’élection de for, j’examinerai maintenant, en tenant compte de toutes les circonstances de l’espèce, la question de savoir si la cour doit examiner les questions découlant de l’application du contrat. Les intimées soutiennent qu’il convient qu’elle les examine et s’appuient en partie sur l’extrait suivant de l’ouvrage du professeur Tetley intitulé *Marine Cargo Claims*, *op. cit.*, p. 99 :

[TRADUCTION] Toutefois, en cas d’inexécution aussi grave résultant habituellement d’un acte frauduleux ou délibéré, les tribunaux se sont demandé si le transporteur peut s’en remettre aux conditions du contrat ou à la loi et, plus particulièrement, s’il peut invoquer une clause limitative du contrat et de la loi puisqu’il a apparemment tourné le dos au contrat et à la loi.

À mon avis, le protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que la clause d’élection de for était nulle en raison du déroutement allégué découlant du déchargement des marchandises à Montréal.

En général, les questions d’inexécution fondamentale ou de dérogation à un contrat doivent être tranchées en fonction du droit et par le tribunal que les parties ont choisis dans le connaissance. Lorsqu’il est établi que le connaissance lie par ailleurs les parties (par exemple, que ses dispositions sur la compétence ne sont pas contraires à l’ordre public, qu’il ne résulte pas d’une fraude ou d’un déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties), le critère des « motifs sérieux » commande l’examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice, et non des questions de droit substantielles sous-jacentes au litige. Voir *Mackender c. Feldia A.G.*, [1966] 3 All E.R. 847 (C.A.), lord

30

31

differently, a court, in the context of an application for a stay to uphold a forum selection clause in a bill of lading, must not delve into whether one party has deviated from, or fundamentally breached an otherwise validly formed contract. Such inquiries would render forum selection clauses illusory since most disputes will involve allegations which, if proved, will make the agreement terminable or voidable by the aggrieved party. Moreover, while the choice of forum for the determination of the existence of the agreement would be made without reference to the forum selection clause in the contract, if the agreement were found to remain intact, resort to the said clause would presumably be necessary to decide the appropriate forum in which to settle the rights of the parties under the agreement.

32 The position adopted by the Court of Appeal would remove many disputes from the reach of a widely framed forum selection clause by the mere allegation of various types of wrongful conduct. In my view, where, as here, the parties agree that claims or disputes arising under or in connection with a bill of lading are to “be determined by the courts in Antwerp and no other Courts”, a proceeding in which one party contends that the other party deviated from the agreement such as to give the former the right to terminate or void the contract remains a proceeding in respect of a claim or dispute arising under or in connection with the bill of lading: *Fairfield v. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599 (H.C.), at pp. 605-8; *Ash v. Lloyd’s Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.), at p. 758, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. v; *Morrison, supra*, at paras. 13 and 19. See also *Drew Brown Ltd. v. The “Orient Trader”*, [1974] S.C.R. 1286, *per* Ritchie J., at p. 1288, and *per* Laskin J., at p. 1318, where an alleged deviation was found not to displace an otherwise valid choice of law clause.

33 The conclusion that allegations of deviation or fundamental breach are matters arising under the contract that should not be considered in

Denning, p. 849-850, et lord Diplock, p. 852. En d’autres termes, le tribunal saisi d’une demande de suspension des procédures visant à donner effet à la clause d’élection de for d’un connaissance ne doit pas scruter la question de savoir s’il y a eu dérogation à un contrat par ailleurs valide ou inexécution fondamentale d’un tel contrat par une partie. Pareil examen rendrait illusoire l’application des clauses d’élection de for, car la plupart des différends impliquent des allégations qui, si elles sont prouvées, permettront à la partie lésée d’obtenir la résiliation ou l’annulation du contrat. En outre, l’instance décisionnelle appelée à se prononcer sur l’existence d’un contrat serait choisie sans égard à la clause d’élection de for, mais il demeurerait vraisemblablement nécessaire, dans le cas où le contrat serait jugé applicable dans son intégralité, d’appliquer cette clause pour décider dans quel ressort il sera statué sur les droits des parties en vertu du contrat.

Le raisonnement retenu par la Cour d’appel soustrairait bon nombre de litiges à l’application des clauses d’élection de for énoncées en termes généraux du seul fait de l’allégation de différents types d’actes fautifs. Selon moi, lorsque les parties conviennent, comme en l’espèce, que tout différend découlant du connaissance ou toute demande s’y rapportant [TRADUCTION] « ressortit aux tribunaux d’Anvers, à l’exclusion des tribunaux de tout autre ressort », l’instance dans le cadre de laquelle l’une des parties prétend qu’elle a droit à la résiliation ou à l’annulation du contrat parce que l’autre a dérogé au contrat demeure une instance relative à un différend découlant du connaissance ou à une demande s’y rapportant : *Fairfield c. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599 (H.C.), p. 605-608; *Ash c. Lloyd’s Corp.* (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.), p. 758, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. v; *Morrison*, précité, par. 13 et 19. Voir aussi l’affaire *Drew Brown Ltd. c. The « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286, le juge Ritchie, p. 1288, et le juge Laskin, p. 1318, dans laquelle il a été statué qu’une prétendue dérogation n’écartait pas une clause par ailleurs valide désignant le droit applicable.

La conclusion selon laquelle les allégations de dérogation ou d’inexécution fondamentale sont des questions découlant du contrat qui ne doivent pas

determining whether to give effect to a forum selection clause is supported by the construction approach to fundamental breach considered by our Court in *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, a case concerning the use of fundamental breach in the context of time limitation provisions. Discussing *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426 (a case involving fundamental breach in the context of clauses excluding liability), the Court said this, at para. 52:

[W]hether fundamental breach prevents the breaching party from continuing to rely on an exclusion clause is a matter of construction rather than a rule of law. The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J.

In my view, the policy rationale in support of the construction approach applied to exclusion and time limitation clauses is equally applicable to forum selection clauses in bills of lading.

In the case at bar, it is unnecessary to determine whether there has been a fundamental breach or deviation because the forum selection clause clearly covers such a dispute. The language of the clause is unambiguous and not subject to any qualifications, and the parties' bargain was not unconscionable or unreasonable. The clause becomes relevant precisely in disputes such as this one, as it regulates the way in which liability for deviation or breach of contract is to be established.

This approach is sound for policy reasons. Stay applications in the Federal Court should be brought quickly after commencement of the suit and consequently, the parties will have limited knowledge and information regarding the strength or weakness

être prises en compte pour déterminer s'il y a lieu de donner effet à la clause d'élection de for trouve appui dans la méthode de l'interprétation préconisée par notre Cour à l'égard de l'inexécution fondamentale dans *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, affaire dans laquelle l'inexécution fondamentale a été invoquée relativement à l'application de dispositions fixant un délai de prescription. Voici ce que la Cour a dit, au par. 52, en parlant de l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426 (une affaire d'inexécution fondamentale invoquée à l'encontre de l'application d'une clause d'exonération de responsabilité) :

[L]e juge en chef Dickson et le juge Wilson ont confirmé que la question de savoir si l'inexécution fondamentale empêche la partie qui en est l'auteur de continuer d'invoquer une clause d'exclusion est une question d'interprétation plutôt que de règle de droit. En cas d'inexécution fondamentale, la seule restriction à l'exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d'appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, selon le juge Wilson.

À mon avis, la raison de principe qui appuie l'application de la méthode de l'interprétation à une clause d'exonération de responsabilité et au délai de prescription vaut également à l'égard des clauses d'élection de for stipulées dans un connaissance.

En l'espèce, il est inutile de décider s'il y a eu ou non inexécution fondamentale ou dérogation, car la clause d'élection de for vise clairement ce type de différend. Le libellé de cette clause est non équivoque et inconditionnel, et l'entente intervenue entre les parties n'est ni inique ni déraisonnable. La clause s'applique précisément à un litige comme celui qui oppose les parties en l'espèce, puisqu'elle régit la manière dont est établie la responsabilité de l'une ou l'autre des parties en cas de dérogation au contrat ou d'inexécution.

Des considérations de principe étayent cette conclusion. La Cour fédérale doit être saisie d'une demande de suspension aussitôt que possible après le début de l'instance; pour cette raison, chaque partie connaît très peu les forces et les faiblesses de

34

35

of their opponent's case. Issues regarding whether there has been, for instance, an unreasonable deviation raise complicated questions of fact that require a consideration of all the circumstances giving rise to the alleged deviation.

36 Given my conclusions, I do not consider it necessary to address the issue of the relationship between deviation and fundamental breach. Suffice it to say that, in this case, either allegation concerns a dispute arising under or in connection with the bill of lading. There is no need to consider the applicability of the doctrine of separability.

D. *Section 46 of the Marine Liability Act*

37 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.

38 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

la preuve de l'autre. La question de savoir si, par exemple, il y a eu déroutement déraisonnable soulève des questions de fait complexes qui exigent l'examen de toutes les circonstances à l'origine du déroutement allégué.

Vu mes conclusions, je ne crois pas nécessaire d'examiner la question du lien entre le déroutement et l'inexécution fondamentale. Il suffit de dire en l'espèce que l'une ou l'autre des allégations concerne un différend qui découle du connaissance ou qui s'y rapporte. Point n'est besoin de décider si le principe de la divisibilité s'applique.

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

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 jurisprudenciel 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

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.

E. Application of the Law to the Facts of this Case

I am of the view that, in the absence of applicable legislation, for instance s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, the proper test for a stay of proceedings pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act* to enforce a forum selection clause in a bill of lading remains as stated in *The “Eleftheria”*, which I restate in the following way. Once the court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, the court must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. See *The “Eleftheria”*, at p. 242; *Amchem*, at pp. 915-22; *Holt Cargo*, at para. 91. Disputes arising under or in connection with a contract may not be regarded by a court in determining whether “strong cause” has been shown that a stay should not be granted.

In this case, the bill of lading and its forum selection clause have been entered into and are otherwise binding on the parties. The prothonotary began by properly applying the “strong cause” test. In so doing the prothonotary weighed the fact that the appellant prefers to litigate in a familiar jurisdiction and does not bring up the jurisdiction clause merely to seek a procedural advantage; there are reasonable connections with Belgium; there are Belgian and French witnesses; any time bar which may preclude the respondents from bringing their case in Belgium has been waived; no security has been posted; and the enforcement of a Belgian judgment against the

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.

E. Application du droit aux faits de la présente affaire

Comme aucune disposition législative semblable au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne s’applique, j’estime que le critère d’appréciation d’une demande de suspension des procédures fondée sur l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et présentée en vue de donner effet à la clause d’élection de for incluse dans un connaissance demeure celui énoncé dans *The « Eleftheria »*, que je reformule de la manière suivante. Une fois convaincue qu’un connaissance valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu’il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d’exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l’espèce. Voir *The « Eleftheria »*, p. 242; *Amchem*, p. 915-922; *Holt Cargo*, par. 91. Le tribunal ne peut examiner les différends découlant d’un contrat ou s’y rapportant pour décider si des « motifs sérieux » justifiant le refus de la suspension ont été établis.

Dans la présente affaire, le connaissance et sa clause d’élection de for ont été conclus et lient par ailleurs les parties. Le protonotaire a d’abord appliqué correctement le critère des « motifs sérieux » en tenant compte des faits suivants : l’appelante préfère plaider dans un ressort judiciaire qu’elle connaît bien et elle n’invoque pas la clause attributive de compétence uniquement pour en tirer un avantage procédural; il existe des liens pertinents avec la Belgique; certains témoins sont belges et d’autres français; il y a eu renonciation à toute prescription qui aurait pu empêcher les intimées de porter l’affaire devant les tribunaux belges; aucun cautionnement n’a été

39

40

appellant should present no particular difficulties. The prothonotary also accepted the respondents' arguments that there will be Canadian and American witnesses in these proceedings; the Tribunal de commerce in Antwerp conducts its proceedings in Flemish and decides cases on the basis of documents and statements, a procedure precluding witnesses and cross-examination; and, there may be more delay in Belgium than in Canada, especially if there is an appeal. The prothonotary concluded that the factors in favour of denying a stay, while substantial, were just short of the "strong cause" test which the respondents had the burden of meeting. I see no reason why the prothonotary's conclusion on this point should be set aside. However, the prothonotary erred by subsequently turning his attention to a dispute arising under the bill of lading and in effect extending the tripartite test for interlocutory injunctions to motions for a stay of proceedings involving forum selection clauses contained in bills of lading.

VI. Disposition

41 The prothonotary, to the extent he applied the "tripartite test", erred in law, as did the Court of Appeal in concluding that the appropriate test for a stay of proceedings involving a bill of lading with a forum selection clause was the "tripartite test" for interlocutory injunctions. The "strong cause" test does not contemplate an inquiry into the question of establishing whether the surrounding contract is voidable. Such questions are best left to the decision maker in the forum agreed upon.

42 Accordingly, I would allow the appeal, overturn the judgments of the courts below, and issue a stay of proceedings in favour of the appellant, with costs throughout to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bernard & Partners, Vancouver.

fourni; l'exécution d'un jugement belge contre l'appelante ne devrait présenter aucune difficulté particulière. Le protonotaire a également retenu les arguments des intimées selon lesquels des témoins canadiens et américains seront appelés à déposer, le Tribunal de commerce d'Anvers instruit les affaires en flamand et tranche sur pièces au vu de documents et de déclarations, ce qui exclut l'audition et le contre-interrogatoire de témoins, et la procédure pourrait être plus longue en Belgique qu'au Canada, surtout s'il y a appel. Le protonotaire a conclu que les facteurs défavorables à la suspension des procédures, même s'ils ont un certain poids, ne sont pas suffisants pour constituer les « motifs sérieux » qu'il incombait aux intimées d'établir. Je ne vois aucune raison d'annuler la conclusion du protonotaire à cet égard. Toutefois, il a commis une erreur par la suite en se penchant sur un différend découlant du connaissance et en appliquant en fait l'analyse en trois étapes propre aux injonctions interlocutoires aux demandes de suspension des procédures fondées sur l'existence d'une clause d'élection de for dans un connaissance.

VI. Dispositif

Le protonotaire, dans la mesure où il a appliqué l'« analyse en trois étapes », a commis une erreur de droit, tout comme la Cour d'appel lorsqu'elle a conclu que le critère applicable à une demande de suspension des procédures fondée sur la clause d'élection de for d'un connaissance correspond à l'analyse en trois étapes qui vaut en matière d'injonctions interlocutoires. Il n'y a pas lieu, pour appliquer le critère des « motifs sérieux », de se demander si le contrat est susceptible d'annulation. Il est préférable de laisser au tribunal du ressort convenu le soin de trancher cette question.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des tribunaux d'instance inférieure et d'accorder la suspension des procédures à l'appelante, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Bernard & Partners, Vancouver.

*Solicitors for the respondents: Davies, Ward,
Phillips and Vineberg, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Davies, Ward, Phillips
et Vineberg, Montréal.*