

T-2655-95

T-2655-95

Methanex New Zealand Ltd. (Plaintiff)**Methanex New Zealand Ltd. (demanderesse)**

v.

c.

**Fontaine Navigation S.A., Tokyo Marine Co. Ltd.,
The Owners and all Others Interested in the Ship
"Kinugawa" (Defendants)****Fontaine Navigation S.A., Tokyo Marine Co. Ltd.,
les propriétaires et toutes autres personnes ayant
un droit sur le navire «Kinugawa» (défendeurs)****INDEXED AS: METHANEX NEW ZEALAND LTD. v. KINUGAWA
(THE) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: METHANEX NEW ZEALAND LTD. c. KINUGAWA
(LE) (1^{re} INST.)**Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, October 20,
1997; Ottawa, January 9, 1998.Section de première instance, protonotaire Hargrave—
Vancouver, 20 octobre 1997; Ottawa, 9 janvier 1998.

Maritime law — Contracts — Motions to stay Federal Court action for damages to cargo in favour of (i) arbitration in London in accordance with contract of affreightment; (ii) litigation in Japan in accordance with bill of lading — Upon commencement of action, P&I issuing letter of undertaking to file defence to Federal Court action in consideration of ship not being arrested — Motions denied — Letter of undertaking superseding contractual arbitration provision, bill of lading jurisdiction clause — Constituting strong reason to depart from prima facie rule, jurisdiction clauses must, as contractual undertakings, be honoured — Substantial factors to deny Tokyo District Court as venue for litigation also constituting strong reasons.

Droit maritime — Contrats — Requêtes en suspension d'une action en dommages-intérêts concernant une cargaison intentée devant la Cour fédérale en faveur (i) d'un arbitrage à Londres conformément à un contrat d'affrètement; (ii) d'une poursuite au Japon conformément à un connaissement — Dès l'introduction de l'action, la mutuelle de protection et d'indemnisation a donné une lettre d'engagement à déposer une défense dans le cadre de l'action intentée devant la Cour fédérale si le navire n'était pas saisi — Requêtes rejetées — La lettre d'engagement annulait la clause d'arbitrage conventionnelle et la clause attributive de compétence contenue dans le connaissement — Constitua un motif impérieux pour écarter la règle de la cause prima facie, les clauses de compétence doivent, en tant qu'engagements contractuels, être respectées — Des facteurs importants qui faisaient en sorte que la Cour de district de Tokyo ne devait pas être saisie du litige constituaient également des motifs impérieux.

Maritime law — Practice — Motions to stay Federal Court action for damages to cargo in favour of (i) arbitration in London in accordance with contract of affreightment; (ii) litigation in Japan in accordance with bill of lading — Defendants not denying responsibility for contamination of cargo — Party may not give notice of arbitration, Court will not order stay of action in favour of arbitration, if no genuine dispute — Usually application for stay of action in Federal Court, commenced contrary to contractual agreement to submit disputes to foreign court, must be allowed in accordance with general rule to honour contractual undertakings, unless strong reasons by virtue of which justice requiring trial should take place where action commenced — Substantial factors to deny Tokyo District Court as litigation venue — Must be bona fide reason to litigate in another jurisdiction — Defendants not showing bona fides by making necessary concessions which would allow procedure in another jurisdiction with minimum of prejudice to plaintiff i.e. security for claim, waiver of limitation provisions.

Droit maritime — Pratique — Requêtes en suspension d'une action en dommages-intérêts concernant une cargaison intentée devant la Cour fédérale en faveur (i) d'un arbitrage à Londres conformément à un contrat d'affrètement; (ii) d'une poursuite au Japon conformément à un connaissement — Les défendeurs n'ont pas nié qu'ils étaient responsables de la contamination de la cargaison — Une partie ne peut pas donner un avis d'arbitrage et la Cour n'ordonnera pas la suspension d'une action en vue d'un arbitrage s'il n'existe pas de différend réel — Une demande de suspension d'une instance introduite devant la Cour fédérale, contrairement à une entente contractuelle portant renvoi des différends à un tribunal étranger, doit habituellement être accueillie conformément à la règle générale voulant que les engagements conventionnels soient honorés, à moins qu'il n'existe des motifs impérieux qui font en sorte que, dans l'intérêt de la justice, le procès devrait avoir lieu là où l'action a été intentée — Il existait des facteurs importants qui faisaient en sorte que la Cour de district de Tokyo ne pouvait être saisie du litige — Il doit y avoir une raison valable de saisir un autre tribunal du litige — Les

Estoppel — Motions to stay Federal Court action for damages to cargo in favour of (i) arbitration in London in accordance with contract of affreightment; (ii) litigation in Japan in accordance with bill of lading — Day after litigation commenced, letter of undertaking issued to accept service, file defence in accordance with Federal Court Rules, in consideration for ship not being arrested — Letter of undertaking superseding arbitration provision, estopping defendant, Tokyo Marine, from applying for stay — Contractual agreement as to jurisdiction not immutable — Plaintiff keeping its part of bargain by not arresting ship — Having agreed to file defence on behalf of all defendants, without reference to arbitration, no right of arbitration in London or of litigation in Japan remaining.

These were two separate motions to stay this action for damage to a cargo of methanol carried from British Columbia to Japan in the Panamanian tanker *Kinugawa*. There was little doubt as to the source of the contamination: cracks in two cargo tanks. The defendant, Tokyo Marine Co. Ltd., sought to arbitrate in London, as provided in the contract of affreightment (COA), dated February 24, 1994. The defendant, Fontaine Navigation S.A., sought to litigate in Japan, as provided in the bill of lading. While the COA provided for issuance of bills of lading in the form annexed to the contract, no bill of lading was ever annexed. An unsigned Tokyo Marine Co. Ltd. bill of lading, dated August 7, 1995, was subsequently issued. It incorporated a charter party dated February 24, 1994 between Tokyo Marine Co. Ltd. and the plaintiff. It contained an identity of carrier clause to the effect that if Tokyo Marine Co. Ltd. was not the owner or demise charterer of the carrying vessel, the contract of carriage, evidenced by the bill of lading was then a contract between the plaintiff and Fontaine Navigation S.A., the owner of the vessel. The bill of lading required that any disputes be subject to the jurisdiction of the Tokyo District Court. It also provided that if the plaintiff commenced legal proceedings against the carrier in any other jurisdiction, the plaintiff, even if successful before the Tokyo District Court, would have to pay to the carrier the full amount of any eventual judgment, together with interest at 15%. It also imposed a 5 million yen penalty for commencing a proceeding in any jurisdiction other than that of the Tokyo District Court. The bill of lading provided that if there was a conflict between the charter party (COA), the identity of the carrier and jurisdiction clauses in the bill of lading would prevail. The day

défendeurs n'ont pas prouvé leur bonne foi en faisant les concessions nécessaires pour que la procédure devant un autre tribunal soit le moins préjudiciable possible au demandeur, c.-à-d. la garantie pour une réclamation et la renonciation aux dispositions applicables en matière de prescription.

Fin de non-recevoir — Requêtes en suspension d'une action en dommages-intérêts concernant une cargaison intentée devant la Cour fédérale en faveur (i) d'un arbitrage à Londres conformément à un contrat d'affrètement; (ii) d'une poursuite au Japon conformément à un connaissance — Le lendemain du jour où l'action a été intentée, une lettre d'engagement a été donnée pour accepter la signification et déposer une défense en conformité avec les Règles de la Cour fédérale, à condition que le navire ne soit pas saisi — La lettre d'engagement annulait la clause d'arbitrage, ce qui empêchait la défenderesse Tokyo Marine de demander une suspension — Une entente contractuelle portant sur la compétence n'est pas immuable — La demanderesse a respecté sa partie du contrat en ne saisissant pas le navire — Les avocats ayant accepté de déposer une défense au nom de tous les défendeurs, sans faire mention d'un arbitrage, il n'y a plus de droit d'arbitrage à Londres ou de poursuite au Japon.

Il s'agissait de deux requêtes en suspension d'une action en dommages-intérêts concernant une cargaison de méthanol que le navire-citerne panaméen *Kinugawa* a transportée de la Colombie-Britannique au Japon. Selon toute vraisemblance, des fissures dans deux citernes à marchandises étaient à l'origine de la contamination. La défenderesse Tokyo Marine Co. Ltd. voulait un arbitrage à Londres, comme le prévoyait le contrat d'affrètement en date du 24 février 1994. La défenderesse Fontaine Navigation S.A. voulait saisir la Cour de district de Tokyo du différend, comme le prévoyait le connaissance. En dépit du fait que le contrat d'affrètement prévoyait la délivrance de connaissances prenant la forme du spécimen joint au contrat, aucun connaissance n'a jamais été annexé. Tokyo Marine Co. Ltd. a par la suite délivré un connaissance non signé daté du 7 août 1995. Ce connaissance incorporait une charte-partie datée du 24 février 1994 entre Tokyo Marine Co. Ltd. et la demanderesse. Il contenait une clause d'identité du transporteur stipulant que si Tokyo Marine Co. Ltd. n'était pas le propriétaire ou l'affréteur en coque nue du navire transporteur, le contrat de transport, attesté par le connaissance, était alors un contrat entre la demanderesse et le propriétaire du navire, Fontaine Navigation S.A. Le connaissance stipulait que les différends seraient soumis à la Cour de district de Tokyo. Il stipulait également que si la demanderesse formait un recours contre le transporteur devant un autre tribunal, elle devrait, même si elle obtenait gain de cause devant la Cour de district de Tokyo, payer au transporteur le montant intégral du jugement, majoré d'un intérêt de 15 p. 100. De plus, il imposait une pénalité de cinq millions de yen du fait de l'introduction d'une poursuite devant un autre tribunal que la Cour de district de Tokyo.

after the present litigation was commenced, the P & I Club issued a letter of undertaking, confirming the claim against the ship, and undertaking, in consideration of the plaintiff refraining from arresting the ship, to accept service and to file a defence on behalf of the defendants in accordance with the Rules of the Federal Court; and to pay any judgment of the Federal Court including costs and interest up to \$450,000. It reserved to "vessel or owners" any rights or defences.

Held, the motions should be denied.

The London arbitration was denied because there was no evidence of the existence of any dispute to send to arbitration. A party may not give notice of arbitration unless there is a disputed claim, and a court will not order a stay of an action in favour of arbitration if there is no genuine dispute.

Furthermore, the letter of undertaking estopped Tokyo Marine Co. Ltd. from applying for a stay of proceedings in order to arbitrate in London. It was, in effect, a current agreement between the plaintiff and Tokyo Marine Co. Ltd. to litigate the cargo damage in Canada, superseding the arbitration provision. The letter of undertaking did not specifically raise any objection to the jurisdiction of the Federal Court. A contractual agreement as to jurisdiction is not immutable. The parties to a contractual arbitration clause, just as the parties to a contractual jurisdiction clause, may recast their dispute resolution mechanism to supersede arbitration with litigation. The plaintiff kept its part of the bargain and, although it had a warrant, did not arrest the *Kinugawa*. Having agreed to file a defence on behalf of all of the defendants, without any reference to or exception in favour of arbitration, there was no residual right of arbitration in London or of litigation in Japan.

Litigation in the Tokyo District Court was not an option for Tokyo Marine Co. Ltd., because there was no evidence that it was a demise charterer of the *Kinugawa*, a requirement to qualify as a carrier under the bill of lading and fall heir to the Tokyo District Court jurisdiction clause in the bill of lading.

London arbitration was not an option for Fontaine Navigation S.A. for while the COA, in the guise of a charter party, was incorporated into the bill of lading, the Tokyo jurisdiction clause in the bill of lading clearly overrode the arbitration provision in the COA.

Le connaissement prévoyait que la clause d'identité du transporteur et la clause de compétence contenues dans le connaissement l'emporteraient sur les stipulations incompatibles de la charte-partie. Le lendemain du jour où la présente action a été intentée, la mutuelle de protection et d'indemnisation a donné une lettre d'engagement dans laquelle elle confirmait l'action intentée contre le navire et s'engageait, si la demanderesse ne saisissait pas le navire, à accepter la signification et à déposer une défense au nom des défendeurs conformément aux Règles de la Cour fédérale; et à payer le jugement de la Cour fédérale, y compris les frais et dépens et l'intérêt, jusqu'à concurrence de 450 000 \$. Elle réservait les droits ou les moyens de défense au «navire ou [aux] propriétaires».

Jugement: les requêtes doivent être rejetées.

L'arbitrage à Londres a été refusé vu l'absence de preuve de l'existence d'un différend devant être soumis à l'arbitrage. Une partie ne peut pas donner un avis d'arbitrage à moins qu'il n'existe une réclamation contestée, et un tribunal n'ordonnera pas une suspension d'instance en faveur d'un arbitrage s'il n'y a pas de différend réel.

De plus, la lettre d'engagement empêchait Tokyo Marine Co. Ltd. de demander une suspension d'instance en vue d'un arbitrage à Londres. Il s'agissait en réalité d'une entente en vigueur entre la demanderesse et Tokyo Marine Co. Ltd. relativement à l'instruction de l'action en dommages-intérêts concernant la cargaison au Canada, qui annulait la clause d'arbitrage. La lettre d'engagement n'élevait aucune objection particulière quant à la compétence de la Cour fédérale. Une entente contractuelle portant sur la compétence n'est pas immuable. Les parties à une clause d'arbitrage conventionnelle, comme les parties à une clause de compétence conventionnelle, peuvent modifier leur mécanisme de règlement des différends pour remplacer l'arbitrage par une poursuite. La demanderesse a respecté sa partie du contrat et n'a pas saisi le *Kinugawa*, même si elle avait un mandat pour le faire. Les avocats ayant accepté de déposer une défense au nom de tous les défendeurs, sans faire mention d'un arbitrage ni prévoir une exception à cet égard, il n'y avait plus aucun droit d'arbitrage à Londres ou de poursuite au Japon.

Tokyo Marine Co. Ltd. ne pouvait pas saisir la Cour de district de Tokyo du différend parce que rien ne permettait de prouver qu'elle était un affrèteur en coque nue du *Kinugawa*, condition qu'elle devait remplir pour être considérée comme un transporteur en vertu du connaissement et se prévaloir de la clause de compétence de la Cour de district de Tokyo prévue dans ce document.

Un arbitrage à Londres était impossible pour Fontaine Navigation S.A., car même si le contrat d'affrètement, sous l'apparence d'une charte-partie, était incorporé dans le connaissement, la clause de compétence de la Cour de district de Tokyo qui figurait dans le connaissement l'em-

Having agreed in return for good and valuable consideration to file a defence in this Federal Court action, it could not renege on that bargain and insist on litigation in the Tokyo District Court. Also, while an application for a stay of an action commenced in the Federal Court, contrary to a contractual agreement to submit disputes to a foreign court, must usually succeed because, as a general rule, contractual undertakings must be honoured, the existence of some other more appropriate and convenient forum for the pursuit of the action and for securing proper justice must be considered. Once a defendant establishes the jurisdiction clause, and shows that there is a more appropriate forum elsewhere, the plaintiff must show that there are special circumstances and strong reasons, by virtue of which justice requires that the trial should take place where the action has been commenced. Assuming that Fontaine Navigation S.A. established the jurisdiction clause in the bill of lading, i.e. Tokyo, there were strong reasons why the Tokyo District Court was not a suitable and proper forum for the present action, as compared with the Federal Court. Litigation in Tokyo would take three or more years from commencement to conclusion, as there is no concept of summary judgment to expedite proceedings in Japan as there is in Canada. There is also a lack of compulsory pre-trial discovery, and relevant documents must be translated into Japanese, a substantial cost which is generally not recoverable, or at least not in full. Interest only runs from the time of filing the writ, which at best would be well over two years after the plaintiff had suffered the damage. There is no compound interest. There is no recovery of lawyers' fees from an unsuccessful party in Japan. The largest number of witnesses with relevant information are likely in North America. Procedural advantages accruing to a defendant, in an offshore jurisdiction, can be a strong reason to deny a stay. The forum selection clause, which reduced the plaintiff's remedies and lessened the defendant carrier or ship's liability before the Tokyo District Court, and its penal provision would probably be void in Canada. That clause not only relieved the carrier of liability, but given current interest rates, would give the carrier a profit. Even the possibility of this clause being considered by the Tokyo District Court was a substantial reason to deny a stay. The same reasoning applied to the 5 million yen penalty. Under Japanese law, the carrier is apparently the shipowner alone, while under Canadian law either the shipowner or the charterer, or even both may be the carrier. As a result, reference to the Court in Japan would be a lessening of liability to the ship owner and thus become a distinct advantage to the defendant. Duplicate proceedings, which run the risk of conflicting judgments and waste time and money, are always strong grounds for refusing a stay. Having found that Tokyo Marine Co. Ltd. was not entitled to a stay in order to arbitrate in London, but must litigate in Canada, it was more appropriate to deny a stay to Fontaine Navigation S.A. than to allow it to run a

portait clairement sur la clause d'arbitrage contenue dans le contrat d'affrètement.

Puisqu'elle avait convenu, moyennant une contrepartie valable, de déposer une défense dans le cadre de la présente action intentée devant la Cour fédérale, Fontaine Navigation S.A. ne pouvait pas renier son engagement et insister pour qu'il y ait une poursuite devant la Cour de district de Tokyo. De plus, bien qu'une demande de suspension d'une instance introduite devant la Cour fédérale, contrairement à une entente contractuelle portant renvoi des différends à un tribunal étranger, doit habituellement être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements, l'existence d'un autre tribunal plus pertinent ou approprié pour l'introduction de l'action et l'obtention d'une décision juste doit être prise en considération. Une fois qu'un défendeur a prouvé l'existence de la clause de compétence et montré qu'il existe un tribunal plus pertinent ou approprié ailleurs, c'est au demandeur qu'il appartient de montrer qu'il existe des circonstances spéciales et des motifs impérieux qui font en sorte que, dans l'intérêt de la justice, le procès devrait avoir lieu là où l'action a été intentée. En supposant que Fontaine Navigation S.A. ait prouvé la clause de compétence contenue dans le connaissement, c.-à-d. Tokyo, il y avait des motifs impérieux pour lesquels la Cour de district de Tokyo n'était pas un tribunal pertinent et approprié pour connaître de la présente action, par opposition à la Cour fédérale. Une poursuite à Tokyo durerait au moins trois ans, car le Japon n'a pas de procédure sommaire semblable à celle que l'on connaît au Canada pour accélérer le traitement d'une instance. Il y a aussi l'absence de communication préalable obligatoire, et les documents pertinents doivent être traduits en japonais, ce qui suppose des frais considérables qui ne sont généralement pas recouvrables, du moins pas totalement. Les intérêts accordés ne commencent à courir qu'au moment du dépôt du bref, ce qui voudrait dire, au mieux, plus de deux ans après l'endommagement de la cargaison de la demanderesse. Il n'y a pas d'intérêt composé. La partie déboutée, au Japon, ne peut pas être condamnée au paiement des honoraires extra-judiciaires. La plupart des témoins possédant des renseignements pertinents sont probablement en Amérique du Nord. Le fait qu'un défendeur serait avantagé sur le plan de la procédure devant un tribunal étranger peut être un motif impérieux de refuser une suspension. La clause de compétence, qui diminuait les mesures de réparation que peut obtenir la demanderesse et la responsabilité du transporteur ou du navire défendeur devant la Cour de district de Tokyo, et sa clause pénale seraient selon toute vraisemblance frappées de nullité au Canada. Non seulement cette clause exonérait le transporteur de sa responsabilité, mais, vu les taux d'intérêt en vigueur, celui-ci réaliserait un bénéfice. Même la possibilité que cette clause soit prise en considération par la Cour de district de Tokyo était une raison importante de refuser d'accorder une suspension. Le même raisonnement s'appliquait à la pénalité de cinq millions de yen. Selon le droit japonais, seul le propriétaire du navire est réputé être le transporteur, tandis

duplicate set of proceedings in Japan. In order to obtain a stay, there must be a *bona fide* reason and desire to litigate in another jurisdiction, beyond merely gaining some procedural or substantive advantage. It is usual for a defendant to show its *bona fides* by making the necessary concessions which would allow procedure in another jurisdiction with a minimum of prejudice to the plaintiff, for example, security for a claim when security has already been posted in one jurisdiction but is not likely to be obtained in the offshore jurisdiction; and a waiver of any applicable limitation provisions. The letter of undertaking, to the extent that it dealt with payment of judgments or appeals therefrom, was limited to payment of a judgment of the Federal Court of Canada. The defendants, who had had nearly two years to think about their motion for a stay and who knew that time for suit had run out before speaking to their motion for a stay, did not waive any time for suit so that the plaintiff might be able to commence a new proceeding in Japan.

qu'en vertu du droit canadien, le transporteur peut être le propriétaire du navire ou l'affréteur, ou même les deux. En conséquence, le renvoi du différend à la Cour de district de Tokyo entraînerait une atténuation de la responsabilité du propriétaire du navire, ce qui avantage donc clairement la défenderesse. Comme la répétition d'une instance peut déboucher sur des jugements contradictoires et se solder par une perte de temps et d'argent, il s'agit toujours d'un motif impérieux de refuser une suspension. Comme le juge a conclu que Tokyo Marine Co. Ltd. n'avait pas droit à une suspension en vue d'un arbitrage à Londres, mais devait contester l'action au Canada, il était plus approprié de refuser une suspension à Fontaine Navigation S.A. que de l'autoriser à introduire une deuxième instance au Japon. La partie qui demande une suspension ne doit pas simplement vouloir obtenir un avantage d'ordre matériel ou procédural, mais doit avoir une raison valable et un désir de saisir un autre tribunal du litige. Un défendeur prouve habituellement sa bonne foi en faisant les concessions nécessaires pour que la procédure devant un autre tribunal soit le moins préjudiciable possible au demandeur, par exemple la garantie pour une réclamation lorsque la garantie a déjà été fournie devant un tribunal mais a peu de chances d'être obtenue devant le tribunal étranger et la renonciation aux dispositions applicables en matière de prescription. La lettre d'engagement, dans la mesure où elle se rapportait au paiement de jugements ou d'appels de ces jugements, se limitait au paiement d'un jugement rendu par la Cour fédérale du Canada. Les défenderesses, qui ont eu près de deux ans pour penser à leur requête en suspension et qui savaient que le délai pour intenter une poursuite était expiré depuis plusieurs mois avant de soutenir leur requête en suspension, n'ont pas renoncé au délai d'introduction d'une instance de manière à permettre à la demanderesse d'intenter une nouvelle poursuite au Japon.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Commercial Arbitration Code, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, arts. 8, 16.

Hague-Visby Rules, being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21.

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 ("Hague Rules"), Art. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd., [1994] 2 F.C. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] 1 All E.R. 337

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, art. 8, 16.

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»), art. 3.

Règles de La Haye — Visby, qui constituent l'annexe I de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd., [1994] 2 C.F. 662; (1994), 113 D.L.R. (4th) 536; 167 N.R. 294 (C.A.); *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] 1 All E.R. 337

(H.L.); *Elizabeth H., The*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 172 (Adm.); *Maersk Inc. v. Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Donohue Inc. et al. v. Ship Ocean Link et al.* (1995), 94 F.T.R. 69 (F.C.T.D.); *Pine Hill, The*, [1958] 2 Lloyd's Rep. 146 (Q.B.).

DISTINGUISHED:

Skagway Terminal Co. v. The Ship "Daphne" et al. (1988), 42 D.L.R. (4th) 200; 15 F.T.R. 63 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd. (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; 1 W.A.C. 158 (C.A.); *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc.*, [1990] 1 F.C. 483; (1989), 104 N.R. 66 (C.A.); *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc.*, [1987] 2 F.C. 107; (1986), 7 F.T.R. 178 (T.D.).

REFERRED TO:

TIT2 Limited Partnership v. Canada (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Gen. Div.); *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Gen. Div.); *Ocean Fisheries Ltd. v. Pacific Coast Fishermen's Mutual Marine Insurance Co.* (1997), 125 F.T.R. 20 (F.C.T.D.); *Spliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.); *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. Erato (The)*, [1996] 1 F.C. 404; (1995), 106 F.T.R. 278 (T.D.); *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.); *Caribbean Ispat Ltd. et al. v. Companhia De Navegacao Lloyd Brasileiro et al.* (1992), 59 F.T.R. 207 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Holtzmann, H. M. and J. E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Mustill, M. J. and S. C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

MOTIONS to stay action for damage to cargo (i) to arbitrate in London (as provided in the COA), or (ii)

(H.L.); *Elizabeth H., The*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 172 (Adm.); *Maersk Inc. c. Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.); *Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Donohue Inc. et autres c. Navire Ocean Link et autres* (1995), 94 F.T.R. 69 (C.F. 1^{re} inst.); *Pine Hill, The*, [1958] 2 Lloyd's Rep. 146 (Q.B.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Skagway Terminal Co. c. Le navire «Daphne» et autres (1988), 42 D.L.R. (4th) 200; 15 F.T.R. 63 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd. (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; 1 W.A.C. 158 (C.A.); *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc.*, [1990] 1 C.F. 483; (1989), 104 N.R. 66 (C.A.); *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc.*, [1987] 2 C.F. 107; (1986), 7 F.T.R. 178 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

TIT2 Limited Partnership v. Canada (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Div. gén.); *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Div. gén.); *Ocean Fisheries Ltd. c. Pacific Coast Fishermen's Mutual Marine Insurance Co.* (1997), 125 F.T.R. 20 (C.F. 1^{re} inst.); *Spliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.); *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Erato (Le)*, [1996] 1 C.F. 404; (1995), 106 F.T.R. 278 (1^{re} inst.); *Cormorant Bulk-Carriers Inc. c. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.); *Caribbean Ispat Ltd. et al. c. Companhia De Navegacao Lloyd Brasileiro et al.* (1992), 59 F.T.R. 207 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Holtzmann, H. M. et J. E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Mustill, M. J. et S. C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

REQUÊTES en suspension d'une action en dommages-intérêts concernant une cargaison en faveur

to litigate in Japan (as provided in the bill of lading).
Motions denied.

COUNSEL:

David F. McEwen for plaintiff.
Douglas G Morrison for defendants.

SOLICITORS:

McEwen, Schmitt, Vancouver, B.C., for plaintiff.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, B.C. for
defendants.

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

[1] HARGRAVE P.: This motion by the two corporate defendants for two separate stays, one to arbitrate in London and the other to litigate in Japan, arises out of an action for damage to a portion of a cargo of methanol carried from Kitimat, B.C. to Sodugaura, Japan in the Panamanian tanker *Kinugawa*. Some of the cargo arrived in Japan contaminated: it was sold into the Korean market at Ulsan. The arrest that might have taken place in this Federal Court action was averted by a provision of a letter of undertaking given on behalf of the defendants on 15 December 1995.

[2] There would seem little doubt as to the source of the contamination, a result of cracks in two cargo tanks, but that is only a peripheral matter in this present motion. At issue are the defendants' requests for stays: they say there should be arbitration in London, and litigation before the Tokyo District Court. In addition to submissions as to why neither of these jurisdictions ought to apply, the plaintiff refers to the letter of undertaking as containing an agreement to litigate in the present Federal Court proceedings. With this brief introduction I now turn to some relevant background material and then to the reasoning by

(i) d'un arbitrage à Londres (comme le prévoyait le contrat d'affrètement) ou (ii) d'une poursuite au Japon (comme le prévoyait le connaissement). Requêtes rejetées.

AVOCATS:

David F. McEwen pour la demanderesse.
Douglas G Morrison pour les défendeurs.

PROCUREURS:

McEwen, Schmitt, Vancouver (C.-B.), pour la
demanderesse.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver (C.-B.), pour
les défendeurs.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La présente requête déposée par les deux personnes morales défenderesses afin d'obtenir deux suspensions, l'une en vue d'un arbitrage à Londres et l'autre en vue d'une poursuite au Japon, se rapporte à une action en dommages-intérêts concernant une partie d'une cargaison de méthanol que le navire-citerne panaméen *Kinugawa* a transportée de Kitimat (C.-B.) à Sodugaura, au Japon. Une partie de la cargaison est arrivée au Japon contaminée: elle a été vendue sur le marché coréen à Ulsan. Une stipulation contenue dans une lettre d'engagement donnée au nom des défenderesses le 15 décembre 1995 a empêché la saisie dont le navire aurait pu faire l'objet dans le cadre de l'action intentée devant la Cour fédérale.

[2] Selon toute vraisemblance, des fissures dans deux citernes à marchandises sont à l'origine de la contamination, mais cette question est purement accessoire dans le cadre de la présente requête. Ce sont les suspensions d'instance demandées par les défenderesses qui sont litigieuses en l'espèce: celles-ci affirment qu'il devrait y avoir un arbitrage à Londres et une poursuite devant la Cour de district de Tokyo. Outre les arguments qu'elle invoque sur l'incompétence de ces juridictions, la demanderesse se réfère à la lettre d'engagement par laquelle les défenderesses auraient accepté de déposer une défense à l'action intentée

which both stays must be denied.

BACKGROUND

[3] To begin, the claim involves an August 1995 shipment of some 5,215 metric tonnes of methanol from Kitimat to Japan. Testing of the methanol at Kitimat apparently showed no contamination. However samples taken at Japan and at the final discharge port for part of the cargo in Korea and analyzed in Houston, Texas, showed contamination by ethylene dichloride of the methanol carried in centre tanks 4 and 8. These two tanks were repaired after the voyage: the subsequent joint inspection at Vancouver established that cracks in the two tanks had been repaired by welding.

[4] As to transportation documentation, there is a contract of affreightment (COA) between the plaintiff and the defendant, Tokyo Marine Co. Ltd., dated 24 February 1994. The COA is a substantial agreement covering up to 400,000 metric tonnes of product over two years, with a minimum of 24 sailings out of Kitimat and 4 sailings out of New Plymouth, New Zealand, to Asian ports in 1994. The COA contains a London arbitration clause:

Any dispute arising out of or in connection with this Contract shall be submitted to arbitration held in London and for this purpose the terms of clause 24 of the ASBATANKVOY Voyage Charter Party annexed to this Contract shall be incorporated in and apply to this Contract with all necessary modifications. (clause 18)

English Law is to govern (clause 19). While the COA provides for issuance of bills of lading "in the form annexed to this Contract" (clause 17), it would seem that no bill of lading was ever annexed to the COA. The COA is said to contain the entire agreement (clauses 25 and M33).

devant la Cour fédérale. Cette brève introduction étant faite, j'en viens maintenant à certains faits pertinents au litige. J'expliquerai ensuite pourquoi les deux suspensions demandées doivent être refusées.

GENÈSE DE L'INSTANCE

[3] Il convient tout d'abord de préciser que la réclamation se rapporte à l'expédition, en août 1995, de quelque 5 215 tonnes métriques de méthanol de Kitimat jusqu'au Japon. L'analyse des échantillons de méthanol prélevés à Kitimat n'aurait révélé aucune contamination. Toutefois, l'analyse faite à Houston (Texas) des échantillons qui ont été prélevés au Japon et au dernier port de déchargement d'une partie de la cargaison en Corée a révélé que le méthanol transporté dans les citernes du centre 4 et 8 avait été contaminé par du dichlorure d'éthylène. Ces deux citernes ont été réparées après le voyage; l'inspection conjointe qui a été faite par la suite à Vancouver a démontré que les fissures dans les deux citernes avaient été réparées par soudage.

[4] En ce qui concerne les documents de transport, un contrat d'affrètement daté du 24 février 1994 lie la demanderesse à la défenderesse Tokyo Marine Co. Ltd. Il s'agit d'une entente majeure prévoyant le transport de quelque 400 000 tonnes métriques de marchandises sur une période de deux ans, avec au moins vingt-quatre départs de Kitimat et quatre départs de New Plymouth, en Nouvelle-Zélande, à destination de ports asiatiques en 1994. Le contrat d'affrètement comporte une clause prévoyant l'arbitrage des différends à Londres:

[TRADUCTION] Tout différend issu de l'exécution du présent contrat ou s'y rattachant doit être soumis à l'arbitrage à Londres et, à cette fin, la clause 24 de la charte-partie au voyage ASBATANKVOY qui est annexée au présent contrat est incorporée au présent contrat et s'y applique avec toutes les adaptations nécessaires. (clause 18)

Le droit anglais est le droit applicable (clause 19). Bien que le contrat d'affrètement prévoie la délivrance de connaissements [TRADUCTION] «prenant la forme du spécimen joint au présent contrat» (clause 17), il semble qu'aucun connaissement n'ait jamais été annexé au contrat d'affrètement. Le contrat d'affrète-

[5] A Tokyo Marine Co. Ltd. bill of lading, dated 7 August 1995, was issued for the methanol aboard the *Kinugawa*: the copy provided to the Court is an unsigned bill of lading apparently intended to be signed by agents on behalf of the master. The bill of lading incorporates what is referred to as a charter party dated 24 February 1994, between Tokyo Marine Co. Ltd. and Methanex New Zealand Ltd.

[6] The bill of lading also contains an identity of carrier clause to the effect that if Tokyo Marine Co. Ltd. is not the owner or demise charterer of the carrying vessel, the contract of carriage, evidenced by the bill of lading, is then a contract between Methanex New Zealand Ltd. and Fontaine Navigation S.A., the owner of the vessel, with Tokyo Marine Co. Ltd. to be merely an agent. It is interesting to note that both Fontaine Navigation S.A. and Tokyo Marine Co. Ltd. have the same address in Japan. The material filed on behalf of the defendants does not explain the relationship between Fontaine Navigation S.A. and Tokyo Marine Co. Ltd., or whether Tokyo Marine Co. Ltd. chartered the *Kinugawa* in order to fulfil its commitments to carry methanol under the COA.

[7] The particular bill of lading issued for this voyage of the *Kinugawa* requires that any disputes be subject to the jurisdiction of the Tokyo District Court, perhaps a common enough provision in some circumstances, but then comes a purely Draconian provision, one which would distress any shipper and ought to embarrass a legitimate carrier who has negotiated an extensive affreightment agreement:

... (if Methanex New Zealand Ltd.) ... despite the provisions of this clause, commence any legal proceedings, including litigation, arbitration, claims and/or any other action (hereinafter the "Proceedings") against the Carrier or any Third Persons (hereinafter collectively the "Claimees"), in any jurisdiction other than the aforesaid, the Claimees shall be entitled to claim against the Claimants any loss and damages incurred thereby, including but not limited to the legal costs, expenses and detention loss of any vessel

ment contiendrait l'entente tout entière (clauses 25 et M33).

[5] Tokyo Marine Co. Ltd. a délivré un connaissement daté du 7 août 1995 pour le méthanol à bord du *Kinugawa*; l'exemplaire fourni à la Cour est un connaissement non signé qui était apparemment censé l'être par des mandataires au nom du capitaine. Le connaissement incorpore ce qu'on appelle une charte-partie, datée du 24 février 1994, entre Tokyo Marine Co. Ltd. et Methanex New Zealand Ltd.

[6] Le connaissement contient également une clause d'identité du transporteur stipulant que si Tokyo Marine Co. Ltd. n'est pas le propriétaire ou l'affrèteur en coque nue du navire transporteur, alors le contrat de transport, attesté par le connaissement, est un contrat entre Methanex New Zealand Ltd. et le propriétaire du navire, Fontaine Navigation S.A., la défenderesse Tokyo Marine Co. Ltd. n'étant plus qu'un mandataire. Il est intéressant de faire remarquer que Fontaine Navigation S.A. et Tokyo Marine Co. Ltd. ont la même adresse au Japon. Les documents déposés au nom des défenderesses n'expliquent pas la relation qui existe entre Fontaine Navigation S.A. et Tokyo Marine Co. Ltd., et ne précisent pas si Tokyo Marine Co. Ltd. a affrété le navire *Kinugawa* pour respecter les engagements contenus dans le contrat d'affrètement relativement au transport du méthanol.

[7] Le connaissement qui a été délivré pour le voyage du *Kinugawa* visé par l'espèce stipule que les différends seront soumis à la Cour de district de Tokyo; cette stipulation est peut-être assez usuelle dans certaines circonstances, mais vient ensuite une stipulation purement draconienne, qui tracasserait n'importe quel expéditeur et devrait embarrasser un véritable transporteur ayant négocié un contrat d'affrètement exhaustif:

[TRADUCTION] ... (si Methanex New Zealand Ltd.), ... en dépit des stipulations de la présente clause, forme un recours, qu'il s'agisse d'une poursuite, d'un arbitrage, d'une réclamation ou d'une autre mesure (ci-après appelé le «recours»), contre le transporteur ou un tiers (ci-après collectivement appelés les «défendeurs») devant un autre tribunal que le tribunal susmentionné, les défendeurs auront le droit de réclamer aux demandeurs un montant correspondant à la perte et au dommage subis de ce fait, notamment

arrested by the Claimants, plus a penalty of 5,000,000 Japanese yen regardless of whether or not the court, with which the Claimants filed the Proceedings, grants the stay of the Proceedings or accepts jurisdiction thereon. If the Claimants succeed in recovering any sum from the Claimees and/or other parties, including the Claimees' underwriters, P&I Club and Guarantors, by commencing Proceedings in any court or jurisdiction other than the Tokyo District Court, the Claimees shall be entitled to recover fully from the Claimants such an amount plus interest at 15% per annum. (Clause 5 of bill of lading).

Little wonder this bill of lading was not attached to the COA.

[8] To further complicate matters, the face of the bill of lading, issued for this particular cargo, purports at one point to accept and at another point to abrogate the rate and payment of freight specified in the COA, with the proviso that if there is a conflict between what is referred to as the charter party (of 24 February 1994—the date of the COA) the identity of carrier and jurisdiction clauses in the bill of lading (among other clauses) shall prevail. One wonders why Tokyo Marine Co. Ltd. would negotiate in good faith and enter into a substantial contract of affreightment with Methanex New Zealand Ltd., an agreement which seems to cover all eventualities and which is to run for two years and would then allow a mere vessel owner to dictate radically new and different terms, indeed unreasonable terms, to its substantial customer, Methanex New Zealand Ltd.

[9] In any event, the day after the present litigation was commenced and an arrest warrant issued, and apparently in response to the likelihood of arrest, the United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Associate (Bermuda) Ltd. (the P & I Club) issued a letter of undertaking, dated 15 December 1995, in favour of Methanex New Zealand Ltd. confirming the claim against the ship and undertaking, in consideration of the Methanex New Zealand Ltd. refraining from arresting the ship to take the following steps:

(1) To instruct Messrs. Campney & Murphy to accept service of the Statement of Claim in the Federal Court

les frais de justice, les dépenses engagées et la perte pour immobilisation du navire saisi par les demandeurs, majoré d'une pénalité de cinq millions de yen, peu importe que le tribunal saisi du recours accorde la suspension d'instance ou reconnaisse sa compétence. Si les demandeurs parviennent à obtenir le paiement d'un montant par les défendeurs ou d'autres parties, y compris les assureurs, la mutuelle de protection et d'indemnisation et les cautions des défendeurs, en formant un recours devant un autre tribunal que la Cour de district de Tokyo, les défendeurs auront le droit de recouvrer la totalité de ce montant, majoré d'un intérêt de 15 p. 100 auprès des demandeurs. [Clause 5 du connaissement.]

Il n'est guère étonnant que ce connaissement n'ait pas été annexé au contrat d'affrètement.

[8] Pour compliquer davantage les choses, au recto du connaissement qui a été délivré pour l'expédition de la cargaison en cause, on prétend accepter à un endroit et annuler à un autre le tarif et le paiement du fret prévus dans le contrat d'affrètement, étant entendu que la clause d'identité du transporteur et la clause de compétence (parmi d'autres clauses) contenues dans le connaissement l'emportent sur les stipulations incompatibles du document qualifié de charte-partie (en date du 24 février 1994, soit la date du contrat d'affrètement). On se demande pourquoi Tokyo Marine Co. Ltd. négocierait de bonne foi et conclurait un contrat d'affrètement majeur avec Methanex New Zealand Ltd., contrat qui semble parer à toute éventualité et qui doit être valide pendant deux ans, et autoriserait ensuite un simple propriétaire de navire à imposer des conditions totalement différentes, voire abusives, à son principal client, Methanex New Zealand Ltd.

[9] Quoi qu'il en soit, le lendemain du jour où la présente action a été intentée et où un mandat de saisie a été délivré, et apparemment en réponse à une saisie probable, la mutuelle de protection et d'indemnisation United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Associate (Bermuda) Ltd. a donné une lettre d'engagement, datée du 15 décembre 1995, en faveur de Methanex New Zealand Ltd. Dans cette lettre, elle confirmait l'action intentée contre le navire et s'engageait à prendre les mesures suivantes si Methanex New Zealand ne saisissait pas le navire:

[TRADUCTION]

(1) Donner à M^{es} Campney et Murphy l'instruction d'accepter la signification de la déclaration déposée devant

of Canada and to file a Defence on behalf of the defendants in accordance with the terms and provisions of the Rules of the Federal Court of Canada.

- (2) To pay any settlement of this claim, judgment of the Federal Court of Canada, or final appeal therefrom, including costs and interest, up to an amount not exceeding \$450,000. This provision is intended for the sole benefit of the plaintiff and shall not prevent the plaintiff from demanding payment hereunder forthwith after judgment of the Federal Court Trial Division, but nothing herein shall prevent the defendants from making application to the Court for a stay of execution on the basis of this security or the bail referred to in Paragraph (3).
- (3) To furnish upon demand bail if and when required by you in an amount not exceeding C\$450,000 in the aforesaid litigation. In the event such bail is furnished it is agreed that the undersigned shall have no further obligation under Paragraph (2) hereof.

The letter of undertaking then concludes:

This letter is written entirely without prejudice as to any rights or defences which the vessel or owners may have, none of which is to be regarded as waived.

ANALYSIS

Letter of Undertaking

[10] It is convenient to comment, at this point, on the letter of undertaking. The letter was given by Campney & Murphy as agent for the P & I Club. The motion and material for the stay were prepared and filed by Campney & Murphy, however Bull, Housser & Tupper succeeded them, both in setting down the motion for hearing, after several adjournments and in arguing the motion and thus are to be regarded as counsel of record for the defendants.

[11] Interestingly the letter of undertaking acknowledges a claim against ship, owners "and others". The undertaking in the letter is clear, that in consideration of the ship not being arrested, Campney & Murphy are to be instructed "to file a Defence on behalf of the defendants". The defendants, in the action, are named as the ship, Fontaine Navigation S.A. and Tokyo

la Cour fédérale du Canada et de déposer une défense au nom des défendeurs conformément aux dispositions des Règles de la Cour fédérale du Canada.

- (2) Payer le montant de la réclamation, le jugement de la Cour fédérale du Canada ou l'appel définitif de ce jugement, y compris les frais et dépens et l'intérêt, jusqu'à concurrence de 450 000 \$. Cette stipulation est faite dans l'unique intérêt de la demanderesse et n'empêche pas cette dernière d'exiger le paiement en question tout de suite après le prononcé du jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, mais rien dans les présentes n'empêche les défendeurs de demander à la Cour d'accorder un sursis d'exécution sur la foi de la présente garantie ou du cautionnement visé au paragraphe (3).
- (3) Fournir sur demande, le cas échéant, un cautionnement d'au plus 450 000 \$ CAN dans le cadre de l'action susmentionnée. Si un tel cautionnement est fourni, il est entendu que les soussignés n'ont aucune autre obligation en vertu du paragraphe (2) des présentes.

La lettre d'engagement se termine ainsi:

[TRADUCTION] La présente lettre est rédigée entièrement sans préjudice des droits ou des moyens de défense que le navire ou les propriétaires peuvent invoquer, dont aucun ne doit être considéré comme ayant fait l'objet d'une renonciation.

ANALYSE

La lettre d'engagement

[10] Il est opportun, à ce stade-ci, de commenter la lettre d'engagement. Cette lettre a été donnée par M^{es} Campney et Murphy à titre de mandataires de la mutuelle de protection et d'indemnisation. La requête en suspension et les documents à l'appui ont été préparés et déposés par M^{es} Campney et Murphy. Toutefois, M^{es} Bull, Housser et Tupper ont pris la suite, tant pour inscrire la requête pour audition, après plusieurs ajournements, que pour débattre la requête, et doivent donc être considérés comme les avocats inscrits au dossier pour les défendeurs.

[11] Fait intéressant, la lettre d'engagement reconnaît l'existence d'une réclamation contre le navire, les propriétaires [TRADUCTION] «et d'autres personnes». L'engagement pris dans cette lettre est clair: si le navire n'est pas saisi, M^{es} Campney et Murphy auront pour instruction [TRADUCTION] «de déposer une défense au nom des défendeurs». Les défendeurs à

Marine Co. Ltd.: in that the statement of claim predates the letter of undertaking the letter of undertaking is broad enough to secure any claim against both Fontaine Navigation S.A. and Tokyo Marine Co. Ltd. The letter of undertaking then narrows slightly in the last paragraph to reserve to "vessel or owners" any rights and defences.

[12] The affect of this letter of undertaking, quite a usual letter in its form, is worth considering in the context of the claims both of the defendant, Tokyo Marine Co. Ltd., to arbitrate in London as provided for in the COA and of the defendant, Fontaine Navigation S.A., to litigate before the Tokyo District Court as provided in the bill of lading.

London Arbitration

[13] Clause 18 of the COA, as set out above, provides for the resolution of disputes by arbitration in London. Clause 18 also incorporates Clause 24 of an Asbatankvoy Voyage Charter Party, said to be annexed to the COA, but absent from the copy of the COA presented to the Court. However the incorporation of Clause 24 of the Asbatankvoy form, with the necessary changes being made, is clear enough. The Asbatankvoy form sets out the arbitration procedure.

[14] The narrow view, at this point, is that I must refer any dispute between Methanex New Zealand Ltd. and Tokyo Marine Co. Ltd. to arbitration pursuant to article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, which code Canada has adopted by way of the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17. Article 8 provides for mandatory arbitration if there is an arbitration agreement:

Article 8

...

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a

l'instance qui sont nommés sont le navire, Fontaine Navigation S.A. et Tokyo Marine Co. Ltd. Comme la déclaration est antérieure à la lettre d'engagement, la portée de la lettre d'engagement est assez générale pour garantir une réclamation contre Fontaine Navigation S.A. et Tokyo Marine Co. Ltd. La portée de cette lettre devient ensuite un peu plus limitée au dernier paragraphe et réserve les droits et les moyens de défense au [TRADUCTION] «navire ou [aux] propriétaires».

[12] Il convient d'examiner l'incidence de cette lettre d'engagement, dont la forme est assez courante, dans le contexte tant de la demande de la défenderesse Tokyo Marine Co. Ltd. en vue d'un arbitrage à Londres, comme le prévoit le contrat d'affrètement, que de la demande de la défenderesse Fontaine Navigation S.A. en vue d'une poursuite devant la Cour de district de Tokyo, comme le prévoit le connaissance.

Arbitrage à Londres

[13] Ainsi qu'il vient d'être mentionné, la clause 18 du contrat d'affrètement prévoit le règlement des différends par voie d'arbitrage à Londres. La clause 18 incorpore également la clause 24 d'une charte-partie au voyage Asbatankvoy qui aurait été annexée au contrat d'affrètement, mais n'a pas été jointe à l'exemplaire du contrat d'affrètement soumis à la Cour. Toutefois, l'incorporation de la clause 24 du formulaire Asbatankvoy, une fois faites les adaptations nécessaires, est assez claire. Le formulaire Asbatankvoy établit la procédure d'arbitrage.

[14] Le point de vue étroit, à ce stade-ci, est que je dois soumettre tout différend qui s'élève entre Methanex New Zealand Ltd. et Tokyo Marine Co. Ltd. à l'arbitrage en vertu de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*, que le Canada a adopté au moyen de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17. L'article 8 rend le renvoi à l'arbitrage obligatoire lorsqu'il existe une convention d'arbitrage.

Article 8

...

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à

party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

This is of course subject to any jurisdictional objections and indeed, to whether there is a dispute which is a subject of an arbitration agreement.

[15] The plaintiff submits the present claim does not fall within the ambit of arbitration, for there is no dispute: the plaintiff's evidence is that the defendants have never denied responsibility for contamination of the cargo which occurred after loading and before discharge.

[16] Article 16 of the *Commercial Arbitration Code* allows a tribunal to rule on its own jurisdiction, but that power is neither exclusive nor final: it is subject to review by a court, particularly in the case of a proceeding brought under article 8: see for example Holtzmann and Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Boston: Kluwer Law and Taxation Publisher, 1989, at pages 478-479 and at page 486.

[17] Indeed, a court may interpret an arbitration provision and then analyze the claim to determine if, on a proper interpretation, the matter falls within the disputes and differences to be decided by arbitration. If the claim is not in respect to a matter which the parties have agreed to arbitrate, the court has a discretion to exercise outside of the parameters imposed by paragraph (1) of article 8 of the *Commercial Arbitration Code*: see for example *TIT2 Limited Partnership v. Canada* (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Gen. Div.), at page 73; *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Gen. Div.), at pages 149-151; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), at page 120 and *Ocean Fisheries Ltd. v. Pacific Coast Fishermen's Mutual Marine Insurance Co.* (1997), 125 F.T.R. 20 (F.C.T.D.), at page 25 and following. Indeed, in the *Gulf Canada Resources* case Mr. Justice Hinkson

l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

Ce renvoi à l'arbitrage est évidemment subordonné aux objections juridictionnelles, et en fait à la question de savoir s'il existe un différend visé par une convention d'arbitrage.

[15] La demanderesse prétend que sa réclamation n'a pas à être soumise à l'arbitrage car il n'existe pas de différend: selon elle, les défendeurs n'ont jamais nié qu'ils étaient responsables de la contamination de la cargaison qui s'est produite après le chargement et avant le déchargement.

[16] L'article 16 du *Code d'arbitrage commercial* autorise un tribunal à se prononcer sur sa propre compétence, mais ce pouvoir n'est ni exclusif ni définitif: il est susceptible de contrôle par une cour de justice, particulièrement dans le cas d'une instance introduite en application de l'article 8: voir par exemple Holtzmann et Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, aux pages 478, 479 et 486.

[17] En effet, un tribunal peut interpréter une clause d'arbitrage et analyser ensuite la réclamation pour établir si, selon une interprétation appropriée, l'affaire entre dans la catégorie des désaccords et des différends qui doivent être soumis à l'arbitrage. Si la réclamation ne se rapporte pas à une question que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'exercer sa compétence en dehors des limites imposées par le paragraphe 1 de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial*: voir par exemple *TIT2 Limited Partnership v. Canada* (1994), 23 O.R. (3d) 66 (Div. gén.), à la page 73; *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Div. gén.), aux pages 149 à 151; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), à la page 120 et *Ocean Fisheries Ltd. c. Pacific Coast Fishermen's Mutual Marine Insurance*

notes that the matter does not end when the application for a stay points to an arbitration agreement, for the court does have a residual jurisdiction when it is clear that the dispute is outside of the term of an arbitration agreement. All of this is consistent with a passage in *Nanisivik Mines Ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.* [1994] 2 F.C. 662 (C.A.), at page 671:

In my opinion, the Motions Judge had no discretion in the circumstances but to refer the claim of Nanisivik against Canarctic to arbitration nor had he any discretion as to the reference of Zinc Corp.'s claim provided it was bound by the arbitration agreement. [Emphasis added.]

This idea of whether a party is bound by an arbitration agreement was put slightly differently, but with the same effect, by the House of Lords in *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] 1 All E.R. 337, at page 345 where Lord Macmillan said:

Where proceedings at law are instituted by one of the parties to a contract containing an arbitration clause and the other party, founding on the clause, applies for a stay, the first thing to be ascertained is the precise nature of the dispute which has arisen. The next question is whether the dispute is one which falls within the terms of the arbitration clause. Then sometimes the question is raised whether the arbitration clause is still effective or whether something has happened to render it no longer operative.

The *Heyman* case certainly predates the *Commercial Arbitration Code*, however the principle, of examining the nature of the dispute and whether it falls within the arbitration clause and then determining whether there might have been an intervening event making the arbitration clause ineffective, is perfectly valid today.

[18] Still dealing with the examination of the dispute, or rather of the absence of any dispute, there is an interesting passage dealing with just this and with the procedural consequences in *Mustill and Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed., Butterworths, 1989, at page 12:

Co. (1997), 125 F.T.R. 20 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 25 et suivantes. De fait, dans l'arrêt *Gulf Canada Resources*, le juge Hinkson fait remarquer que l'affaire ne se termine pas quand la demande de suspension révèle l'existence d'une convention d'arbitrage, car le tribunal a une compétence résiduelle lorsqu'il ne fait aucun doute que le différend n'est pas visé par la convention d'arbitrage. Les remarques qui précèdent sont compatibles avec l'extrait suivant de l'arrêt *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662 (C.A.), à la page 671:

À mon avis, le juge des requêtes n'avait en l'espèce d'autre choix que de renvoyer à l'arbitrage la demande de Nanisivik contre Canarctic; il n'avait pas de pouvoir discrétionnaire non plus pour ce qui était du renvoi de la demande de Zinc Corp. à condition que celle-ci fût liée par la convention d'arbitrage. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] 1 All E.R. 337, à la page 345, la Chambre des lords a formulé d'une manière légèrement différente, mais qui produit le même effet, la question de savoir si une partie est liée par une convention d'arbitrage. Lord Macmillan s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] Lorsqu'une instance est introduite par l'une des parties à un contrat qui contient une clause d'arbitrage et que l'autre partie s'appuie sur cette clause pour demander une suspension d'instance, la première chose à vérifier est la nature précise du différend qui se pose. La question suivante est de savoir si le différend est visé par la clause d'arbitrage. Il faut parfois ensuite se demander si la clause d'arbitrage est encore exécutoire ou s'il s'est produit un fait qui l'a rendue inopérante.

L'arrêt *Heyman* est évidemment antérieur au *Code d'arbitrage commercial*, mais le principe énoncé, c'est-à-dire l'examen de la nature du différend et de la question de savoir si le différend est visé par la clause d'arbitrage, puis de la question de savoir si un fait nouveau a pu rendre cette clause inopérante, est parfaitement valide aujourd'hui.

[18] Pour en revenir à l'examen du différend, ou plus exactement de l'absence de différend, il y a un passage intéressant qui porte justement sur cette question et sur les conséquences sur le plan de la procédure dans *Mustill et Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2^e éd., Butterworths, 1989, à la page 12:

First, since most arbitration clauses express the right and obligation to arbitrate in terms of ‘disputes’, the claimant cannot ordinarily give a valid notice of arbitration unless his claim is disputed. Moreover, in the absence of a ‘dispute’ (which has been understood as meaning a *genuine* dispute) the Court will not order that the action should be stayed so that the matter can be referred to arbitration. The procedural consequences are important, for this principle opens the way for the plaintiff, even in a case governed by an arbitration clause, to employ the summary mechanisms of the Court where the defendant has no defence at all to the claim, or only a spurious defence. What happens is this. The claimant commences an action in the High Court, and states on affidavit his belief that there is no defence to the claim. The defendant must then respond, also on affidavit, showing reasons why he does have a defence. If the Court accepts the contention of the plaintiff, it will refuse to stay the proceedings and will instead give immediate judgment for the plaintiff.

In effect, neither may a party give notice of arbitration unless there is a disputed claim, nor will a court order a stay of an action in favour of arbitration, if there is no genuine dispute.

[19] The defendant, Tokyo Marine Co. Ltd., says the principles enunciated in this passage from Mustill and Boyd do not apply by reason of clause 24 of the Asbatankvoy form, which captures the jurisdiction: clause 24 refers to the arbitration of “differences and disputes”, which may be a little wider. However there are two answers to this proposition. First, the arbitration provision in this instance is as to “disputes” as set out in clause 18 of the COA: Asbatankvoy clause 24, as it is utilized in this instance, is merely to set out the procedure for arbitration. Second, there is no more reason to send a sham difference or an undisputed difference to arbitration than to send a sham dispute to arbitration.

[20] In the present instance the affidavit evidence of the plaintiff, through Mr. Frank Wendt, a director of Waterfront Shipping Company Limited, a wholly owned subsidiary of the Methanex group of com-

[TRADUCTION] Premièrement, comme la plupart des clauses d’arbitrage expriment le droit et l’obligation de recourir à l’arbitrage sous l’angle de «différends», l’auteur d’une réclamation ne peut habituellement pas donner un avis d’arbitrage valide, à moins que sa réclamation ne soit contestée. De plus, en l’absence d’un «différend» (qu’on définit comme un différend *réel*), la Cour n’ordonnera pas la suspension de l’action afin que la question puisse être soumise à l’arbitrage. Les conséquences sur le plan de la procédure sont importantes car ce principe permet au demandeur, même lorsqu’il s’agit d’une situation régie par une clause d’arbitrage, de recourir à la procédure sommaire de la Cour si le défendeur ne conteste pas du tout la réclamation ou la conteste uniquement par des moyens fallacieux. Voici ce qui se passe. Le demandeur intente une poursuite devant la Haute Cour et déclare par voie d’affidavit que, selon lui, il n’y a pas de défense. Le défendeur doit ensuite répondre, également par voie d’affidavit, et exposer les motifs pour lesquels il a une défense. Si la Cour souscrit à la prétention du demandeur, elle refusera de suspendre l’instance et donnera plutôt immédiatement gain de cause au demandeur.

Dans les faits, une partie ne peut pas donner un avis d’arbitrage à moins qu’il n’existe une réclamation contestée, et un tribunal n’ordonnera pas une suspension d’instance en faveur d’un arbitrage s’il n’y a pas de différend réel.

[19] La défenderesse Tokyo Marine Co. Ltd. affirme que les principes énoncés dans l’extrait précité de Mustill et Boyd ne s’appliquent pas en raison de la clause 24 du formulaire Asbatankvoy, qui définit la compétence: cette clause fait référence à l’arbitrage des [TRADUCTION] «désaccords et des différends», ce qui est peut-être un peu plus large. Toutefois, cette affirmation suscite deux réponses. Premièrement, la clause d’arbitrage en l’espèce s’applique aux [TRADUCTION] «différends», ainsi que le mentionne la clause 18 du contrat d’affrètement; la clause 24 du formulaire Asbatankvoy, telle qu’elle est utilisée en l’espèce, vise simplement à établir la procédure d’arbitrage. Deuxièmement, il n’y a pas plus de raison de soumettre un désaccord fictif ou non contesté à l’arbitrage que de soumettre un différend fictif à l’arbitrage.

[20] En l’espèce, M. Frank Wendt, un administrateur de la Waterfront Shipping Company Limited, filiale en propriété exclusive du groupe de personnes morales Methanex, déclare dans l’affidavit qu’il a produit pour

panies, is that he has “discussed this claim with representatives of Tokyo Marine Co. Ltd. and they have not expressed any defence to the claim,” (paragraph 16 of the Wendt affidavit sworn 20 August 1996).

[21] In contrast, although some 14 months passed between the filing of the Wendt affidavit and the hearing of this motion, during which time Tokyo Marine Co. Ltd. might have responded, without being taken to have made a substantive statement on the case which would trigger the pitfalls in article 8 of the *Commercial Arbitration Code*, Tokyo Marine Co. Ltd. has remained silent. As a result, there is no evidence of the existence of any dispute to send to arbitration. But there is another reason to deny London arbitration and that is an estoppel arising out of the letter of undertaking.

Letter of Undertaking

[22] The letter of undertaking given by the P & I Club, the relevant parts of which are set out above, provides for good and valuable consideration and gives clear undertakings first, to accept service and second, which is relevant here, “to file a Defence on behalf of the defendants in accordance with the terms and provisions of the Rules of the Federal Court of Canada.” The question is whether this is a new agreement between Methanex New Zealand Ltd. and Tokyo Marine Co. Ltd., superseding the arbitration provision and thus estopping Tokyo Marine Co. Ltd. from applying for a stay of proceedings. One must note that the letter of undertaking does not specifically raise any objection to the jurisdiction of the Federal Court.

[23] In order to pursue this idea of estoppel one must first distinguish *Skagway Terminal Co. v. The Ship “Daphne” et al.* (1988), 42 D.L.R. (4th) 200 (F.C.T.D.), a decision of Mr. Justice Collier. In *Daphne*, which arose out of dock damage at Skagway, a letter of undertaking was given to prevent the arrest of the ship at Vancouver. No action had then been commenced, but the letter of undertaking provided that if an action were filed, solicitors would accept service

la demanderesse qu’il a [TRADUCTION] «discuté de la réclamation avec des représentants de Tokyo Marine Co. Ltd. et que ceux-ci n’ont fourni aucune défense à cet égard» (paragraphe 16 de l’affidavit de M. Wendt souscrit le 20 août 1996).

[21] Par contraste, bien que quatorze mois se soient écoulés entre le dépôt de l’affidavit de M. Wendt et l’audition de la présente requête, période au cours de laquelle Tokyo Marine Co. Ltd. aurait pu répondre sans qu’on considère qu’elle faisait une déclaration de fond sur l’affaire qui serait de nature à déclencher les pièges de l’article 8 *du Code d’arbitrage commercial*, celle-ci est demeurée silencieuse. En conséquence, il n’y a aucune preuve de l’existence d’un différend devant être soumis à l’arbitrage. Il existe cependant une autre raison de refuser un arbitrage à Londres, soit l’irrecevabilité résultant de la lettre d’engagement.

La lettre d’engagement

[22] La lettre d’engagement donnée par la mutuelle de protection et d’indemnisation, dont les passages pertinents sont cités un peu plus haut, prévoit une contrepartie de valeur et prend des engagements clairs, soit, premièrement, celui d’accepter la signification et, deuxièmement, ce qui constitue le passage pertinent en l’espèce, celui de [TRADUCTION] «déposer une défense au nom des défendeurs conformément aux dispositions des Règles de la Cour fédérale du Canada». Il s’agit de savoir si cette lettre est une nouvelle entente entre Methanex New Zealand Ltd. et Tokyo Marine Co. Ltd. qui remplace la clause d’arbitrage et, partant, met Tokyo Marine Co. Ltd. dans l’impossibilité de demander une suspension d’instance. Il faut faire remarquer que la lettre d’engagement n’élève aucune objection particulière quant à la compétence de la Cour fédérale.

[23] Pour approfondir cette idée d’irrecevabilité, il faut d’abord établir une distinction entre l’espèce et la décision rendue par le juge Collier dans l’affaire *Skagway Terminal Co. c. Le navire «Daphne» et al.* (1988), 42 D.L.R. (4th) 200 (C.F. 1^{re} inst.). Dans cette affaire, qui se rapporte à l’endommagement d’un bassin à Skagway, une lettre d’engagement a été donnée pour empêcher la saisie du navire à Vancouver. À ce moment-là, aucune action n’avait été

and file a defence, without prejudice to any rights or defences. Mr. Justice Collier denied the stay application on the basis that Alaska was not a convenient forum, but in passing he rejected an argument of attornment to the Canadian jurisdiction by reason of the letter of undertaking. Key to distinguishing *The Daphne* is first the claim, one in tort, and second, the fact that no action had been commenced when the letter of undertaking was given: from the second point it follows that there could be no attornment. In the present instance we are dealing with contractual provisions, provisions which, with appropriate consideration and agreement, may always be modified by the parties and that is what in fact happened. Indeed, Mr. Justice Hewson, in *The Elizabeth H.*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 172 (Adm.), recognized this ability to contract a new.

[24] In *The Elizabeth H.* the shipowner applied for a stay so a dispute, arising out of damage to and short delivery of a cargo of lard, might be arbitrated. In that instance the vessel was arrested. The owners obtained a release of the *Elizabeth H.* on the strength of a letter of undertaking, given by the Bilbrough P & I Club, which undertook to pay amounts for which owners might be held liable, up to a given figure and undertook [at page 175] that "if called upon . . . to instruct Solicitors to accept on behalf of Owners service of Proceedings brought by any of your clients". Mr. Justice Hewson characterized the letter of undertaking as a bargain, for which there was consideration, by which solicitors would accept service on behalf of owners of any proceedings and that this undertaking was a clear invitation to continue the action, without any hint of arbitration. Moreover, the fact that the defendant owners of the *Elizabeth H.* had sat by in silence for 18 months, before bringing on the application for a stay, the defendants were held to have assented to the Court's jurisdiction through their silence. These factors were sufficient to show that the defendants, or their agents, had agreed to accept the Court's jurisdiction and thus vary the arbitration

intentée, mais la lettre d'engagement mentionnait que si une action était intentée, les avocats accepteraient la signification et déposeraient une défense sans préjudice d'aucun droit ou moyen de défense. Le juge Collier a rejeté la demande de suspension au motif que l'Alaska n'était pas un ressort approprié, mais il a rejeté, en passant, un argument fondé sur la reconnaissance de la compétence du Canada à cause de la lettre d'engagement. Deux facteurs sont importants pour établir une distinction entre l'espèce et l'affaire *The Daphne*: premièrement, il s'agissait d'une réclamation en responsabilité civile délictuelle et, deuxièmement, aucune action n'avait été intentée lorsque la lettre d'engagement a été donnée, de sorte qu'il ne pouvait pas y avoir de reconnaissance. En l'espèce, il s'agit de clauses contractuelles qui, à la suite d'un examen approprié et d'une entente, peuvent toujours être modifiées par les parties, et c'est effectivement ce qui s'est passé. Qui plus est, le juge Hewson a reconnu cette capacité de s'engager à nouveau par contrat dans l'affaire *The Elizabeth H.*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 172 (Adm.).

[24] Dans cette dernière affaire, le propriétaire du navire avait demandé une suspension d'instance afin qu'un différend résultant de l'endommagement et de la livraison incomplète d'une cargaison de saindoux puisse être soumis à l'arbitrage. Le navire avait été saisi. Les propriétaires avaient obtenu sa libération sur la foi d'une lettre d'engagement, donnée par le Bilbrough P & I Club, dans laquelle la mutuelle d'assurance promettait d'effectuer les paiements dont les propriétaires pourraient être tenus responsables jusqu'à concurrence d'un certain montant et s'engageait [à la page 175], [TRADUCTION] «si on le lui demandait, . . . à donner pour instruction aux avocats d'accepter au nom des propriétaires la signification de l'action intentée par l'un ou l'autre de vos clients». Le juge Hewson a qualifié la lettre d'engagement de contrat, vu l'existence d'une contrepartie, par lequel les avocats acceptaient, au nom des propriétaires, la signification d'une demande introductive d'instance, et a précisé que cet engagement était une invitation claire à poursuivre l'action, puisqu'on ne faisait nullement allusion à un arbitrage. De plus, comme les propriétaires défendeurs du navire *Elizabeth H.* avaient gardé le silence pendant dix-huit mois avant de présenter la

clause: see page 179.

[25] Also relevant is *Maersk Inc. v. Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 70 (F.C.T.D.), in which the plaintiff tried to enforce an English law and jurisdiction clause in order to obtain a stay of the defendant's counterclaim. Mr. Justice Rothstein held that the plaintiff, having put the case into the Federal Court, with the defendant not objecting, such resulted in an amendment of the jurisdiction provision in the bill of lading on which the plaintiff was suing (see page 73). The *Maersk* case is factually some distance from the present situation involving a letter of undertaking, but the principle is the same. A contractual agreement as to jurisdiction is not immutable. The parties to a contractual arbitration clause, just as the parties to a contractual jurisdiction clause, may recast their dispute resolution mechanism to supersede arbitration with litigation.

[26] In the present instance, Methanex New Zealand Ltd. kept its part of the bargain and, although it had a warrant, did not arrest the *Kinugawa*. Moreover, the terms of the P & I Club letter of undertaking received by Methanex go further than those in *The Elizabeth H.*, for not only is there an undertaking to accept service, as there was in the *The Elizabeth H.* letter of undertaking, but there is a further undertaking to file a defence on behalf of all of the defendants. Granted, the letter of undertaking reserves any rights and defences of "vessel and owners", but it does not specifically reserve the rights and defences of all of the defendants. Further, having agreed to file a defence on behalf of all of the defendants, without any reference to or exception in favour of arbitration, there is no right of arbitration in London or of litigation in Japan left to reserve or to trigger either arbitration pursuant to the *Commercial Arbitration Code* or

demande de suspension, le juge a considéré que, par leur silence, ils avaient acquiescé à la compétence de la Cour. Ces facteurs suffisaient à démontrer que les défendeurs, ou leurs mandataires, avaient convenu d'accepter la compétence de la Cour et, partant, de modifier la clause d'arbitrage: voir la page 179.

[25] L'affaire *Maersk Inc. v. Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.), est également pertinente. Dans cette affaire, la demanderesse cherchait à faire respecter une clause reconnaissant le droit et la compétence de l'Angleterre afin d'obtenir la suspension de la demande reconventionnelle de la défenderesse. Le juge Rothstein a statué que puisque la demanderesse avait soumis l'affaire à la Cour fédérale sans que la défenderesse ne s'y oppose, il s'ensuivait une modification de la clause de compétence contenue dans le connaissance sur laquelle reposait la poursuite qu'elle avait intentée (voir la page 73). Les faits de l'affaire *Maersk* sont différents de ceux de l'espèce, qui se rapporte à une lettre d'engagement, mais le principe reste le même. Une entente contractuelle portant sur la compétence n'est pas immuable. Les parties à une clause d'arbitrage conventionnelle, comme les parties à une clause de compétence conventionnelle, peuvent modifier leur mécanisme de règlement des différends pour remplacer l'arbitrage par une poursuite judiciaire.

[26] En l'espèce, Methanex New Zealand Ltd. a respecté sa partie du contrat et n'a pas saisi le *Kinugawa* même si elle avait obtenu un mandat à cet effet. Par ailleurs, le libellé de la lettre d'engagement de la mutuelle de protection et d'indemnisation que Methanex a reçue va plus loin que celui de la lettre d'engagement dans l'affaire *The Elizabeth H.*, car l'engagement qui est pris consiste non seulement à accepter la signification, comme c'était le cas dans l'affaire *The Elizabeth H.*, mais aussi à déposer une défense au nom de tous les défendeurs. Il faut reconnaître que la lettre d'engagement réserve les droits et les moyens de défense du [TRADUCTION] «navire et [des] propriétaires», mais elle ne réserve pas expressément les droits et les moyens de défense de tous les défendeurs. De plus, les avocats ayant accepté de déposer une défense au nom de tous les défendeurs, sans faire mention d'un arbitrage ni prévoir une exception à cet égard, il

litigation under the jurisdiction clause in the bill of lading. For this reason also, a stay of the proceedings to arbitrate in London, is refused, for the letter of undertaking, a contract to abide by the jurisdiction of the Federal Court of Canada, now governs in place of the arbitration provision in the COA. The letter of undertaking is, in effect, a current agreement between Methanex New Zealand Ltd. and Tokyo Marine Co. Ltd. to litigate the cargo damage here in Canada.

Litigation in the Tokyo District Court

[27] Litigation in the Tokyo District Court is not an option for Tokyo Marine Co. Ltd., for only if they were demise charterers of the *Kinugawa*, of which there is no evidence, might they qualify as a carrier under the bill of lading and fall heir to the Tokyo District Court jurisdiction clause in the bill of lading. One also suspects that Tokyo Marine Co. Ltd. would not wish to litigate in Tokyo, for it would be an embarrassment to have to admit that after negotiating, apparently in good faith, the exhaustive COA, which clearly sets out London arbitration with an extensive procedural gloss, it intended hamstringing its substantial customer with the surprised thrust of a rather nasty jurisdiction clause hidden in a bill of lading not attached to the COA.

[28] Just as litigation in Tokyo is not an option open to Tokyo Marine Co. Ltd., London arbitration is not an option for Fontaine Navigation S.A. for while the COA, in the guise of a charter party, is incorporated into the bill of lading for the transportation of the methanol by Fontaine Navigation S.A., as the owner of the *Kinugawa*, the Tokyo jurisdiction clause in the bill of lading clearly overrides the arbitration provision in the COA by reason of the 5th printed clause on the

n'y a pas de droit d'arbitrage à Londres ou de poursuite au Japon qui puisse être réservé ou qui puisse déclencher un arbitrage en vertu du *Code d'arbitrage commercial* ou une poursuite en vertu de la clause de compétence contenue dans le connaissement. Pour cette raison également, je refuse de suspendre l'instance pour permettre un arbitrage à Londres, car la lettre d'engagement, par laquelle les défendeurs se sont engagées à reconnaître la compétence de la Cour fédérale du Canada, s'applique maintenant à la place de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat d'affrètement. Dans les faits, la lettre d'engagement est une nouvelle entente entre Methanex New Zealand Ltd. et Tokyo Marine Co. Ltd. de régler par voie de poursuite judiciaire ici au Canada la question des dommages-intérêts concernant la cargaison.

Poursuite devant la Cour de district de Tokyo

[27] Tokyo Marine Co. Ltd. ne peut pas saisir la Cour de district de Tokyo du différend car c'est uniquement si elle était un affrèteur en coque nue du *Kinugawa*, ce que rien ne permet d'établir, qu'elle pourrait être considérée comme un transporteur en vertu du connaissement et se prévaloir de la clause de compétence de la Cour de district de Tokyo prévue dans ce document. On peut également penser que Tokyo Marine Co. Ltd. ne voudrait pas plaider à Tokyo car il serait embarrassant d'avoir à reconnaître qu'après avoir négocié, vraisemblablement de bonne foi, un contrat d'affrètement exhaustif qui prévoit clairement le règlement des différends par voie d'arbitrage à Londres et toute la procédure connexe, elle avait l'intention de nuire à son principal client en le surprenant avec une clause de compétence plutôt contrariante dissimulée dans un connaissement qui n'a pas été joint au contrat d'affrètement.

[28] De même qu'une poursuite à Tokyo n'est pas possible pour Tokyo Marine Co. Ltd., de même un arbitrage à Londres est impossible pour Fontaine Navigation S.A., car bien que le contrat d'affrètement, sous l'apparence d'une charte-partie, soit incorporé dans le connaissement régissant le transport du méthanol par Fontaine Navigation S.A., en tant que propriétaire du *Kinugawa*, la clause de compétence de la Cour de district de Tokyo qui figure dans le connais-

face of the bill of lading. However, there are two lines of reasoning which both lead to the conclusion that Fontaine Navigation S.A. may not obtain a stay of the present proceedings in order to take advantage of litigation in Tokyo.

[29] The first line of reasoning is set out at length above: having agreed, in return for good and valuable consideration, to file a defence in this Federal Court action, Fontaine Navigation S.A. can scarcely renege on that bargain and insist on litigation in the Tokyo District Court.

[30] The second and more conventional analysis of a bill of lading jurisdiction clause begins with the presumption that an application for a stay of an action commenced in the Federal Court, contrary to a contractual agreement to submit disputes to the foreign court, must usually succeed for, as a general rule, contractual undertakings must be honoured: see for example *The Ship M/V Seapearl v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.), at pages 176-177. However, this rule is not an absolute rule as pointed out by Mr. Justice Brandon (as he then was) in *Eleftheria*, *The* [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), a decision which the Federal Court and the Federal Court of Appeal have either considered or quoted from in many instances, including in the *Seapearl* (*supra*). The much quoted passage from *The Eleftheria* is at page 242:

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

sement l'emporte clairement sur la clause d'arbitrage contenue dans le contrat d'affrètement en raison de la cinquième clause imprimée au recto du connaissement. Toutefois, il y a deux raisonnements qui amènent à conclure que Fontaine Navigation S.A. ne peut pas obtenir une suspension de la présente instance de manière à prendre avantage d'une poursuite à Tokyo.

[29] Le premier raisonnement vient d'être longuement exposé: puisqu'elle a convenu, moyennant une contrepartie valable, de déposer une défense dans le cadre de la présente action intentée devant la Cour fédérale, Fontaine Navigation S.A. peut difficilement renier son engagement et insister pour qu'il y ait une poursuite devant la Cour de district de Tokyo.

[30] L'autre analyse, plus conventionnelle, de la clause de compétence d'un connaissement commence par la présomption qu'une demande de suspension d'une instance introduite devant la Cour fédérale malgré une entente contractuelle portant renvoi des différends à un tribunal étranger doit habituellement être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements: voir par exemple *Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago, (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.), aux pages 176 et 177. Il ne s'agit toutefois pas d'une règle absolue, comme l'a fait remarquer le juge Brandon (tel était alors son titre) dans l'arrêt *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont examiné ou cité à maintes reprises, notamment dans l'arrêt *Seapearl* (précité). Le passage fréquemment cité de l'arrêt *The Eleftheria* se trouve à la page 242:

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

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.

[31] The effect of *The Eleftheria* and its open-ended list of considerations and the *Seapearl* may be summed up by saying it is not a matter of adding up points for and against a stay, but rather it involves the consideration of the existence of some other forum which is more appropriate and more convenient for the pursuit of the action and for securing proper justice; that a court ought to exercise its jurisdiction by granting a stay unless there are strong reasons to the contrary; and that while the onus is initially on the defendant to establish the jurisdiction clause and to show that there is a more appropriate or proper forum elsewhere, once that is accomplished the burden then shifts to the plaintiff to show that there are special circumstances and strong reasons, by virtue of which justice requires, that the trial should take place where the action has been commenced.¹

[32] The first question is whether the defendant, Fontaine Navigation S.A., as the Applicant, has gotten over the initial hurdle, that of establishing which forum selection clause applies. Counsel for the plaintiff doubts this burden has been met. He submits that in Canada Tokyo Marine would be a carrier as it negotiated the COA and in all manner of action held itself out to be the carrier. In the result, the bill of lading would be merely a receipt with the COA being

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

[31] On peut résumer l'effet de l'arrêt *The Eleftheria* et de sa liste non limitative de facteurs et l'effet de l'arrêt *Seapearl* en disant qu'il ne s'agit pas de faire le total des points pour et contre une suspension, mais plutôt de chercher à savoir s'il existe un autre tribunal plus pertinent ou approprié pour l'introduction de l'action et l'obtention d'une décision juste; qu'un tribunal devrait exercer le pouvoir dont il est investi d'accorder une suspension à moins qu'il n'existe des motifs impérieux de ne pas le faire; et qu'une fois que le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombe initialement de prouver l'existence de la clause de compétence et de montrer qu'il existe un tribunal plus pertinent ou approprié ailleurs, le fardeau de la preuve est déplacé et c'est au demandeur qu'il appartient de montrer qu'il existe des circonstances spéciales et des motifs impérieux qui font en sorte que, dans l'intérêt de la justice, le procès devrait avoir lieu là où l'action a été intentée¹.

[32] La première question est de savoir si la défenderesse Fontaine Navigation S.A., en tant que requérante, s'est déchargée du fardeau initial de prouver quelle clause de compétence s'applique. L'avocat de la demanderesse doute que la défenderesse se soit acquittée de ce fardeau. Il soutient qu'au Canada, Tokyo Marine serait un transporteur puisqu'elle a négocié le contrat d'affrètement et s'est par tous les moyens présentée comme le transporteur. En fin de

the contract of carriage, while in Japan a court would ignore the factual matrix in favour of a legal presumption created by the demise clause in the bill of lading. Leaving that aside the submission continues that in a Canadian court the Applicant must clearly show that it is the carrier and that the clause it relies on, a clause decisive of the obligations of the party in the dispute, is contained in the contract. From this it follows that the defendants, who have deliberately not chosen to provide any evidence of their relationship with each other and with the transportation, cannot satisfy the Court as to which contract is the operative one and thus the application must fail as it did in *Donohue Inc. et al. v. Ship Ocean Link et al.* (1995), 94 F.T.R. 69 (F.C.T.D.) and in *Pine Hill, The*, [1958] 2 Lloyd's Rep. 146 (Q.B.).

[33] Now the matter of jurisdiction is fairly complex in this instance and it is certainly arguable that there is no applicable forum selection clause. However I would not go so far: indeed, all the parties did make a selection as to forum, the Federal Court of Canada under the letter of undertaking and, in the case of Fontaine Navigation S.A., who is the owner of the *Kinugawa* and there being no evidence of Tokyo Marine Co. Ltd. as a demise charterer, the jurisdiction clause in the bill of lading may also be relevant.

[34] To begin, I will assume and I believe properly so, that Fontaine Navigation S.A. has established the jurisdiction clause in the bill of lading, albeit perhaps to the surprise of Methanex New Zealand Ltd., who might have thought the COA and London arbitration governed transportation of its methanol and any problems which might arise in the course of that transportation. Fontaine Navigation S.A. has also provided the affidavit evidence and the rebuttal affidavit evidence of one Makoto Hiretsuka, a marine lawyer with excellent credentials who practices in Tokyo and who assists Fontaine Navigation S.A. in establishing a *prima facie* case, that the District Court in Tokyo is an appropriate venue, although to be fair

compte, le connaissement serait un simple reçu et le contrat d'affrètement serait le contrat de transport, tandis qu'au Japon un tribunal ferait abstraction des faits et appliquerait la présomption légale créée par la clause d'affrètement coque nue qui figure dans le connaissement. L'avocat affirme ensuite que devant un tribunal canadien, un requérant doit clairement prouver qu'il est le transporteur et que la clause sur laquelle il s'appuie, qui est déterminante quant aux obligations de la partie au différend, se trouve dans le contrat. Il s'ensuit que les défendeurs, qui ont délibérément refusé de présenter des éléments de preuve sur les liens qui les unissent et sur leur rapport avec le transport, sont incapables de convaincre la Cour quant au contrat qui est en vigueur et, partant, leur demande doit être rejetée, comme ce fut le cas dans les affaires *Donohue Inc. et al. c. Navire Ocean Link et al.* (1995), 94 F.T.R. 69 (C.F. 1^{re} inst.) et *The Pine Hill*, [1958] 2 Lloyd's Rep. 146 (Q.B.).

[33] La question de la compétence est assez complexe dans le cas qui nous occupe, et on peut certainement soutenir qu'aucune clause de compétence n'est applicable. Je n'irais cependant pas aussi loin: à vrai dire, toutes les parties ont fait un choix quant au tribunal compétent, soit la Cour fédérale en vertu de la lettre d'engagement, et, dans le cas de Fontaine Navigation S.A., qui est le propriétaire du *Kinugawa*, puisque rien ne permet d'établir que Tokyo Marine Co. Ltd. est un affréteur coque nue, la clause de compétence contenue dans le connaissement peut également être pertinente.

[34] Pour commencer, je supposerai, à juste titre selon moi, que Fontaine Navigation S.A. a prouvé la clause de compétence contenue dans le connaissement, quoique peut-être à la surprise de Methanex New Zealand Ltd., qui aurait pu croire que le contrat d'affrètement et la clause d'arbitrage à Londres régissaient le transport du méthanol et les problèmes qui pourraient se poser pendant le transport. Fontaine Navigation S.A. a également produit l'affidavit et l'affidavit de réfutation souscrits par un avocat spécialisé en droit maritime qui possède d'excellentes références, M^c Makoto Hiretsuka, qui exerce le droit à Tokyo et aide Fontaine Navigation S.A. à établir l'existence d'une cause *prima facie*, savoir que la

Mr. Hiretsuka, in his affidavit material, to a great extent engages in dealing with assertions made by the plaintiff's expert, Mr. Ohki Hirata.

[35] Mr. Hirata is a partner with SAH & Co., formerly Shimada, Seno, Amitani and Hirata, of Tokyo, Japan. His practice is almost exclusively maritime. Having examined the bill of lading he concedes that the Japanese *Carriage of Goods by Sea Act* of 1992 enacting the Hague-Visby Rules [being Schedule I to the *Carriage of Goods by Water Act*, S.C. 1993, c. 21], would apply and that the shipowner, Fontaine Navigation S.A., rather than Tokyo Marine Co. Ltd., is the contracting carrier. Mr. Hirata is of the view that litigation in Tokyo would take three or more years from commencement to conclusion, for there is no concept of summary judgment, to expedite proceedings as there is in Canada.

[36] Mr. Hirata points to a particular difficulty, at least at the time at which he prepared his affidavit evidence, in the lack of compulsory pre-trial discovery. Under exceptional circumstances, an opposing party may be forced to give limited discovery of documents, but Mr. Hirata does not know of any instance in which such a discovery order has been obtained in respect of a cargo claim. Mr. Hirata points to the requirement that relevant documents be translated into Japanese, a substantial cost which is generally not recoverable, or certainly not recoverable in full.

[37] While interest is awarded by Japanese courts, it usually runs only from the time of filing the writ, which at best, in the present instance, would be well over two years after the plaintiff suffered the damage. There is no compound interest.

[38] Costs follow the event in Japanese litigation. However, there is no recovery of lawyers' fees from an unsuccessful party in Japan: this is not a point of major strength, but it has a cumulative effect on the outcome of this motion.

Cour de district de Tokyo est un tribunal approprié, bien que, pour être juste, il faille dire que M^c Hiretsuka s'emploie dans une large mesure, dans son affidavit, à répondre aux affirmations faites par l'expert de la demanderesse, M^c Ohki Hirata.

[35] M^c Hirata est un associé au sein du bureau SAH & Co., auparavant Shimada, Seno, Amitani et Hirata, de Tokyo, au Japon. Il s'occupe presque exclusivement de droit maritime. Ayant examiné le connaissance, il admet que *Carriage of Goods by Sea Act* du Japon de 1992, qui édicte les Règles de La Haye Visby [qui constituent l'annexe I à la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.C. 1993, ch. 21], s'appliquerait et que c'est le propriétaire du navire, Fontaine Navigation S.A., et non Tokyo Marine Co. Ltd., qui est le transporteur contractant. M^c Hirata est d'avis qu'une poursuite à Tokyo durerait au moins trois ans, car le Japon n'a pas de procédure sommaire semblable à celle que l'on connaît au Canada pour accélérer le traitement d'une instance.

[36] M^c Hirata attire l'attention sur une difficulté particulière, du moins au moment où il a préparé son affidavit, soit l'absence d'interrogatoire préalable obligatoire. Dans des circonstances exceptionnelles, une partie adverse peut être contrainte de communiquer certains documents, mais M^c Hirata ne connaît pas d'exemple où pareille ordonnance de communication a été rendue en ce qui concerne une réclamation relative à une cargaison. M^c Hirata attire l'attention sur le fait que les documents pertinents doivent être traduits en japonais, ce qui suppose des frais considérables qui ne sont généralement pas recouvrables, du moins pas totalement.

[37] Les tribunaux japonais accordent des intérêts, mais ceux-ci ne commencent habituellement à courir qu'au moment du dépôt du bref, ce qui veut dire, au mieux, en l'espèce, plus de deux ans après la contamination de la cargaison de la demanderesse. Il n'y a pas d'intérêt composé.

[38] Au Japon, les dépens suivent l'issue de la cause. Toutefois, la partie déboutée, au Japon, ne peut pas être condamnée aux paiements d'honoraires d'avocats; ce facteur n'a pas beaucoup d'importance, mais il s'ajoute à tous les autres facteurs qui influent sur l'issue de la présente requête.

[39] Mr. Hiretsuka responds to this material saying that in 1998 there will be a new court regime which will expedite proceedings; that if defendants do not adopt delaying tactics the court may render judgment within two years; that there is some production of documents, although the party requiring production must show the judge that the opposing party should possess certain documents and that they are important to the case; and that "the judge usually will suggest that the opposing party produce such documents" (there appears to be no real sanction other than that the judge might form an unfavourable conclusion).

[40] Mr. Hiretsuka suggests most claims of the present sort settle in Japan. But this is so universally. One might also observe that the discovery requirements in Canada, as opposed to those in Japan, probably makes the settlement of such claims in Canada even more likely.

[41] Mr. Hirata then responded to Mr. Hiretsuka: Mr. Hirata generally stands by his guns and makes a fairly convincing argument of it. Finally, we have another affidavit from Mr. Hiretsuka, which does not particularly advance matters. Fortunately the question of jurisdiction is not merely a matter of adding up the points, for and against, made by experts in the law of the jurisdiction in question: rather I may consider all of the circumstances in this particular case, as was done in the *Eleftheria*.

[42] I now turn to other factors which indicate that the Tokyo District Court is not a suitable and proper forum for the present action, as compared with the Federal Court. These factors constitute strong reasons to overcome the contractual jurisdiction clause in the bill of lading.

[43] To begin, the evidence of cargo condition on shipment and much of the evidence of its contaminated condition and the reason for the contamination, will come from witnesses in British Columbia and in

[39] M^e Hiretsuka répond à ces affirmations en déclarant qu'un nouveau régime judiciaire qui accélérera le traitement des instances sera mis en place en 1998; que si les défendeurs évitent les tactiques dilatoires, le tribunal peut rendre sa décision dans un délai de deux ans; qu'il y a production de documents, bien que la partie qui la demande doive prouver au juge que la partie adverse possède certains documents qui sont importants pour l'affaire; et que [TRADUCTION] «le juge invitera habituellement la partie adverse à produire ces documents» (il ne semble pas y avoir de sanction véritable à part le fait que le juge pourrait tirer une conclusion défavorable).

[40] M^e Hiretsuka affirme que la plupart des réclamations semblables à celle dont la Cour est saisie sont réglées au Japon. Mais il en va ainsi dans le monde entier. On pourrait également faire observer que les exigences en matière d'interrogatoire préalable au Canada, par opposition à celles du Japon, rendent sans doute le règlement de ces réclamations au Canada encore plus probable.

[41] M^e Hirata a ensuite répliqué à M^e Hiretsuka. D'une manière générale, M^e Hirata n'a pas démordu de son avis et en a tiré un argument assez convaincant. Enfin, la Cour a été saisie d'un autre affidavit de M^e Hiretsuka qui n'a pas vraiment fait avancer les choses. Heureusement, pour trancher la question de la compétence, il ne s'agit pas simplement de faire le total des points, pour et contre, marqués par des spécialistes du droit du pays en question: au contraire, je peux tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, comme on l'a fait dans l'arrêt *The Eleftheria*.

[42] J'en viens maintenant à d'autres facteurs qui indiquent que la Cour de district de Tokyo n'est pas un tribunal pertinent ou approprié pour connaître de la présente action, par opposition à la Cour fédérale. Ces facteurs constituent des motifs impérieux de passer outre à la clause de compétence contenue dans le connaissance.

[43] Tout d'abord, les témoignages sur l'état de la cargaison au moment de son expédition et la plupart des témoignages sur sa contamination et sur les causes de cette contamination seront fournis par des témoins

Texas and through documents prepared in English. Were this evidence given in a Japanese court the additional expenditure of time and money would be substantial. The defendants' material on this point, given the lead time on the motion, is rather weak: it is to the effect that "it would appear" the witnesses involved in testing the contaminated cargo in Korea "would be" residents of Japan and "presumably, would prefer to give evidence in the Japanese language" (paragraph 5 of Mr. Swanson's affidavit of 7 February 1996). Further, in the same vein, inspection, maintenance and vessel classification records are not kept, but "would be kept" in Tokyo. At best this indicates that there might be some witnesses and some documents in Japan. However, there is no certainty that witnesses from the ship would have to be brought from Japan, anymore than from wherever their current ships might happen to be. It is likely that witnesses could be at sea, or in New Zealand, the United States, Japan, Korea, Panama and Canada, but it is fair to say that the largest number of witnesses with relevant information are likely in North America. Here I would note this is a factor in testing for an appropriate jurisdiction, but perhaps not an overly important factor given today's ease of moving witnesses about, albeit at a cost. I now turn generally to procedural advantage: procedural advantages accruing to a defendant, in an offshore jurisdiction, can be a strong reason to deny a stay.

[44] Often delay, in itself, is an indication that a defendant seeks a procedural advantage when a stay is eventually sought. Here the action has begun and the statement of claim served in December of 1995. The defendants filed their motion for a stay in February of 1996. There were many adjournments on consent, some at the request of the plaintiff, before the motion

de la Colombie-Britannique et du Texas et au moyen de documents rédigés en anglais. Si ces témoignages devaient être présentés devant un tribunal japonais, le temps et les sommes d'argent supplémentaires qu'il faudrait y consacrer seraient considérables. La preuve des défenderesses sur ce point, vu le délai qui s'est écoulé avant le dépôt de la présente requête, est plutôt faible: selon cette preuve, [TRADUCTION] «il semblerait» que les témoins qui ont vérifié la cargaison contaminée en Corée [TRADUCTION] «seraient» des résidents du Japon et [TRADUCTION] «préféreraient probablement témoigner en japonais» (paragraphe 5 de l'affidavit en date du 7 février 1996 de M. Swanson). De plus, dans le même esprit, les registres d'inspection, de maintenance et de classification du navire ne sont pas conservés, mais [TRADUCTION] «seraient conservés» à Tokyo. Au mieux, cela révèle que certains témoins et certains documents pourraient se trouver au Japon. Toutefois, rien ne permet d'affirmer avec certitude que les témoins qui se trouvaient à bord du navire devraient être amenés du Japon, pas plus que de n'importe quel autre endroit où leurs navires d'affectation pourraient se trouver. Il est probable que des témoins soient en mer ou se trouvent en Nouvelle-Zélande, aux États-Unis, au Japon, en Corée, à Panama et au Canada, mais il est juste de dire que la plupart des témoins possédant des renseignements pertinents sont probablement en Amérique du Nord. Je tiens à faire remarquer dans les présents motifs qu'il s'agit d'un facteur qui entre en ligne de compte pour trouver un tribunal approprié, mais ce n'est peut-être pas un facteur excessivement important vu la facilité avec laquelle on peut, de nos jours, faire venir des témoins, bien qu'il faille y mettre le prix. J'en viens maintenant à la question générale de l'avantage d'ordre procédural: le fait qu'un défendeur puisse être avantage sur le plan de la procédure, devant un tribunal étranger, peut être un motif impérieux de refuser une suspension.

[44] Souvent, un retard en soi est une indication qu'un défendeur cherche à prendre avantage de la procédure lorsqu'il demande finalement une suspension. En l'espèce, l'action a été introduite et la déclaration a été signifiée en décembre 1995. Les défenderesses ont déposé leur requête en suspension en février 1996. Il y a eu de nombreux ajournements avec le

was eventually heard in October 1997. In the present instance I do not read too much into this delay, however there are a number of clear advantages which would accrue to the defendant, Fontaine Navigation S.A., if it were to obtain a stay in order to litigate before the Tokyo District Court.

[45] A portion of the forum selection clause itself seeks to bestow an advantage. It both reduces the plaintiff's remedies and lessens the liability of the defendant carrier or ship before the Tokyo District Court. This clause and its penal provision would in Canada, in all likelihood, be void as contrary to Article 3, paragraph 8 of both the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, August 25, 1924] and the Hague-Visby Rules, by reason of relieving the carrier from liability. As the clause reads, the plaintiff, even as a successful plaintiff before the Tokyo District Court, would have to pay to the defendant, as the price of commencing this action in the Federal Court and obtaining security for the claim, the full amount of any eventual judgment, together with interest at 15%. This would not only relieve the carrier of liability, but given current interest rates, would give the carrier a profit. Even the possibility of this clause being considered by the Tokyo District Court is a very substantial reason to deny a stay.

[46] The same line of reasoning and conclusion applies to the 5,000,000 yen penalty the jurisdiction clause would invoke when a proceeding is commenced, as it is here, in any jurisdiction other than that of the Tokyo District Court.

[47] Both of the Japanese lawyers who gave affidavit evidence on the pros and cons of the Tokyo District Court as a venue in which to litigate were in

consentement des parties, certains à la demande de la demanderesse, avant que la requête ne soit finalement entendue en octobre 1997. En l'espèce, je n'attache pas trop d'importance à ce retard; toutefois, la défenderesse Fontaine Navigation S.A. serait nettement avantagée de plusieurs façons si elle obtenait une suspension afin de plaider devant la Cour de district de Tokyo.

[45] Une partie de la clause de compétence elle-même cherche à conférer un avantage. Elle diminue tant les mesures de réparation que peut obtenir la demanderesse que la responsabilité du transporteur ou du navire défendeur devant la Cour de district de Tokyo. Au Canada, cette clause et sa clause pénale seraient selon toute vraisemblance frappées de nullité en raison de leur incompatibilité avec le paragraphe 8 de l'article 3 des Règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924] et des Règles de La Haye-Visby vu qu'elles exonèrent le transporteur de sa responsabilité. Aux termes de cette clause, même si la demanderesse avait gain de cause devant la Cour de district de Tokyo, elle serait tenue de payer à la défenderesse, parce qu'elle a introduit la présente instance devant la Cour fédérale et obtenu une garantie pour la réclamation, le montant intégral d'un jugement éventuel, majoré d'un intérêt de 15 p. 100. Le transporteur serait non seulement exonéré de sa responsabilité, mais, vu les taux d'intérêt en vigueur, il pourrait réaliser un bénéfice. Même la possibilité que cette clause soit prise en considération par la Cour de district de Tokyo est une raison très importante de refuser d'accorder une suspension.

[46] Le même raisonnement et la même conclusion s'appliquent à la pénalité de cinq millions de yen que la clause de compétence entraînerait lorsqu'une instance est introduite, comme c'est le cas en l'espèce, devant un tribunal autre que la Cour de district de Tokyo.

[47] Les deux avocats japonais qui ont présenté une preuve par affidavit sur les avantages et les inconvénients du choix de la Cour de district de Tokyo

agreement that, as a matter of Japanese law, if there is a demise clause or identity of carrier clause, the shipowner is deemed to be the carrier. This is an advantage to the defendant in favour of litigation in Japan, for the Federal Court of Appeal has on two recent occasions pointed out that the issue of who is the carrier is a question of fact: *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.) and *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc.*, [1990] 1 F.C. 483 (C.A.), hereinafter *Newfoundland Coast*. In the *Newfoundland Coast*, the claim involved the loss overboard of three twenty-foot containers of beer somewhere between St. John's and Happy Valley, Labrador. At issue was a demise clause and whether CN Marine Inc., as time charterer, or the actual owner of the *Newfoundland Coast*, was the carrier. Mr. Justice Stone, in writing the reasons for the Court, points out that current judicial thinking favoured the validity of a demise clause, but that it is unwise to lay down hard and fast rules of general application, for just who is the carrier depended upon the circumstances and the terms of the documentation. Indeed, in some instances, charterers, by both word and deed, may undertake to act as a carrier and thus bind themselves, as principle, under the contract of carriage with the shipper. That was the situation in the *Newfoundland Coast*, where the charterer, CN Marine, bound itself to act as carrier. However, both the Trial Judge [[1987] 2 F.C. 107] and the Court of Appeal went further and held the demise clause null, void and of no effect under Article 3, paragraph 8 of the Hague Rules in that it purported to relieve the time charterer of any duty to properly and carefully stow the goods. Counsel for the plaintiff sums this up by pointing out that under Japanese law the carrier is apparently the shipowner alone, while under Canadian law either the ship owner or the charterer, or even both, may be the carrier. As a result, reference to the Court in Japan would be a lessening of liability to the ship owner and thus become a distinct advantage to the defendant.

comme tribunal étaient d'accord pour dire que, selon le droit japonais, s'il existe une clause d'affrètement coque nue ou d'identité du transporteur, le propriétaire du navire est réputé être le transporteur. C'est un avantage pour la défenderesse en faveur d'une poursuite au Japon, car la Cour d'appel fédérale a, à deux reprises, déclaré que la question de savoir qui est le transporteur est une question de fait: *Cormorant Bulk-Carriers Inc. c. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.) et *Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc.*, [1990] 1 C.F. 483 (C.A.), ci-après appelée *Newfoundland Coast*. Dans l'affaire *Newfoundland Coast*, la réclamation se rapportait à la perte en mer de caisses de bière chargées dans trois conteneurs de vingt pieds quelque part entre St. John's et Happy Valley au Labrador. Le litige portait sur une clause d'affrètement coque nue et il s'agissait de savoir si le transporteur était CN Marine Inc., en tant qu'affrètement à temps, ou le propriétaire véritable du *Newfoundland Coast*. Le juge Stone, qui a rédigé les motifs de la Cour, a fait remarquer que la jurisprudence a jusqu'à maintenant eu tendance à favoriser la validité d'une clause d'affrètement coque nue, mais qu'il est inapproprié d'énoncer des règles fermes et rigides d'application générale car l'identité du transporteur dépendait des circonstances et du libellé des documents. De fait, dans certains cas, un affrètement peut, en parole et en fait, s'engager à agir comme transporteur et, partant, s'engager comme mandant en vertu du contrat de transport avec l'expéditeur. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Newfoundland Coast* où l'affrètement, C.N. Marine, s'était engagé à agir comme transporteur. Toutefois, le juge de première instance [[1987] 2 C.F. 107] et la Cour d'appel sont allés plus loin et ont statué que la clause d'affrètement coque nue était nulle, non avenue et sans effet parce qu'elle contrevenait au paragraphe 8 de l'article 3 des Règles de La Haye étant donné qu'elle visait à exonérer l'affrètement à temps de l'obligation de procéder de façon appropriée et soigneuse à l'arrimage des marchandises. L'avocat de la demanderesse a résumé la situation en faisant remarquer qu'en vertu du droit japonais, seul le propriétaire du navire serait le transporteur, tandis qu'en vertu du droit canadien, le transporteur peut être le propriétaire du navire ou l'affrètement, ou les deux. En conséquence, le renvoi du différend à la Cour de

[48] Duplicitous proceedings, which would be the result of a stay in the present matter, are always strong grounds for refusing a stay: see for example *Donohue Inc. et al. v. Ship Ocean Link et al.* (*supra*) and *Pine Hill* (*supra*). In the former, Mr. Justice Wetston dismissed a motion for a stay in part because of duplicity of litigation and thus the substantial risk of conflicting judgments leading to prejudice. In the latter, *The Pine Hill*, Mr. Justice McNair noted that duplicate proceedings might not only result in inconsistent findings of fact by two different tribunals, but also would waste of time and money (at page 151). These concerns are very real when applied to the present situation, for I have found that Tokyo Marine Co. Ltd. is not entitled to a stay in order to arbitrate in London, but must litigate in Canada: it is clearly much more appropriate to deny a stay to Fontaine Navigation S.A. than to allow it to run a duplicate set of proceedings in Japan.

[49] In order to obtain a stay there must be a *bona fide* reason and desire to litigate in another jurisdiction, going beyond merely gaining some procedural or substantive advantage. It is usual, in such an instance, for a defendant to show its *bona fides* by making the necessary concessions which would allow procedure in another jurisdiction with a minimum of prejudice to the plaintiff. Here I have in mind two usual considerations: those of security for a claim when security has already been posted in one jurisdiction but is not likely to be obtained in the offshore jurisdiction; and, a waiver of any applicable limitation provisions. A transfer of the use of security and a waiver of any limitation-bar, were both, by way of example, offered in *Caribbean Ispat Ltd. et al. v. Companhia De Navegacao Lloyd Brasileiro et al.* (1992), 59 F.T.R. 207 (F.C.T.D.). In the present instance, the letter of undertaking, to the extent that it deals with payment of

district de Tokyo entraînerait une atténuation de la responsabilité du propriétaire du navire, ce qui avantage donc clairement la défenderesse.

[48] Le redoublement de l'instance qu'entraînerait l'octroi d'une suspension en l'espèce est toujours un motif impérieux de refuser une suspension: voir par exemple les affaires *Donohue Inc. et al. c. Navire Ocean Link et al.* (précitée) et *The Pine Hill* (précitée). Dans l'affaire *Donohue*, le juge Wetston a rejeté une requête en suspension notamment à cause du redoublement de l'instance et, partant, du risque non négligeable que le prononcé de jugements contradictoires ne cause un préjudice. Dans l'affaire *The Pine Hill*, le juge McNair a fait remarquer que le redoublement d'une instance pourrait non seulement déboucher sur des conclusions de fait incompatibles, mais aussi se solder par une perte de temps et d'argent (à la page 151). Ces préoccupations sont très réelles lorsqu'on les applique à la situation actuelle, car je suis arrivé à la conclusion que Tokyo Marine Co. Ltd. n'a pas droit à une suspension en vue d'un arbitrage à Londres, mais doit contester l'action au Canada: de toute évidence, il est beaucoup plus approprié de refuser une suspension à Fontaine Navigation S.A. que de l'autoriser à introduire une deuxième instance au Japon.

[49] La partie qui demande une suspension ne doit pas simplement vouloir obtenir un avantage d'ordre matériel ou procédural, mais être de bonne foi quant à ses raisons et son intention de saisir un autre tribunal du litige. Dans un cas pareil, un défendeur prouve habituellement sa bonne foi en faisant les concessions nécessaires pour que la procédure devant un autre tribunal soit le moins préjudiciable possible au demandeur. Je songe en l'espèce à deux facteurs usuels: celui de la garantie pour une réclamation lorsque la garantie a déjà été fournie devant un tribunal mais a peu de chances d'être obtenue devant le tribunal étranger et celui de la renonciation aux dispositions applicables en matière de prescription. Un transfert de l'utilisation de la garantie et une renonciation au droit d'invoquer la prescription ont été fournis à titre d'exemples dans l'affaire *Caribbean Ispat Ltd. et al. c. Companhia De Navegacao Lloyd Brasileiro et al.*

judgments or appeals there from, is limited to payment of a judgment of the Federal Court of Canada. This is a strong reason to deny a stay.

[50] Perhaps more important, the defendants, who had nearly two years to think about their motion for a stay and who knew that time for suit had run out many months before speaking to their motion for a stay, did not think to give instructions to waive any time for suit so that the plaintiff might be able to commence a new proceeding in Japan. This, again, is a strong reason to deny a stay.

CONCLUSION

[51] As a basic starting point I must give full weight to the *prima facie* case for a stay which arises from contractual provisions, the present arbitration clause in the COA and the jurisdiction clause in the bill of lading, for it is mandatory in the case of a valid and subsisting arbitration clause and it is very desirable, in the absence of a clearly more appropriate forum as an alternative to that suggested in the bill of lading, to hold the parties to their bargains. As Mr. Justice Brandon pointed out in *The Eleftheria* (*supra*), a “Court must be careful not just to pay lip service to the principle involved, and then fail to give effect to it because of a mere balance of convenience” (page 245).

[52] In the case of the arbitration provision in the COA between Methanex New Zealand Ltd. and Tokyo Marine Co. Ltd., and also, in the case of the jurisdiction clause in the bill of lading between Fontaine Navigation S.A. and Methanex New Zealand Ltd., the provisions of the letter of undertaking show that in return for release of the *Kinugawa*, the defendants undertook to file a defence in the present action. This clearly abrogates both the contractual arbitration

(1992), 59 F.T.R. 207 (C.F. 1^{re} inst.). En l’espèce, la lettre d’engagement, dans la mesure où elle se rapporte à l’exécution de jugements ou d’appels de ces jugements, se limite au paiement d’un jugement rendu par la Cour fédérale du Canada. Voilà un motif impérieux de refuser une suspension.

[50] Fait peut-être plus important, les défenderesses, qui ont eu près de deux ans pour penser à leur requête en suspension et qui savaient que le délai pour intenter une poursuite était expiré depuis plusieurs mois avant de soutenir leur requête en suspension, n’ont pas pensé à donner des instructions pour renoncer au délai d’introduction d’une instance de manière à permettre à la demanderesse d’intenter une nouvelle poursuite au Japon. Voilà un autre motif impérieux de refuser une suspension.

CONCLUSION

[51] En premier lieu, je dois accorder tout le poids nécessaire à l’existence *prima facie* d’une cause de suspension fondée sur les clauses contractuelles, la clause d’arbitrage contenue dans le contrat d’affrètement et la clause de compétence contenue dans le connaissement, car il est impératif de le faire dans le cas d’une clause d’arbitrage valable et en vigueur, et il est très souhaitable, en l’absence d’un tribunal nettement plus approprié en remplacement de celui qui est proposé dans le connaissement, que les parties respectent leurs engagements. Comme le juge Brandon l’a fait remarquer dans l’affaire *The Eleftheria* (précitée), un [TRADUCTION] «[tribunal] doit éviter de reconnaître le principe en cause tout juste pour la forme pour ensuite ne pas y donner effet en raison d’une simple prépondérance des inconvénients» (à la page 245).

[52] En ce qui concerne la clause d’arbitrage contenue dans le contrat d’affrètement entre Methanex New Zealand Ltd. et Tokyo Marine Co. Ltd., de même que la clause de compétence contenue dans le connaissement qui lie Fontaine Navigation S.A. et Methanex New Zealand Ltd., les stipulations de la lettre d’engagement montrent qu’en contrepartie de la libération du *Kinugawa*, les défendeurs s’engageaient à produire une défense en l’espèce. De toute évidence, cet engage-

provision and the bill of lading jurisdiction clause.

[53] The letter of undertaking by itself satisfies the test that there must be strong reasons to depart from the *prima facie* rule, that jurisdiction clauses must, as contractual undertakings, be honoured. This test was forcefully put by Mr. Justice Pratte J.A. in *Seapearl* (*supra*), who allowed the appeal from the decision of the Trial Judge to grant a stay on a mere balance of convenience. Mr. Justice Pratte pointed out that “As a rule, it is certainly in the interest of justice that contractual undertakings be honoured” (at page 176). He then went on to elaborate [at pages 176-177]:

Prima facie, an application to stay proceedings commenced in the Federal Court in defiance of an undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court must succeed because, as a rule, contractual undertakings must be honoured. In order to depart from that *prima facie* rule, “strong reasons” are needed, that is to say reasons that are sufficient to support the conclusion that it would not be reasonable or just, in the circumstances, to keep the plaintiff to his promise and enforce the contract he made with the defendant.

In the present instance the plaintiff has clearly met the test in several ways.

[54] In addition to the letter of undertaking being an appropriate reason to deny a stay, there are also substantial factors, and indeed strong reasons, to deny the Tokyo District Court as a venue for litigation between Methanex New Zealand Ltd. and Fontaine Navigation S.A. The cumulate effect of these factors and reasons is to clearly establish strong reasons to deny the stay, for it would be neither proper, reasonable, nor just to hold Methanex New Zealand Ltd. to the contractual provision set out in the bill of lading.

[55] The Federal Court is the appropriate venue for this litigation. The motion for the stays is denied. However, I would add that while there has been a

ment annule la clause d'arbitrage prévue dans le contrat d'affrètement et la clause de compétence contenue dans le connaissement.

[53] La lettre d'engagement en elle-même satisfait au critère voulant qu'il faille des motifs impérieux pour écarter la règle de la cause *prima facie*, savoir que les clauses de compétence doivent, en tant qu'engagements contractuels, être respectées. Le juge Pratte, J.C.A. a énoncé ce critère avec vigueur dans l'arrêt *Seapearl* (précité). Celui-ci a accueilli l'appel interjeté contre la décision du juge de première instance d'accorder une suspension en se fondant sur la simple prépondérance des inconvénients. Le juge Pratte a fait remarquer qu'«[e]n règle générale, il est certainement dans l'intérêt de la justice que les engagements conventionnels soient honorés» (à la page 176). Il a ensuite précisé [aux pages 176 et 177]:

À priori, une requête en sursis d'instance engagée en Cour fédérale, contrairement à l'engagement de soumettre le litige à l'arbitrage ou à une juridiction étrangère, devrait être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements. Pour écarter cette règle, il faut [TRADUCTION] «des motifs impérieux», c'est-à-dire des motifs permettant de conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste, dans le cas d'espèce, de forcer la demanderesse à respecter sa promesse et de donner effet au contrat conclu avec la défenderesse.

En l'espèce, la demanderesse a de toute évidence satisfait au critère de plusieurs façons.

[54] Outre le fait que la lettre d'engagement est un motif approprié de refuser une suspension, il existe également des facteurs importants, voire des motifs impérieux, qui font en sorte que la Cour de district de Tokyo ne saurait être saisie du litige entre Methanex New Zealand Ltd. et Fontaine Navigation S.A. Pris conjointement, ces facteurs et ces motifs ont clairement pour effet d'établir l'existence de motifs impérieux de refuser la suspension, car il ne serait ni juste ni raisonnable d'obliger Methanex New Zealand Ltd. à respecter la clause contractuelle prévue dans le connaissement.

[55] La Cour fédérale est le tribunal approprié en l'espèce. La requête en vue d'obtenir les deux suspensions est rejetée. Je tiens toutefois à ajouter que, bien

winner and a loser on the motion, argument by both counsel was well done.

¹ As to this shifting burden of proof see *The Spiliada*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.) at p. 10; *The Nile Rhapsody*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.) at p. 409 and *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. The Erato*, [1996] 1 F.C. 404 (T.D.), at pp. 411-412.

qu'il y ait un gagnant et un perdant, les deux avocats ont très bien plaidé.

¹ Pour ce qui est du déplacement du fardeau de preuve, voir *The Spiliada*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), à la p. 10; *The Nile Rhapsody*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.), à la p. 409 et *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Le Erato*, [1996] 1 C.F. 404 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 411 et 412.