

**Club Resorts Ltd.** *Appellant*

v.

**Morgan Van Breda, Viktor Berg, Joan Van Breda, Tony Van Breda, Adam Van Breda and Tonnille Van Breda** *Respondents*

and

**Tourism Industry Association of Ontario, Amnesty International, Canadian Centre for International Justice, Canadian Lawyers for International Human Rights and Ontario Trial Lawyers Association** *Intervenors*

- and -

**Club Resorts Ltd.** *Appellant*

v.

**Anna Charron, Estate Trustee of the Estate of Claude Charron, deceased, the said Anna Charron, personally, Jennifer Candace Charron, Stephanie Michelle Charron, Christopher Michael Charron, Bel Air Travel Group Ltd. and Hola Sun Holidays Limited** *Respondents*

and

**Tourism Industry Association of Ontario, Amnesty International, Canadian Centre for International Justice, Canadian Lawyers for International Human Rights and Ontario Trial Lawyers Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: CLUB RESORTS LTD. v. VAN BREDA**  
**2012 SCC 17**

File Nos.: 33692, 33606.

2011: March 21; 2012: April 18.

**Club Resorts Ltd.** *Appelante*

c.

**Morgan Van Breda, Viktor Berg, Joan Van Breda, Tony Van Breda, Adam Van Breda et Tonnille Van Breda** *Intimés*

et

**Tourism Industry Association of Ontario, Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale, Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde et Ontario Trial Lawyers Association** *Intervenants*

- et -

**Club Resorts Ltd.** *Appelante*

c.

**Anna Charron, fiduciaire de la succession de Claude Charron, décédé, la dite Anna Charron, personnellement, Jennifer Candace Charron, Stephanie Michelle Charron, Christopher Michael Charron, Bel Air Travel Group Ltd. et Hola Sun Holidays Limited** *Intimés*

et

**Tourism Industry Association of Ontario, Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale, Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde et Ontario Trial Lawyers Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CLUB RESORTS LTD. c. VAN BREDA**  
**2012 CSC 17**

N<sup>os</sup> du greffe : 33692, 33606.

2011 : 21 mars; 2012 : 18 avril.

Present: McLachlin C.J. and Binnie,\* LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron,\* Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Respondents injured while vacationing in Cuba — Actions for damages brought in Ontario — Defendants bringing motion to stay actions on grounds that Ontario court lacks jurisdiction, or alternatively, should decline to exercise jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether Ontario court can assume jurisdiction over actions — If so, whether Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for hearing of actions.*

In separate cases, two individuals were injured while on vacation outside of Canada. Morgan Van Breda suffered catastrophic injuries on a beach in Cuba. Claude Charron died while scuba diving, also in Cuba. Actions were brought in Ontario against a number of parties, including the appellant, Club Resorts Ltd., a company incorporated in the Cayman Islands that managed the two hotels where the accidents occurred. Club Resorts sought to block those proceedings, arguing that the Ontario courts lacked jurisdiction and, in the alternative, that a Cuban court would be a more appropriate forum on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. In both cases, the motion judges found that the Ontario courts had jurisdiction with respect to the actions against Club Resorts. In considering *forum non conveniens*, it was also held that the Ontario court was clearly a more appropriate forum. The two cases were heard together in the Court of Appeal. The appeals were both dismissed.

*Held:* The appeals should be dismissed.

This case concerns the elaboration of the “real and substantial connection” test as an appropriate common law conflicts rule for the assumption of jurisdiction. In determining whether a court can assume jurisdiction over a certain claim, the preferred approach in Canada has been to rely on a set of specific factors which are

\* Binnie and Charron JJ. took no part in the judgment.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie\*, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron\*, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit international privé — Choix du tribunal — Juridiction compétente — Forum non conveniens — Préjudice subi par les intimés à l'occasion de vacances à Cuba — Actions en dommages-intérêts intentées en Ontario — Demande de suspension de l'instance par les défendeurs au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, qu'il devrait décliner compétence pour cause de forum non conveniens — Le tribunal ontarien peut-il se déclarer compétent à l'égard des actions? — Dans l'affirmative, le tribunal ontarien devrait-il refuser d'exercer sa compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour instruire les actions?*

Dans des affaires distinctes, deux personnes ont subi un préjudice pendant leurs vacances à l'extérieur du Canada. Morgan Van Breda a été très grièvement blessée sur une plage de Cuba. À Cuba également, Claude Charron est mort au cours d'une plongée autonome. Des poursuites ont été intentées en Ontario contre plusieurs défendeurs, notamment l'appelante Club Resorts Ltd., une société constituée aux îles Caïmans qui gérait les deux hôtels où sont survenus les accidents. Club Resorts a cherché à mettre un terme à ces poursuites, en invoquant d'abord le défaut de compétence des tribunaux ontariens, puis en affirmant à titre subsidiaire qu'il serait plus approprié, suivant la doctrine du *forum non conveniens*, que ces litiges soient instruits à Cuba. Dans les deux affaires, les juges saisis de la motion ont conclu que les tribunaux ontariens avaient compétence à l'égard des actions intentées contre Club Resorts. Dans l'analyse du *forum non conveniens*, il a également été décidé qu'il était nettement plus approprié que le litige soit instruit en Ontario. Les deux affaires ont été entendues ensemble en Cour d'appel. Les deux appels ont été rejetés.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

En l'espèce, il s'agit d'élaborer le critère du « lien réel et substantiel » en tant que règle de droit international privé qu'un tribunal peut appliquer en common law pour déterminer s'il peut se déclarer compétent. Lorsqu'ils se prononcent sur leur compétence, les tribunaux canadiens préfèrent, à un régime où chaque

\* Les juges Binnie et Charron n'ont pas participé au jugement.

given presumptive effect, as opposed to a regime based on an exercise of almost pure and individualized judicial discretion. Given the nature of the relationships governed by private international law, the framework for the assumption of jurisdiction cannot be an unstable, *ad hoc* system made up on the fly on a case-by-case basis — however laudable the objective of individual fairness may be. There must be order in the system, and it must permit the development of a just and fair approach to resolving conflicts. Justice and fairness are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law. But they cannot be attained without a system of principles and rules that ensure security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court. The identification of a set of relevant presumptive connecting factors and the determination of their legal nature and effect will bring greater clarity and predictability to the analysis of the problems of assumption of jurisdiction, while at the same time ensuring consistency with the objectives of fairness and efficiency that underlie this branch of the law. From this perspective, a clear distinction must be maintained between, on the one hand, the factors or factual situations that link the subject matter of the litigation and the defendant to the forum and, on the other hand, the principles and analytical tools, such as the values of fairness and efficiency or the principle of comity.

To meet the common law real and substantial connection test, the party arguing that the court should assume jurisdiction has the burden of identifying a presumptive connecting factor that links the subject matter of the litigation to the forum. Jurisdiction must be established primarily on the basis of objective factors that connect the legal situation or the subject matter of the litigation with the forum. Abstract concerns for order, efficiency or fairness in the system are no substitute for connecting factors that give rise to a “real and substantial” connection for the purposes of the law of conflicts. In a case concerning a tort, the following factors are presumptive connecting factors that, *prima facie*, entitle a court to assume jurisdiction over a dispute:

- (a) the defendant is domiciled or resident in the province;
- (b) the defendant carries on business in the province;
- (c) the tort was committed in the province; and
- (d) a contract connected with the dispute was made in the province.

juge exercerait un pouvoir purement discrétionnaire, une approche leur permettant de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l'effet d'une présomption. La nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l'objectif d'équité individuelle. Le régime doit être ordonné et doit permettre l'élaboration d'une méthode juste et équitable de règlement des conflits. La justice et l'équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d'un bon système de droit international privé, mais elles ne peuvent se réaliser en l'absence d'un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d'un tribunal. L'établissement d'un ensemble de facteurs de rattachement pertinents créant une présomption et la détermination de leur nature et de leur effet juridiques rendra l'analyse des problèmes de déclaration de compétence plus claire et plus prévisible, tout en assurant leur conformité avec les objectifs d'équité et d'efficacité sur lesquels repose cette branche du droit. Dans cette optique, il faut conserver une nette distinction entre, d'une part, les facteurs ou les situations de fait qui relient l'objet du litige et le défendeur au tribunal et, d'autre part, les principes et les outils d'analyse, comme les valeurs que sont l'équité et l'efficacité ou le principe de la courtoisie.

Afin de satisfaire au critère du lien réel et substantiel de la common law, la partie qui plaide que le tribunal doit se déclarer compétent doit indiquer le facteur de rattachement créant une présomption qui lie l'objet du litige au tribunal. Il faut établir la compétence principalement sur la base de facteurs objectifs reliant la situation juridique ou l'objet du litige au tribunal. Des considérations abstraites d'ordre, d'efficacité ou d'équité du système ne sauraient se substituer aux facteurs de rattachement qui donnent lieu à un « lien réel et substantiel » pour l'application du droit international privé. Dans une instance relative à un délit, les facteurs suivants constituent des facteurs de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent une cour à se déclarer compétente à l'égard du litige :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province;
- c) le délit a été commis dans la province;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

Although the factors set out in the list are considered presumptive, this does not mean that the list of recognized factors is complete, as it may be reviewed over time and updated by adding new presumptive connecting factors. When a court considers whether a new connecting factor should be given presumptive effect, the values of order, fairness and comity can serve as useful analytical tools for assessing the strength of the relationship with a forum to which the factor in question points. These values underlie all presumptive connecting factors, whether listed or new. In identifying new presumptive factors, a court should look to connections that give rise to a relationship with the forum that is similar in nature to the ones which result from the listed factors. Relevant considerations include:

- (a) Similarity of the connecting factor with the recognized presumptive connecting factors;
- (b) Treatment of the connecting factor in the case law;
- (c) Treatment of the connecting factor in statute law; and
- (d) Treatment of the connecting factor in the private international law of other legal systems with a shared commitment to order, fairness and comity.

The presumption of jurisdiction that arises where a recognized connecting factor — whether listed or new — applies is not irrebuttable. The burden of rebutting the presumption of jurisdiction rests, of course, on the party challenging the assumption of jurisdiction. That party must negate the presumptive effect of the listed or new factor and convince the court that the proposed assumption of jurisdiction would be inappropriate. This could be accomplished by establishing facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation and the forum or points only to a weak relationship between them.

If the court concludes that it lacks jurisdiction because none of the presumptive connecting factors — whether listed or new — apply or because the presumption of jurisdiction that flows from one of those factors has been rebutted, it must dismiss or stay the action, subject to the possible application of the forum

Bien que l'on considère que les facteurs énumérés créent une présomption, cela ne signifie pas que la liste des facteurs reconnus est définitive. Elle pourra être revue au fil du temps et mise à jour par l'ajout de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption. Le tribunal qui envisage la possibilité de conférer à un nouveau facteur de rattachement l'effet d'une présomption peut mettre à profit les outils utiles que constituent les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie dans l'analyse de la solidité du rapport avec le tribunal révélé par ce facteur. Tous les facteurs de rattachement créant une présomption, qu'ils soient énumérés ou nouveaux, reposent sur ces valeurs. Lorsqu'ils reconnaissent de nouveaux facteurs créant une présomption, les tribunaux devraient envisager des liens qui révèlent avec le tribunal un rapport de nature semblable à ceux qui découlent des facteurs qui figurent sur la liste. Les considérations suivantes pourraient s'avérer pertinentes :

- a) la similitude du facteur de rattachement avec les facteurs de rattachement reconnus créant une présomption;
- b) le traitement du facteur de rattachement dans la jurisprudence;
- c) le traitement du facteur de rattachement dans la législation;
- d) le traitement du facteur de rattachement dans le droit international privé d'autres systèmes juridiques qui ont en commun avec le Canada les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie.

La présomption de compétence créée lorsqu'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — s'applique n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe bien entendu à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Cette dernière doit réfuter la présomption créée par le facteur énuméré ou nouveau et convaincre la cour qu'une déclaration de compétence serait inopportune. Elle pourrait le faire en établissant les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel, ou ne révèle qu'un rapport ténu, entre l'objet du litige et le tribunal.

Si la cour conclut qu'elle n'a pas compétence parce qu'aucun facteur de rattachement créant une présomption — énuméré ou nouveau — ne s'applique ou parce que la présomption de compétence découlant de l'un de ces facteurs est réfutée, elle doit rejeter l'action ou suspendre l'instance, à moins que ne s'applique la doctrine

of necessity doctrine. If jurisdiction is established, the claim may proceed, subject to the court's discretion to stay the proceedings on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*.

A clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction. Once jurisdiction is established, if the defendant does not raise further objections, the litigation proceeds before the court of the forum. The court cannot decline to exercise its jurisdiction unless the defendant invokes *forum non conveniens*. The decision to raise this doctrine rests with the parties, not with the court seized of the claim. If a defendant raises an issue of *forum non conveniens*, the burden is on him or her to show why the court should decline to exercise its jurisdiction and displace the forum chosen by the plaintiff. The defendant must show that the alternative forum is clearly more appropriate and that, in light of the characteristics of the alternative forum, it would be fairer and more efficient to choose an alternative forum and to deny the plaintiff the benefits of his or her decision to select a forum. When it is invoked, the doctrine of *forum non conveniens* requires a court to go beyond a strict application of the test governing the recognition and assumption of jurisdiction. It is based on a recognition that a common law court retains a residual power to decline to exercise its jurisdiction in appropriate, but limited, circumstances in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute. The court however, should not exercise its discretion in favour of a stay solely because it finds, once all relevant concerns and factors are weighed, that comparable forums exist in other provinces or states. It is not a matter of flipping a coin. A court hearing an application for a stay of proceedings must find that a forum exists that is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation. On the other hand, a court must refrain from leaning too instinctively in favour of its own jurisdiction. The doctrine focuses on the contexts of individual cases and the factors that a court may consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* may vary depending on the context. Such factors might include the locations of parties and witnesses, the cost of transferring the case to another jurisdiction or of declining the stay, the impact of a transfer on the conduct of the litigation or on related or parallel proceedings, the possibility of conflicting judgments, problems related to the recognition and enforcement of judgments, and the relative strengths of the connections of the two parties. Ultimately, the decision falls within the reasoned discretion of the trial court. This exercise of discretion will be entitled to deference from higher courts, absent an error of law or a clear and serious error in the determination of relevant facts

du for de nécessité. Si la compétence est établie, l'action peut être entendue, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la cour de suspendre l'instance en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*.

Il faut conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Une fois la compétence établie, l'instance suit son cours devant le tribunal si le défendeur ne soulève pas d'autres objections. Le tribunal ne peut décliner compétence, à moins que le défendeur n'invoque le *forum non conveniens*. Il appartient aux parties, et non au tribunal saisi du recours, d'invoquer cette doctrine. Le défendeur qui soulève l'application du *forum non conveniens* a le fardeau de démontrer pourquoi le tribunal devrait décliner sa compétence et renvoyer le litige dans un ressort autre que celui que le demandeur a choisi. Le défendeur doit démontrer que l'autre tribunal est nettement plus approprié et que, compte tenu des caractéristiques de l'autre tribunal, il serait plus juste et plus efficace de choisir cet autre tribunal et de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir le tribunal saisi du litige. Si elle est invoquée, la doctrine du *forum non conveniens* oblige le tribunal à passer outre à l'application stricte du critère régissant la reconnaissance et la déclaration de compétence. Cette doctrine reconnaît que les tribunaux de common law conservent le pouvoir résiduel de ne pas exercer leur compétence dans des circonstances appropriées, quoique limitées, afin d'assurer l'équité envers les parties et le règlement efficace du litige. Le tribunal ne peut toutefois, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, suspendre l'instance uniquement parce qu'il conclut, après avoir examiné toutes les considérations et tous les facteurs pertinents, à l'existence de tribunaux comparables dans d'autres provinces ou États. Il ne s'agit pas de jouer à pile ou face. Un tribunal saisi d'une demande de suspension d'instance doit conclure qu'il existe un tribunal mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace. Par contre, le tribunal doit éviter de pencher trop instinctivement en faveur de sa propre compétence. La doctrine est axée sur le contexte de chaque affaire et les facteurs dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* sont susceptibles de varier selon le contexte. Ces facteurs peuvent inclure, par exemple, l'endroit où se trouvent les parties et les témoins, les frais occasionnés par le renvoi de l'affaire à une autre juridiction ou par le refus de suspendre l'instance, les répercussions du changement de juridiction sur le déroulement du litige ou sur des procédures connexes ou parallèles, le risque de décisions contradictoires, les problèmes liés à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ou la solidité relative des liens avec les deux parties. La décision relève en fin de compte du pouvoir discrétionnaire raisonné du tribunal de première

which takes place at an interlocutory or preliminary stage.

In *Van Breda*, a contract was entered into in Ontario. The existence of a contract made in Ontario that is connected with the litigation is a presumptive connecting factor that, on its face, entitles the courts of Ontario to assume jurisdiction in this case. Club Resorts has failed to rebut the presumption of jurisdiction that arises where this factor applies. Therefore, there was a sufficient connection between the Ontario court and the subject matter of the litigation. Club Resorts has not discharged its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. While a sufficient connection exists between Cuba and the subject matter of the litigation to support an action there, issues related to the fairness to the parties and to the efficient disposition of the claim must be considered. A trial held in Cuba would present serious challenges to the parties. All things considered, the burden on the plaintiffs clearly would be far heavier if they were required to bring their action in Cuba.

In *Charron*, the facts supported the conclusion that Club Resorts was carrying on a business in Ontario, which is a presumptive connecting factor. Club Resorts' commercial activities in Ontario went well beyond promoting a brand and advertising. Its representatives were in the province on a regular basis and it benefitted from the physical presence of an office in Ontario. It therefore follows that it has been established that a presumptive connecting factor applies and that the Ontario court is *prima facie* entitled to assume jurisdiction. Club Resorts has not rebutted the presumption of jurisdiction that arises from this connecting factor and therefore the Ontario court has jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test. Furthermore, Club Resorts failed to discharge its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum in the circumstances of this case. Considerations of fairness to the parties weigh heavily in favour of the plaintiffs.

#### Cases Cited

**Explained:** *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; **referred to:** *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005

instance. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents commise à un stade interlocutoire ou préliminaire, les juridictions supérieures feront preuve de déférence à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Dans l'affaire *Van Breda*, un contrat a été conclu en Ontario. L'existence d'un contrat conclu en Ontario et lié au litige constitue un facteur de rattachement créant une présomption qui, de prime abord, autorise les tribunaux ontariens à se déclarer compétents en l'espèce. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence qu'établit l'application de ce facteur. Il existait donc un lien suffisant entre le tribunal ontarien et l'objet du litige. Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'un tribunal cubain serait nettement un ressort plus approprié. Bien qu'il existe entre Cuba et l'objet du litige des liens suffisants justifiant l'instruction du litige à Cuba, il faut tenir compte de questions relatives à l'équité envers les parties et au règlement de l'action d'une manière efficace. Un procès à Cuba présenterait de sérieux défis pour les parties. Tout bien considéré, les demandeurs auraient à supporter un fardeau beaucoup plus lourd s'ils devaient tenter leur recours à Cuba.

Dans l'affaire *Charron*, les faits permettaient de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario, ce qui constitue un facteur de rattachement créant une présomption. Les activités commerciales auxquelles se livrait cette société dans cette province allaient bien au-delà de la promotion d'une marque et de la publicité. Ses représentants se trouvaient régulièrement dans la province et elle tirait avantage de la présence d'un bureau en Ontario. Par conséquent, l'application d'un facteur de rattachement créant une présomption a été établie et le tribunal ontarien peut à première vue se déclarer compétent. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence à laquelle donne naissance ce facteur de rattachement. Par conséquent, le tribunal ontarien est compétent suivant le critère du lien réel et substantiel. De plus, Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'il serait nettement plus approprié que le litige soit instruit à Cuba dans les circonstances. L'équité envers les parties fait pencher lourdement la balance en faveur des demandeurs.

#### Jurisprudence

**Arrêt expliqué :** *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; **arrêts mentionnés :** *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada*

SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84; *Coutu v. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34; *Fewer v. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3076 to 3168, 3135, 3148.  
*Constitution Act, 1867*, s. 92.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.S. 1997, c. C-41.1.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.Y. 2000, c. 7 [not yet in force].  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 17.02.

#### Authors Cited

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. "The Chimera of the Real and Substantial Connection Test" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.  
 Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.  
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.  
 Castel, Jean-Gabriel. "The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law" (2007), 52 *McGill L.J.* 555.

*Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Lemmex c. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj c. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair c. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84; *Coutu c. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 34; *Fewer c. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3076 à 3168, 3135, 3148.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), ch. 2.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92.  
*Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.S. 1997, ch. C-41,1.  
*Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.Y. 2000, ch. 7 [non en vigueur].  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 17.02.

#### Doctrine et autres documents cités

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.  
 Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008.  
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.  
 Castel, Jean-Gabriel. « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555.

- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
- Manitoba. Law Reform Commission. *Private International Law*, Report #119. Winnipeg: The Commission, 2009.
- Monestier, Tanya. “A ‘Real and Substantial’ Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2010. Toronto: Carswell, 2010, 185.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. “*If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?*” *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: [http://www.ulcc.ca/en/us/Uniform\\_Court\\_Jurisdiction\\_+\\_Proceedings\\_Transfer\\_Act\\_En.pdf](http://www.ulcc.ca/en/us/Uniform_Court_Jurisdiction_+_Proceedings_Transfer_Act_En.pdf)).
- Walker, Janet. “Reforming the Law of Crossborder Litigation: Judicial Jurisdiction”, Consultation Paper, Law Commission of Ontario, March 2009 (online: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290663.pdf>).
- Yntema, Hessel E. “The Objectives of Private International Law” (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721.
- Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : [http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform\\_Court\\_Jurisdiction\\_+\\_Proceedings\\_Transfer\\_Act\\_Fr.pdf](http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform_Court_Jurisdiction_+_Proceedings_Transfer_Act_Fr.pdf)).
- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. *Private International Law*, Report #119. Winnipeg : La Commission, 2009.
- Monestier, Tanya. « A “Real and Substantial” Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2010. Toronto : Carswell, 2010, 185.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.
- Walker, Janet. « Réforme du droit régissant les litiges transfrontaliers : Compétence judiciaire », Document de consultation, Commission du droit de l’Ontario, mars 2009 (en ligne : <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/23003/290664.pdf>).
- Yntema, Hessel E. « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721.
- APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O’Connor A.C.J.O. and Weiler, MacPherson, Sharpe and Rouleau J.J.A.), 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721, 264 O.A.C. 1, 316 D.L.R. (4th) 201, 71 C.C.L.T. (3d) 161, 77 R.F.L. (6th) 1, 81 C.P.C. (6th) 219, [2010] O.J. No. 402 (QL), 2010 CarswellOnt 549 (*sub nom. Van Breda v. Village Resorts Ltd. and Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*), affirming a decision of Pattillo J., 60 C.P.C. (6th) 186, 2008 CanLII 32309, [2008] O.J. No. 2624 (QL), 2008 CarswellOnt 3867 (*sub nom. Van Breda v. Village Resorts Ltd.*), and affirming a decision of Mulligan J., 92 O.R. (3d) 608, 2008 CanLII 53834, [2008] O.J. No. 4078 (QL), 2008
- POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef adjoint O’Connor et les juges Weiler, MacPherson, Sharpe et Rouleau), 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721, 264 O.A.C. 1, 316 D.L.R. (4th) 201, 71 C.C.L.T. (3d) 161, 77 R.F.L. (6th) 1, 81 C.P.C. (6th) 219, [2010] O.J. No. 402 (QL), 2010 CarswellOnt 549 (*sub nom. Van Breda c. Village Resorts Ltd. et Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*), qui a confirmé une décision du juge Pattillo, 60 C.P.C. (6th) 186, 2008 CanLII 32309, [2008] O.J. No. 2624 (QL), 2008 CarswellOnt 3867 (*sub nom. Van Breda c. Village Resorts Ltd.*), et qui a confirmé une décision du juge Mulligan, 92 O.R. (3d) 608, 2008 CanLII 53834, [2008] O.J. No. 4078



CarswellOnt 6165 (*sub nom. Charron Estate v. Bel Air Travel Group Ltd.*). Appeals dismissed.

*John A. Olah*, for the appellant (33692).

*Chris G. Paliare, Robert A. Centa and Tina H. Lie*, for the respondents Morgan Van Breda et al. (33692).

*Peter J. Pliszka and Robin P. Roddey*, for the appellant (33606).

*Jerome R. Morse, Lori Stoltz and John J. Adair*, for the respondents Anna Charron et al. (33606).

*Howard B. Borlack, Lisa La Horey and Sabine Kharabian*, for the respondent Bel Air Travel Group Ltd. (33606).

*Catherine M. Buie*, for the respondent Hola Sun Holidays Limited (33606).

*John Terry and Jana Stettner*, for the intervener the Tourism Industry Association of Ontario (33606 and 33692).

*François Larocque, Michael Sobkin, Mark C. Power and Lauren J. Wihak*, for the interveners Amnesty International, the Canadian Centre for International Justice and the Canadian Lawyers for International Human Rights (33606 and 33692).

*Allan Rouben*, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association (33606 and 33692).

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] Tourism has grown into one of the most personal forms of globalization in the modern world. Canadians look elsewhere for the sun, or to see new sights or seek new experiences. Trips are planned and taken with great expectations. But personal

(QL), 2008 CarswellOnt 6165 (*sub nom. Charron Estate c. Bel Air Travel Group Ltd.*). Pourvois rejetés.

*John A. Olah*, pour l'appelante (33692).

*Chris G. Paliare, Robert A. Centa et Tina H. Lie*, pour les intimés Morgan Van Breda et autres (33692).

*Peter J. Pliszka et Robin P. Roddey*, pour l'appelante (33606).

*Jerome R. Morse, Lori Stoltz et John J. Adair*, pour les intimés Anna Charron et autres (33606).

*Howard B. Borlack, Lisa La Horey et Sabine Kharabian*, pour l'intimée Bel Air Travel Group Ltd. (33606).

*Catherine M. Buie*, pour l'intimée Hola Sun Holidays Limited (33606).

*John Terry et Jana Stettner*, pour l'intervenante Tourism Industry Association of Ontario (33606 et 33692).

*François Larocque, Michael Sobkin, Mark C. Power et Lauren J. Wihak*, pour les intervenants Amnistie internationale, Centre canadien pour la justice internationale et Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde (33606 et 33692).

*Allan Rouben*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association (33606 et 33692).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Le tourisme est devenu l'une des formes les plus personnelles de la mondialisation des temps modernes. Les Canadiens se tournent vers d'autres horizons en quête de chaleur, de nouveaux paysages ou d'expériences enrichissantes. Les attentes

tragedies do happen. Happiness gives way to grief, as in the situations that resulted in these appeals. A young woman, Morgan Van Breda, suffered catastrophic injuries on a beach in Cuba. A family doctor and father, Dr. Claude Charron, died while scuba diving, also in Cuba. Actions were brought in Ontario against a number of parties, including the appellant Club Resorts Ltd. (“Club Resorts”), a company incorporated in the Cayman Islands that managed the two hotels where the accidents occurred. Club Resorts sought to block those proceedings, arguing that the Ontario courts lacked jurisdiction and, in the alternative, that a Cuban court would be a more appropriate forum on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. The same issues have now been raised in this Court. I will begin by summarizing the events that led to the litigation, the conduct of the litigation and the judgments of the courts below. I will then consider the principles that should apply to the assumption of jurisdiction and the doctrine of *forum non conveniens* under the common law conflicts rules of Canadian private international law. Finally, I will apply those principles to determine whether the Ontario courts have jurisdiction and, if so, whether they should decline to exercise it.

## II. Background and Facts

### A. *Van Breda*

[2] In June 2003, the respondent Viktor Berg and his spouse, Ms. Van Breda, went on a trip to Cuba, where they stayed at the SuperClubs Breezes Jibacoa resort managed by Club Resorts. Mr. Berg, a professional squash player, had made arrangements for a one-week stay for two people at this hotel through René Denis, an Ottawa-based travel agent operating a business known as Sport au Soleil.

[3] Mr. Denis’s business involved arranging for racquet sport professionals for, among others, Club Resorts, in exchange for undisclosed compensation.

sont élevées au moment de préparer et d’entreprendre le voyage, mais des incidents tragiques peuvent survenir. Le bonheur cède alors la place au chagrin, comme l’illustrent les appels en l’espèce. Une jeune femme, Morgan Van Breda, a été très grièvement blessée sur une plage de Cuba. À Cuba également, un médecin et père de famille, le D<sup>r</sup> Claude Charron, est mort au cours d’une plongée autonome. Des poursuites ont été intentées en Ontario contre plusieurs défendeurs, notamment l’appelante Club Resorts Ltd. (« Club Resorts »), une société constituée aux îles Caïmans qui gérait les deux hôtels où sont survenus les accidents. Club Resorts a cherché à mettre un terme à ces poursuites, en invoquant d’abord le défaut de compétence des tribunaux ontariens, puis en affirmant à titre subsidiaire qu’il serait plus approprié, suivant la doctrine du *forum non conveniens*, que ces litiges soient instruits à Cuba. Notre Cour est maintenant saisie des mêmes questions. Je vais d’abord résumer les faits à l’origine des litiges, le déroulement de ceux-ci et les décisions des juridictions inférieures. J’examinerai ensuite les principes qui devraient régir la déclaration de compétence et la doctrine du *forum non conveniens* sous le régime des règles de la common law applicables en droit international privé au Canada. En application de ces principes, je déterminerai finalement si les tribunaux ontariens ont compétence et, dans l’affirmative, s’ils doivent décliner cette compétence.

## II. Contexte et faits

### A. *L’affaire Van Breda*

[2] En juin 2003, l’intimé Viktor Berg et sa conjointe, M<sup>me</sup> Van Breda, ont fait un voyage à Cuba, s’installant au centre de villégiature Breezes Jibacoa, un établissement de SuperClubs géré par Club Resorts. M. Berg, un joueur professionnel de squash, avait réservé un séjour d’une semaine pour deux personnes à cet hôtel par l’entremise de René Denis, un agent de voyage d’Ottawa exploitant une entreprise sous le nom de Sport au Soleil.

[3] Dans le cadre de son entreprise, M. Denis se chargeait de trouver des instructeurs de sports de raquette, notamment pour Club Resorts, en

Mr. Denis also received a fee from each professional. Once the arrangements for Mr. Berg were finalized, Mr. Denis sent him a letter on letterhead bearing the words “SuperClubs Cuba — Tennis”, which confirmed the details of the agreement with Club Resorts: Mr. Berg was to provide two hours of tennis lessons a day in exchange for bed and board and other services for two people at the hotel.

[4] The accident happened on the first day of their stay. Ms. Van Breda tried to do some exercises on a metal structure on the beach, but the structure collapsed. She suffered catastrophic injuries and, as a result, became paraplegic. After spending a few days in a hospital in Cuba, she returned to Canada, going to Calgary where her family lived. She is now living in British Columbia with Mr. Berg. They never returned to Ontario, which they had planned to do after their holiday.

[5] In May 2006, Ms. Van Breda, her relatives and Mr. Berg sued several defendants, including Mr. Denis, Club Resorts, and some companies associated with Club Resorts in the SuperClubs group, in the Ontario Superior Court of Justice. Their claim was framed in contract and in tort. They sought damages for personal injury, damages for loss of support, care, guidance and companionship pursuant to the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and punitive damages.

[6] Some of the parties, including those who were served outside Ontario under rule 17.02 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, moved to dismiss the action for want of jurisdiction. In the alternative, they asked the Superior Court of Justice to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*.

#### B. Charron

[7] In January 2002, Dr. Charron and his wife booked a vacation package through a travel agent,

échange d’une rémunération non divulguée. M. Denis touchait aussi des honoraires de chaque instructeur. Une fois les arrangements pris pour obtenir les services de M. Berg, M. Denis lui a envoyé une lettre sur du papier à en-tête « SuperClubs Cuba — Tennis », confirmant les détails de l’entente conclue avec Club Resorts. Ainsi, M. Berg devait donner deux heures de leçons de tennis par jour moyennant l’hébergement, la nourriture et d’autres services pour deux personnes à l’hôtel.

[4] L’accident s’est produit le premier jour de leur séjour. M<sup>m</sup>c Van Breda essayait de faire quelques exercices à la plage sur une structure métallique qui s’est effondrée. Elle s’est blessée très grièvement et est restée paralysée. Après quelques jours passés dans un hôpital de Cuba, elle est rentrée au Canada et s’est rendue à Calgary, où habitait sa famille. Elle vit maintenant en Colombie-Britannique avec M. Berg. Ils ne sont jamais retournés en Ontario, où ils comptaient revenir à la fin de leurs vacances.

[5] En mai 2006, M<sup>m</sup>c Van Breda, les membres de sa famille et M. Berg ont intenté en Cour supérieure de justice de l’Ontario une poursuite contre plusieurs défendeurs, y compris M. Denis, Club Resorts et quelques sociétés associées à Club Resorts au sein du groupe SuperClubs. Ils ont exercé leur recours en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle. Se fondant sur la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, ils ont réclamé des dommages-intérêts pour lésions corporelles, perte de soutien, de soins, de conseils et de compagnie, ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

[6] Certaines des parties, notamment celles ayant reçu signification en dehors de l’Ontario en application de l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, ont demandé le rejet de l’action pour défaut de compétence. Elles ont demandé subsidiairement à la Cour supérieure de justice de décliner compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*.

#### B. L’affaire Charron

[7] Le D<sup>r</sup> Charron et son épouse ont réservé un forfait vacances en janvier 2002 auprès d’une

Bel Air Travel Group Ltd. (“Bel Air”). This package was offered by Hola Sun Holidays Ltd. (“Hola Sun”), which sold packages offered by, among others, SuperClubs. It was an all-inclusive package — at the Breezes Costa Verde hotel in Cuba — that featured scuba diving. The hotel was owned by Gaviota SA (Ltd.) (“Gaviota”), a Cuban corporation, but was managed by the appellant, Club Resorts. Dr. and Mrs. Charron reached the Breezes Costa Verde on February 8, 2002. Four days later, Dr. Charron drowned during his second scuba dive.

[8] Mrs. Charron and her children sued for breach of contract and negligence. Dr. Charron’s estate sought damages for loss of future income, and the individual plaintiffs also sought damages for loss of love, care, guidance and companionship pursuant to the *Family Law Act*. The statement of claim was served on the Ontario defendants, Bel Air and Hola Sun. It was also served outside Ontario on several foreign defendants, including Club Resorts, under rule 17.02 of the *Rules of Civil Procedure*. The parties served outside Ontario included the diving instructor and the captain of the boat. Club Resorts and an associated company, Village Resorts International Ltd., which owned the SuperClubs trademark, moved to dismiss the action on the ground that the Ontario courts lacked jurisdiction or, in the alternative, to stay the action on the grounds that Ontario was not the most appropriate forum.

### C. *Judicial History*

- (1) *Van Breda* — Ontario Superior Court of Justice (2008), 60 C.P.C. (6th) 186

[9] In *Van Breda*, Pattillo J. held that Club Resorts’ motion turned on whether there was a real and substantial connection in accordance with the test laid out by the Ontario Court of Appeal in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20.

agence de voyages, Bel Air Travel Group Ltd. (« Bel Air »). Ce forfait était fourni par Hola Sun Holidays Ltd. (« Hola Sun »), qui vendait des forfaits dont certains étaient offerts par SuperClubs. Il s’agissait d’un forfait tout compris axé sur la plongée autonome à l’hôtel Breezes Costa Verde de Cuba. Cet hôtel appartenait à Gaviota SA (Ltd.) (« Gaviota »), une société cubaine, mais il était géré par l’appelante, Club Resorts. Le D<sup>r</sup> Charron et son épouse sont arrivés à l’hôtel Breezes Costa Verde le 8 février 2002. Le D<sup>r</sup> Charron s’est noyé quatre jours plus tard durant sa deuxième plongée autonome.

[8] M<sup>me</sup> Charron et ses enfants ont intenté une action pour rupture de contrat et négligence. La succession du D<sup>r</sup> Charron a réclamé des dommages-intérêts pour perte de revenus futurs. Les demandeurs ont également sollicité des dommages-intérêts pour perte d’amour, de soins, de conseils et de compagnie en se fondant sur la *Loi sur le droit de la famille*. La déclaration a été signifiée aux défenderesses ontariennes, Bel Air et Hola Sun. Elle a également été signifiée en dehors de l’Ontario à plusieurs défendeurs étrangers, notamment Club Resorts, en application de l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile*. Parmi les parties ayant reçu signification en dehors de l’Ontario, mentionnons l’instructeur de plongée et le capitaine du bateau. Club Resorts et une société associée, Village Resorts International Ltd., la propriétaire de la marque de commerce SuperClubs, ont demandé le rejet de l’action pour défaut de compétence des tribunaux ontariens ou, subsidiairement, la suspension de l’instance au motif que l’Ontario n’est pas le ressort le plus approprié.

### C. *Historique judiciaire*

- (1) *L’affaire Van Breda* — Cour supérieure de justice de l’Ontario (2008), 60 C.P.C. (6th) 186

[9] Dans l’affaire *Van Breda*, le juge Pattillo a affirmé que, pour trancher la motion de Club Resorts, il fallait déterminer s’il existait un lien réel et substantiel conformément au critère établi par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Muscutt c.*

He found that there was a connection between Ontario and Club Resorts by virtue of the activities the company engaged in in Ontario through Mr. Denis. He also found on a *prima facie* basis that the agreement between Mr. Berg and Club Resorts had actually been concluded in Ontario. After reviewing the other factors from *Muscutt*, including unfairness to the defendants in assuming jurisdiction, unfairness to the plaintiffs in not doing so and the involvement of other parties to the suit, he held that there was a sufficient connection between Ontario and the subject matter of the litigation. Pattillo J. then considered the issue of *forum non conveniens*. Although he accepted that Cuba also had jurisdiction, he concluded that it had not been established that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. For these reasons, he held that the Ontario Superior Court of Justice should entertain the action as against Club Resorts.

(2) *Charron — Ontario Superior Court of Justice* (2008), 92 O.R. (3d) 608

[10] In *Charron*, Mulligan J. held against Club Resorts. In his opinion, a contract had been entered into between Dr. Charron and Bel Air. The travel agency had booked an all-inclusive package at the Cuban hotel through Hola Sun, which had an agreement with Club Resorts. These facts weighed in favour of assuming jurisdiction. Mulligan J. also found that there was a connection between Ontario and the defendants. In his view, the resort relied heavily on international travellers to ensure its profitability. Club Resorts marketed the resort in Ontario by way of an agreement with Hola Sun. I note that the record indicated that Club Resorts or one of its associated companies had an office in Richmond Hill, Ontario. After reviewing the other factors from *Muscutt*, Mulligan J. held that the Ontario courts had jurisdiction with respect to Club Resorts. In considering *forum non conveniens*, Mulligan J. weighed several factors. He took into account the fact that more parties and witnesses were located in Ontario than in Cuba, that the damage had been sustained in Ontario

*Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20. Il a conclu à l'existence d'un lien entre l'Ontario et Club Resorts en raison des activités exercées par cette société en Ontario par l'entremise de M. Denis. Il a aussi conclu qu'à première vue, M. Berg et Club Resorts avaient en fait conclu l'entente en Ontario. Après avoir examiné les autres facteurs de l'arrêt *Muscutt*, y compris l'injustice causée aux défendeurs si le tribunal se déclare compétent, l'injustice causée aux demandeurs s'il ne se déclare pas compétent et la participation d'autres parties à l'instance, le juge Pattillo a conclu à l'existence d'un lien suffisant entre l'Ontario et l'objet du litige. Il a ensuite analysé la question du *forum non conveniens*. Le juge Pattillo a reconnu que Cuba avait aussi compétence, mais selon lui, on n'avait pas établi que le recours à un tribunal de Cuba serait nettement plus approprié. Pour ces motifs, il a conclu que la Cour supérieure de justice de l'Ontario devait instruire l'action intentée contre Club Resorts.

(2) *L'affaire Charron — Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2008), 92 O.R. (3d) 608

[10] Dans l'affaire *Charron*, le juge Mulligan a rendu une décision défavorable à Club Resorts. À son avis, le D<sup>r</sup> Charron et Bel Air avaient conclu un contrat. L'agence de voyage avait réservé un forfait tout compris à l'hôtel de Cuba auprès d'Hola Sun, qui était liée par entente avec Club Resorts. Ces faits militaient en faveur de la déclaration de compétence du tribunal ontarien. Le juge Mulligan a aussi conclu à l'existence d'un lien entre l'Ontario et les défendeurs. À son avis, le centre de villégiature comptait énormément sur les voyageurs étrangers pour assurer sa rentabilité. Club Resorts faisait la promotion du centre de villégiature en Ontario aux termes d'une entente intervenue avec Hola Sun. Selon ce qu'indiquait le dossier, Club Resorts ou l'une des sociétés associées à cette dernière avait ouvert un bureau à Richmond Hill, en Ontario. Après examen des autres facteurs énumérés dans *Muscutt*, le juge Mulligan a décidé que les tribunaux ontariens avaient compétence à l'égard de Club Resorts. Ensuite, le juge Mulligan a évalué plusieurs facteurs dans l'analyse du *forum*

and that a liability insurance policy was available to the foreign defendants in Ontario. In addition, Mrs. Charron and her children would lose the benefit of statutory family law remedies if the case were to proceed in Cuba. For these reasons, Mulligan J. held that the Ontario court was clearly a more appropriate forum than a Cuban court.

(3) Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721

[11] The two cases were heard together in the Court of Appeal. After ordering a rehearing, the Court of Appeal, in reasons written by Sharpe J.A., took the opportunity to review and reframe the *Muscutt* test. I will discuss this new framework below in reviewing the evolution of the common law policy relating to conflicts of jurisdiction and conflicts of laws.

[12] Suffice it to say at this stage that, after recasting the *Muscutt* test, the Court of Appeal unanimously held, in both cases, that the Ontario courts had jurisdiction over the claims and the parties. It then decided that the Ontario courts should not decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* principles, because a Cuban court would not clearly be a more appropriate forum.

[13] The appeals in *Van Breda* and *Charron* were also heard together in this Court. They were heard during the same session as two other appeals involving the issues of jurisdiction and *forum non conveniens*, which concerned actions in damages for defamation (*Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666, and *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636).

*non conveniens*. Il a tenu compte de la présence d'un plus grand nombre de parties et de témoins en Ontario qu'à Cuba, de ce que le préjudice avait été subi en Ontario et que les défendeurs étrangers pouvaient bénéficier d'une police d'assurance de responsabilité en Ontario. De plus, l'instruction de la poursuite à Cuba priverait M<sup>me</sup> Charron et ses enfants de la possibilité d'exercer les recours en droit de la famille prévus par la loi. Pour ces motifs, le juge Mulligan a conclu qu'il était nettement plus approprié que le litige soit instruit en Ontario qu'à Cuba.

(3) Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721

[11] Les deux affaires ont été entendues ensemble en Cour d'appel de l'Ontario. Après avoir ordonné une nouvelle audition, la Cour d'appel de l'Ontario, dans les motifs rédigés par le juge Sharpe, a profité de l'occasion pour réexaminer et reformuler le critère de l'arrêt *Muscutt*. Je vais analyser ce nouveau cadre ci-dessous lorsque j'aborderai l'évolution de la common law en ce qui a trait aux conflits de compétence et au droit international privé.

[12] Il suffit de dire ici qu'après avoir reformulé le critère établi dans *Muscutt*, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité à la reconnaissance de la compétence des tribunaux ontariens à l'égard des demandes et des parties dans les deux affaires. Elle a ensuite statué que les tribunaux ontariens ne devaient pas décliner compétence en application de la doctrine du *forum non conveniens* parce qu'un tribunal cubain ne serait pas nettement un ressort plus approprié.

[13] Dans notre Cour, les pourvois formés dans les affaires *Van Breda* et *Charron* ont également été entendus ensemble. Au cours de la même session, la Cour a entendu deux autres affaires dans lesquelles des poursuites en dommages-intérêts pour diffamation posaient des problèmes de compétence et de *forum non conveniens* (*Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666, et *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636).

### III. Analysis

#### *Issues*

#### (1) Nature and Scope of Private International Law

[14] These appeals raise broad issues about the fundamental principles of the conflict of laws, as this branch of the law has traditionally been known in the common law, or “private international law” as it is often called now (A. Briggs, *The Conflict of Laws* (2nd ed. 2008), at pp. 2-3; Manitoba Law Reform Commission, *Private International Law*, Report #119 (2009), at p. 2; J.-G. Castel, “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 *McGill L.J.* 555).

[15] Although both appeals raise issues concerning both the determination of whether a court has jurisdiction (the test of jurisdiction *simpliciter*) and the principles governing a court’s decision to decline to exercise its jurisdiction (the doctrine of *forum non conveniens*), those issues may have an impact on the development of other areas of private international law. Private international law is in essence domestic law, and it is designed to resolve conflicts between different jurisdictions, the legal systems or rules of different jurisdictions and decisions of courts of different jurisdictions. It consists of legal principles that apply in situations in which more than one court might claim jurisdiction, to which the law of more than one jurisdiction might apply or in which a court must determine whether it will recognize and enforce a foreign judgment or, in Canada, a judgment from another province (S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), at p. 1).

[16] Three categories of issues — jurisdiction, *forum non conveniens* and the recognition of foreign judgments — are intertwined in this branch of the law. Thus, the framework established for the purpose of determining whether a court has jurisdiction may have an impact on the choice of law and on the recognition of judgments, and vice versa.

### III. Analyse

#### *Les questions en litige*

#### (1) Nature et portée du droit international privé

[14] Les présents pourvois soulèvent des questions importantes au sujet des principes fondamentaux applicables au conflit de lois tel qu’il est connu depuis longtemps en common law ou en « droit international privé », l’appellation que l’on donne souvent de nos jours à ce domaine du droit (A. Briggs, *The Conflict of Laws* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 2-3; Commission de réforme du droit du Manitoba, *Private International Law*, Report #119 (2009), p. 2; J.-G. Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555).

[15] Bien que les deux pourvois soulèvent des questions relatives à la reconnaissance de compétence (le critère de la simple reconnaissance de compétence) et aux principes régissant la décision par un tribunal de décliner compétence (la doctrine du *forum non conveniens*), ces questions peuvent influencer sur l’évolution d’autres éléments du droit international privé. Ce domaine du droit relève essentiellement du droit interne et a pour objet la résolution des conflits entre des ressorts différents, entre des systèmes ou règles juridiques de ressorts différents et entre des décisions de tribunaux de ressorts différents. Il est formé de principes juridiques applicables dans des situations où plus d’un tribunal peut se déclarer compétent, ou lorsque les lois de plus d’un territoire peuvent s’appliquer, ou quand un tribunal doit décider s’il reconnaîtra et exécutera un jugement étranger ou, au Canada, un jugement d’une autre province (S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2010), p. 1).

[16] Dans ce domaine du droit, trois catégories de questions — la compétence, le *forum non conveniens* et la reconnaissance des jugements étrangers — sont étroitement liées. Le cadre établi afin de déterminer si un tribunal a compétence peut donc influencer sur le choix de la loi applicable et la reconnaissance des jugements, et vice versa.

Judicial decisions on choice of law and the recognition of judgments have played a central role in the evolution of the rules related to jurisdiction. None of the divisions of private international law can be safely analysed and applied in isolation from the others. This said, the central focus of these appeals is on jurisdiction and the appropriate forum.

(2) Issues Related to Jurisdiction: Assumption and Exercise of Jurisdiction

[17] Two issues arise in these appeals. First, were the Ontario courts right to assume jurisdiction over the claims of the respondents Van Breda and Charron and over the appellant, Club Resorts? Second, were they right to exercise that jurisdiction and dismiss an application for a stay based on *forum non conveniens*?

[18] To be able to resolve these issues, I must first discuss the evolution of the rules of jurisdiction *simpliciter* in Canadian private international law. It will be necessary to review the approach the Ontario Court of Appeal adopted in respect of the questions of assumption of jurisdiction and *forum non conveniens* in its judgments in the cases at bar and, in particular, its reconsideration of the principles that it had previously set out in *Muscutt*.

[19] I will then propose an analytical framework and legal principles for assuming jurisdiction (jurisdiction *simpliciter*) and for deciding whether to decline to exercise it (*forum non conveniens*). On that basis, I will review the facts of the cases at bar to determine whether the Ontario courts made any reviewable errors when they decided to retain jurisdiction over them.

[20] Before turning to these issues, however, it is important to consider the constitutional

D'ailleurs, la jurisprudence en matière de choix de la loi applicable et de reconnaissance des jugements a joué un rôle primordial dans l'évolution des règles relatives à la compétence. Il s'avère impossible d'analyser et d'appliquer sans risque un des éléments du droit international privé en faisant abstraction des autres éléments. Cela dit, les présents pourvois portent essentiellement sur la reconnaissance de compétence et la détermination du tribunal approprié pour l'instruction d'un litige.

(2) Questions liées à la compétence : déclaration et exercice de la compétence

[17] Deux questions se posent en l'espèce. Premièrement, les tribunaux ontariens ont-ils eu raison de se déclarer compétents à l'égard des actions intentées par les intimés Van Breda et Charron ainsi qu'à l'égard de l'appelante Club Resorts? Deuxièmement, ont-ils eu raison d'exercer cette compétence et de rejeter la demande de suspension d'instance fondée sur le *forum non conveniens*?

[18] Pour résoudre ces questions, je dois d'abord analyser l'évolution des règles applicables à la simple reconnaissance de compétence en droit international privé au Canada. Je dois étudier la manière dont la Cour d'appel de l'Ontario a examiné les questions relatives à la déclaration de compétence et au *forum non conveniens* dans les jugements rendus en l'espèce, et, en particulier, là où elle a revu les principes qu'elle avait établis dans l'arrêt *Muscutt*.

[19] Je proposerai alors un cadre d'analyse et des principes juridiques applicables à la déclaration de compétence (la simple reconnaissance de compétence) ainsi qu'aux décisions sur l'opportunité de décliner compétence (le *forum non conveniens*). Me fondant sur ce cadre d'analyse, j'examinerai les faits de ces affaires afin de déterminer si, en décidant de se déclarer compétents dans ces instances, les tribunaux ontariens ont commis des erreurs donnant lieu à révision.

[20] Mais avant d'aborder ces questions, il importe d'analyser le fondement constitutionnel du



underpinnings of private international law in Canada. This part of the analysis is necessary in order to explain the origins of the “real and substantial connection test” as it is now known, its nature, and its impact on the development of the principles of private international law.

(3) Constitutional Underpinnings of Private International Law

[21] Conflicts rules must fit within Canada’s constitutional structure. Given the nature of private international law, its application inevitably raises constitutional issues. This branch of the law is concerned with the jurisdiction of courts of the Canadian provinces, with whether that jurisdiction should be exercised, with what law should apply to a dispute, and with whether a court should recognize and enforce a judgment rendered by a court of another province or country. The rules of private international law can be found, in the common law provinces, in the common law and in statute law and, in Quebec, in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which contains a well-developed set of rules and principles in this area (see *Civil Code of Québec*, Book Ten, arts. 3076 to 3168). The interplay between provincial jurisdiction and external legal situations takes place within a constitutional framework which limits the external reach of provincial laws and of a province’s courts. The Constitution assigns powers to the provinces. But these powers are subject to the restriction that they be exercised within the province in question (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 1, at pp. 364-65 and 376-77; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 569; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paras. 26-28, *per* Major J.), and they must be exercised in a manner consistent with the territorial restrictions created by the Constitution (see *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870, at para. 5, *per* Major J.; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at para. 51, *per* Binnie J.).

droit international privé au Canada. Cette partie de l’analyse s’impose afin d’expliquer l’origine du « critère du lien réel et substantiel », ainsi qu’on l’appelle maintenant, sa nature et son incidence sur l’élaboration des principes du droit international privé.

(3) Fondement constitutionnel du droit international privé

[21] Les règles du droit international privé doivent être conformes au régime constitutionnel canadien. Compte tenu de la nature du droit international privé, son application soulève inévitablement des questions constitutionnelles. Cette branche du droit traite de la compétence des tribunaux provinciaux canadiens, de l’opportunité d’exercer cette compétence, de la loi applicable dans un litige donné et des conditions de la reconnaissance et de l’exécution d’un jugement rendu par un tribunal d’une autre province ou d’un tribunal étranger. Ses règles se trouvent dans la common law et dans les lois des provinces de common law et, au Québec, dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, qui contient un ensemble complet de règles et de principes en la matière (voir le *Code civil du Québec*, Livre dixième, art. 3076 à 3168). L’interaction de la compétence provinciale et des situations juridiques survenues à l’extérieur de la province se situe à l’intérieur d’un cadre constitutionnel qui limite la portée extraterritoriale des lois provinciales et des tribunaux provinciaux. En effet, la Constitution attribue des pouvoirs aux provinces, mais elle n’en autorise l’exercice que sur leur territoire (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 1, p. 364-365 et 376-377; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 569; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 26-28, le juge Major) et dans le respect des restrictions territoriales prévues par la Constitution (voir *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870, par. 5, le juge Major; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 51, le juge Binnie).

(4) Origins of the Real and Substantial Connection Test

[22] The real and substantial connection test arose out of decisions of this Court that were aimed at establishing broad and flexible principles to govern the exercise of provincial powers and the actions of a province's courts. It was focussed on two issues: (1) the risk of jurisdictional overreach by provinces and (2) the recognition of decisions rendered in other jurisdictions within the Canadian federation and in other countries. In developing the real and substantial connection test, the Court crafted a constitutional principle rather than a simple conflicts rule (see G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at p. 47). However, the test was born as a general organizing principle of the conflict of laws. Its constitutional dimension appeared only later. Courts have used the expression "real and substantial connection" to describe the test in both senses, and often in the same judgment. This has produced confusion about both the nature of the test and the constitutional status of the rules and principles of private international law. A clearer distinction needs to be drawn between the private international law and constitutional dimensions of this test.

[23] From a constitutional standpoint, the Court has, by developing tests such as the real and substantial connection test, sought to limit the reach of provincial conflicts rules or the assumption of jurisdiction by a province's courts. However, this test does not dictate the content of conflicts rules, which may vary from province to province. Nor does it transform the whole field of private international law into an area of constitutional law. In its constitutional sense, it places limits on the reach of the jurisdiction of a province's courts and on the application of provincial laws to interprovincial or international situations. It also requires that all Canadian courts recognize and enforce decisions rendered by courts of the other Canadian provinces on the basis of a proper assumption of jurisdiction. But it does not establish the actual content of rules and principles of private international law, nor does

(4) Origine du critère du lien réel et substantiel

[22] Le critère du lien réel et substantiel provient d'arrêts dans lesquels notre Cour a tenté d'établir des principes larges et souples régissant l'exercice des pouvoirs des provinces et l'intervention des tribunaux provinciaux. À cette occasion, la Cour a mis l'accent sur deux difficultés : (1) le risque d'exercice d'une compétence trop étendue par les provinces, et (2) la reconnaissance des décisions d'autres ressorts rendues au sein de la fédération canadienne et à l'étranger. Ainsi, dans l'élaboration du critère du lien réel et substantiel, la Cour a créé un principe constitutionnel plutôt qu'une simple règle de droit international privé (voir G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 47). Cependant, le critère constituait au départ un principe directeur général de droit international privé. Sa dimension constitutionnelle est apparue seulement plus tard. D'ailleurs, les tribunaux utilisent, souvent dans le même jugement, l'expression « lien réel et substantiel » pour décrire les deux aspects du critère, ce qui entraîne la confusion quant à la nature du critère et au statut constitutionnel des principes et des règles de droit international privé. Il faut donc préciser la distinction entre le droit international privé et la dimension constitutionnelle du critère.

[23] D'un point de vue constitutionnel, la Cour tente, par l'élaboration de critères comme le critère du lien réel et substantiel, de limiter la portée des règles provinciales de droit international privé ou les déclarations de compétence des tribunaux provinciaux. Cependant, ce critère ne dicte pas le contenu de ces règles, qui peut varier d'une province à l'autre. Le critère ne transforme pas non plus l'ensemble du droit international privé en droit constitutionnel. Par son caractère constitutionnel, il établit des limites à la portée de la compétence des cours provinciales et à l'application des lois provinciales aux situations interprovinciales ou internationales. De plus, ce critère exige que toutes les cours au Canada reconnaissent et exécutent les décisions rendues par les cours des autres provinces lorsqu'elles se sont déclarées à bon droit compétentes dans une affaire donnée. Il ne permet toutefois

it require that those rules and principles be uniform.

[24] The first mention of a “real and substantial connection test” in the Court’s modern jurisprudence can be found in the reasons of Dickson J. in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393. That case concerned a tort action with respect to manufacturer’s liability. The main issue was whether the courts of Saskatchewan had jurisdiction over the claim and, if so, what substantive law governed it. Dickson J. suggested that the English courts seemed to be moving towards some form of “real and substantial connection test” (pp. 407-8) to resolve issues related to the assumption of jurisdiction by a province’s courts and the appropriate choice of the law applicable to a tort. The test was formally adopted in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077. As had been the case in *Moran*, the Court’s intention in *Morguard* was to develop an organizing principle of Canadian private international law, albeit with constitutional overtones. The test’s constitutional role in the Canadian federation was confirmed a few years later in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289. Its Janus-like nature — with a private international law face on the one hand and a constitutional face on the other — crystallized in *Hunt* and remained a permanent feature of the subsequent jurisprudence.

[25] In retrospect, it can be seen that in *Morguard*, the Court initiated a major shift in the framework governing the conflict of laws in Canada by accepting the validity of the real and substantial connection test as a principle governing the rules applicable to conflicts. In view of its importance, the case merits closer consideration. At issue in *Morguard* was an application to enforce, in British Columbia, a judgment rendered in Alberta against a resident of British Columbia. The claim related to a debt secured by a mortgage on property in Alberta. The parties were resident in Alberta at the time the

pas de déterminer le contenu réel des règles et des principes de droit international privé et n’exige pas que ces règles et principes soient uniformes.

[24] C’est dans les motifs rédigés par le juge Dickson dans *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, que le « critère du rapport réel et substantiel » apparaît pour la première fois dans la jurisprudence moderne de la Cour. Il était question dans cette affaire d’une action en responsabilité délictuelle intentée contre un fabricant. La Cour devait principalement établir si les tribunaux de la Saskatchewan avaient compétence sur l’action et déterminer, dans l’affirmative, le droit substantiel applicable au litige. Selon le juge Dickson, les tribunaux anglais semblaient tendre vers une forme quelconque de « critère du rapport réel et substantiel » (p. 407-408) pour trancher les questions liées aux déclarations de compétence par les tribunaux provinciaux et celles relatives à la détermination du droit applicable à un délit. Le critère a formellement été adopté dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Tout comme dans l’arrêt *Moran*, la Cour, dans *Morguard*, voulait établir un principe directeur de droit international privé canadien, comportant toutefois des connotations constitutionnelles. La Cour a confirmé, quelques années plus tard dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la place qu’occupe ce critère dans la fédération canadienne sur le plan constitutionnel. Le critère qui, à l’instar de Janus, se présente sous deux aspects — l’un de droit international privé et l’autre de nature constitutionnelle — a été confirmé dans l’arrêt *Hunt*, et toutes les décisions qui ont suivi l’ont conservé.

[25] Rétrospectivement, on peut constater que dans l’arrêt *Morguard*, la Cour a modifié considérablement le cadre du droit international privé au Canada en reconnaissant la validité du critère du lien réel et substantiel en tant que principe régissant l’application des règles du droit international privé. Un examen plus approfondi de cette affaire s’impose en raison de son importance. L’arrêt *Morguard* portait sur une demande d’exécution, en Colombie-Britannique, d’un jugement rendu en Alberta contre une personne résidant en Colombie-Britannique. La réclamation visait une dette

loan was made. La Forest J., writing for a unanimous Court, called for a re-evaluation of relationships between the courts of the provinces within the Canadian federation. The creation of the Canadian federation established an internal space within which exchanges should occur more freely than between independent states. The principle of comity and the principles of fairness and order applicable within a federal space required that the rules of private international law be adjusted (*Morguard*, at pp. 1095-96).

[26] In *Morguard*, the Court held that the courts of a province must recognize and enforce a judgment of a court of another province if a real and substantial connection exists between that court and the subject matter of the litigation. Another purpose of the test was to prevent improper assumptions of jurisdiction by the courts of a province. Thus, the test was designed to ensure that claims are not prosecuted in a jurisdiction that has little or no connection with either the transactions or the parties, and it requires that a judgment rendered by a court which has properly assumed jurisdiction in a given case be recognized and enforced. La Forest J. did not seek to determine the precise content of this real and substantial connection test (*Morguard*, at p. 1108), nor did he elaborate on the strength of the connection. Rather, he held that the connections between the matters or the parties, on the one hand, and the court, on the other, must be of some significance in order to promote order and fairness. They must not be “tenuous” (p. 1110). La Forest J. added that the requirement of a real and substantial connection was consistent with the constitutional imperative that provincial power be exercised “in the province” (p. 1109). Because the appeal had not been argued on constitutional grounds, however, he refrained from determining whether the real and substantial connection test should be considered a constitutional test.

[27] The Court’s subsequent judgment in *Hunt* confirmed the constitutional nature of the real and substantial connection test. That case concerned

garantie par une hypothèque consentie sur un bien-fonds en Alberta. Les parties résidaient en Alberta au moment où le prêt avait été consenti. S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge La Forest a préconisé une réévaluation des rapports qu’entre-tiennent entre eux les tribunaux provinciaux au sein de la fédération canadienne. La création de la fédération canadienne avait permis d’aménager un espace où les échanges devaient se faire plus librement qu’entre États indépendants. Les principes de courtoisie, d’équité et d’ordre applicables dans un espace fédéral exigeaient alors en conséquence une modification des règles du droit international privé (*Morguard*, p. 1095-1096).

[26] Dans *Morguard*, la Cour a conclu que les tribunaux d’une province doivent reconnaître et exécuter un jugement rendu par le tribunal d’une autre province lorsqu’un lien réel et substantiel rattache ce tribunal à l’objet du litige. Le critère visait aussi à prévenir les déclarations de compétence inopportunes par les cours provinciales. D’une part, ce critère visait donc à empêcher que des poursuites soient engagées dans un ressort n’ayant que peu ou pas de lien avec les opérations ou les parties. D’autre part, il exigeait la reconnaissance et l’exécution des jugements rendus par des tribunaux s’étant à bon droit déclarés compétents dans une affaire donnée. Le juge La Forest n’a pas cherché à déterminer la nature exacte de ce critère du lien réel et substantiel (*Morguard*, p. 1108), et il n’a pas non plus fourni de précisions sur la force de ce lien. Il a plutôt conclu que le lien entre les affaires ou les parties et la cour devait revêtir une certaine importance pour favoriser l’ordre et l’équité. Ce lien ne devait pas être « ténu » (p. 1110). Toujours selon le juge La Forest, la présence obligatoire d’un lien réel et substantiel respectait l’impératif constitutionnel selon lequel le pouvoir provincial doit être exercé « [dans] la province » (p. 1109). Comme le pourvoi n’avait pas été débattu sur la base de considérations constitutionnelles, le juge La Forest s’est toutefois abstenu de décider s’il fallait qualifier de constitutionnel le critère du lien réel et substantiel.

[27] Dans l’arrêt *Hunt*, rendu par la suite, notre Cour a confirmé la nature constitutionnelle du critère en question. Cette affaire portait sur

the application of a “blocking” statute enacted by the Quebec legislature that prohibited the transfer to other jurisdictions of certain documents kept by corporations in Quebec, even in the context of court litigation. The Court found that the statute was not applicable to litigation conducted in British Columbia. It held that assumptions of jurisdiction by a province and its courts must be grounded in the principles of order and fairness in the judicial system. The real and substantial connection test from *Morguard* reflected the need for limits on assumptions of jurisdiction by a province’s courts (*Hunt*, at p. 325). Any improper assumption of jurisdiction would be negated by the requirement that there be a “real and substantial connection” (p. 328; see C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at p. 38).

[28] Since *Hunt*, the real and substantial connection test has been recognized as a constitutional imperative in the application of the conflicts rules. It reflects the limits of provincial legislative and judicial powers and has thus become more than a conflicts rule. Its application was extended to the recognition and enforcement of foreign judgments in *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416.

[29] But, in the common law, the nature of the conflicts rules that would accord with the constitutional imperative has remained largely undeveloped in this Court’s jurisprudence. Although the real and substantial connection test has been consistently applied both as a constitutional test and as a principle of private international law, since *Hunt*, the Court has generally declined to articulate the content of the private international law rules that would satisfy the test’s constitutional requirements or to develop a framework for them. The Court has continued to affirm the relevance and importance of the test and has even extended it to foreign judgments, but without attempting to elaborate upon the rules it requires (see *Beals*, at paras. 23 and 28, *per* Major J.).

l’application d’une loi « prohibitive » de la province de Québec interdisant, même dans le cas d’un litige devant les tribunaux, le transport dans d’autres ressorts de certains documents conservés par des sociétés québécoises. La Cour a jugé que la loi ne s’appliquait pas à une poursuite instruite en Colombie-Britannique. Selon elle, la déclaration de compétence d’une province et de ses tribunaux devait avoir pour assises les principes d’ordre et d’équité applicables dans le système judiciaire. Le critère du lien réel et substantiel adopté dans l’arrêt *Morguard* démontrait la nécessité d’établir des limites aux déclarations de compétence des tribunaux provinciaux (*Hunt*, p. 325). L’exigence du « lien réel et substantiel » ferait obstacle à toute déclaration de compétence inopportune (p. 328; voir C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3<sup>e</sup> éd. 2011), p. 38).

[28] Depuis l’arrêt *Hunt*, on reconnaît le critère du lien réel et substantiel comme un impératif constitutionnel dans l’application des règles du droit international privé. Ce critère indique les limites auxquelles sont assujettis les pouvoirs législatif et judiciaire des provinces. Il est donc devenu plus qu’une règle de droit international privé. De plus, dans l’arrêt *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, la Cour a étendu son application à la reconnaissance et à l’exécution des jugements étrangers.

[29] Mais en common law, la nature des règles du droit international privé qui seraient compatibles avec l’impératif constitutionnel reste en bonne partie inexplorée dans la jurisprudence de notre Cour. Bien que le critère du lien réel et substantiel ait été constamment appliqué comme critère constitutionnel et principe de droit international privé, depuis l’arrêt *Hunt*, la Cour a généralement refusé de préciser le contenu et le cadre d’application des règles de droit international privé qui répondraient aux exigences d’ordre constitutionnel qu’impose le critère. La Cour a continué de souligner la pertinence et l’importance du critère, et a même étendu son application aux jugements étrangers, mais sans tenter de préciser les règles applicables (voir *Beals*, par. 23 et 28, le juge Major).

[30] So the test does exist. But what does it mean? What rules would satisfy its status as a constitutional imperative? Two approaches are possible. One approach is to view the test not only as a constitutional principle, but also as a conflicts rule in itself. If it is viewed as a conflicts rule, its content would fall to be determined on a case-by-case basis by the courts in decisions in which they would attempt to implement the objectives of order and fairness in the legal system. The other approach is to accept that the test imposes constitutional limits on provincial powers, but to seek to develop a system of connecting factors and principles designed to make the resolution of conflict of laws issues more predictable in order to reduce the scope of judicial discretion exercised in the context of each case. Some academic commentators view the second approach as critical in order to maintain order, efficiency and predictability in this area of the law. Indeed, the real and substantial connection test itself has been criticized as being much too loose and unpredictable to facilitate an orderly resolution of conflicts issues (see J.-G. Castel; J. Blom and E. Edinger, “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373).

[31] Thus, in the course of this review, we should remain mindful of the distinction between the real and substantial connection test as a constitutional principle and the same test as the organizing principle of the law of conflicts. With respect to the constitutional principle, the territorial limits on provincial legislative competence and on the authority of the courts of the provinces derive from the text of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. These limits are, in essence, concerned with the legitimate exercise of state power, be it legislative or adjudicative. The legitimate exercise of power rests, *inter alia*, upon the existence of an appropriate relationship or connection between the state and the persons who are brought under its authority. The purpose of constitutionally imposed territorial limits is to ensure the existence

[30] Ainsi, le critère existe. Mais en quoi peut-il consister? Quelles règles répondraient à l’impératif constitutionnel qu’il constitue? Deux approches peuvent être retenues. On pourrait considérer le critère non seulement comme un principe constitutionnel, mais aussi comme une règle de droit international privé en soi. Si le critère était considéré comme une règle de droit international privé, il appartiendrait aux juges d’établir au cas par cas son contenu et de tenter, dans leurs décisions, de mettre en œuvre les objectifs d’ordre et d’équité au sein du système juridique. L’autre approche consisterait à reconnaître que le critère impose des limites constitutionnelles aux pouvoirs des provinces, tout en cherchant à développer un ensemble de facteurs de rattachement et de principes susceptibles d’accroître la prévisibilité du règlement des problèmes de droit international privé et de réduire par le fait même l’étendue du pouvoir discrétionnaire exercé par les juges dans chaque cas. Selon certains auteurs, l’adoption de la deuxième approche est essentielle au maintien de l’ordre, de l’efficacité et de la prévisibilité dans ce domaine du droit. En fait, on a critiqué le critère du lien réel et substantiel, parce qu’il serait beaucoup trop vague et imprévisible pour favoriser la résolution ordonnée des problèmes de droit international privé (voir J.-G. Castel; J. Blom et E. Edinger, « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373).

[31] Dans la présente analyse, il nous faut donc garder à l’esprit la distinction entre le critère du lien réel et substantiel en tant que principe constitutionnel et ce même critère en tant que principe directeur du droit international privé. En ce qui concerne le principe constitutionnel, les limites territoriales de la compétence législative provinciale et de l’autorité des tribunaux provinciaux découlent du texte de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Essentiellement, ces limites visent à assurer l’exercice légitime du pouvoir — législatif ou juridictionnel — de l’État. L’exercice légitime de ce pouvoir repose notamment sur l’existence d’un rapport ou d’un lien approprié entre l’État et les personnes sur lesquelles il peut exercer son autorité. Les limites territoriales qu’impose la Constitution garantissent l’existence du rapport ou du lien requis

of the relationship or connection needed to confer legitimacy.

[32] As can be observed from the jurisprudence, in Canadian constitutional law, the real and substantial connection test has given expression to the constitutionally imposed territorial limits that underlie the requirement of legitimacy in the exercise of the state's power of adjudication. This test suggests that the connection between a state and a dispute cannot be weak or hypothetical. A weak or hypothetical connection would cast doubt upon the legitimacy of the exercise of state power over the persons affected by the dispute.

[33] The constitutionally imposed territorial limits on adjudicative jurisdiction are related to, but distinct from, the real and substantial connection test as expressed in conflicts rules. Conflicts rules include the rules that have been chosen for deciding when jurisdiction can be assumed over a given dispute, what law will govern a dispute or how an adjudicative decision from another jurisdiction will be recognized and enforced. The constitutional territorial limits, on the other hand, are concerned with setting the outer boundaries within which a variety of appropriate conflicts rules can be elaborated and applied. The purpose of the constitutional principle is to ensure that specific conflicts rules remain within these boundaries and, as a result, that they authorize the assumption of jurisdiction only in circumstances representing a legitimate exercise of the state's power of adjudication.

[34] This case concerns the elaboration of the "real and substantial connection" test as an appropriate common law conflicts rule for the assumption of jurisdiction. I leave further elaboration of the content of the constitutional test for adjudicative jurisdiction for a case in which a conflicts rule is challenged on the basis of inconsistency with constitutionally imposed territorial limits. To be clear, however, the existence of a constitutional test aimed at maintaining the constitutional limits on

pour conférer la légitimité nécessaire à l'exercice de ce pouvoir.

[32] Comme l'illustre la jurisprudence, en droit constitutionnel canadien, le critère du lien réel et substantiel a affirmé les limites territoriales imposées par la Constitution qui sous-tendent la légitimité nécessaire à l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'État. Ce critère suppose que le lien entre un État et un litige ne peut être tenu ni hypothétique. Un lien de cette nature jetterait un doute sur la légitimité de l'exercice, par l'État, de son pouvoir sur les personnes que touche le litige.

[33] Les limites territoriales à la compétence juridictionnelle qu'impose la Constitution sont reliées au critère du lien réel et substantiel exprimé dans les règles du droit international privé, mais ces limites demeurent distinctes de ce critère. En effet, les règles de droit international privé comprennent les règles choisies pour permettre aux tribunaux de déterminer dans quelles circonstances ils peuvent se déclarer compétents à l'égard d'un litige donné, quelles lois ils doivent appliquer à un litige ou de quelle façon ils doivent reconnaître et exécuter une décision rendue dans un autre ressort. Par contre, les limites territoriales prévues par la Constitution déterminent le territoire à l'intérieur duquel peuvent être élaborées et appliquées diverses règles de droit international privé appropriées. Le principe constitutionnel vise à assurer que les règles particulières de droit international privé respectent les limites de ce territoire et, par conséquent, qu'elles n'autorisent la déclaration de compétence que dans des circonstances représentant un exercice légitime du pouvoir juridictionnel de l'État.

[34] En l'espèce, il s'agit d'élaborer le critère du « lien réel et substantiel » en tant que règle de droit international privé qu'un tribunal peut appliquer en common law pour déterminer s'il peut se déclarer compétent. Le contenu du critère constitutionnel de la compétence juridictionnelle pourra être élaboré dans une affaire dans laquelle une règle de droit international privé serait contestée parce qu'elle ne respecterait pas les limites territoriales imposées par la Constitution. Précisons toutefois

the powers of a province's legislature and courts does not mean that the rules of private international law must be uniform across Canada. Legislatures and courts may adopt various solutions to meet the constitutional requirements and the objectives of efficiency and fairness that underlie our private international law system. Nor does this test's existence mean that the connections with the province must be the strongest ones possible or that they must all point in the same direction.

[35] Turning to the search for appropriate conflicts rules, the trend is towards retaining or establishing a system of connecting factors informed by principles for applying them, as opposed to relying on almost pure judicial discretion to achieve order and fairness. This trend is apparent in the laws passed by certain provincial legislatures and is reflected in a number of judicial decisions. These decisions include the important jurisprudential current that the Ontario Court of Appeal has been developing since *Muscutt*, which is in issue in the cases at bar. The real and substantial connection test should be viewed not in isolation, but rather in the context of its historical roots, contemporary legislative developments, the academic literature and initiatives aimed at developing and modernizing Canada's conflicts rules. The test was not born *ex nihilo*, without any awareness of the methods and techniques that evolved in the field of private international law. In this respect, both the common law and the civil law have relied largely on the selection and use of a number of specific objective factual connections.

[36] In *Hunt*, La Forest J. cautioned against casting aside all the traditional connections. In commenting on the difficulties of framing an appropriate test for a reasonable assumption of jurisdiction and on the development of the real and substantial connection test, he wrote:

que l'existence d'un critère constitutionnel visant le maintien des limites constitutionnelles des pouvoirs des législatures et des cours provinciales ne signifie pas que les règles de droit international privé doivent être uniformes partout au Canada. Les législatures et les tribunaux provinciaux peuvent adopter diverses solutions pour satisfaire aux exigences constitutionnelles et aux objectifs d'efficacité et d'équité sur lesquels repose notre système de droit international privé. L'existence d'un tel critère ne signifie pas non plus que les liens avec la province doivent être les plus déterminants possible ou qu'ils doivent tous tendre à la même conclusion.

[35] Dans la recherche de règles de droit international privé adéquates, la tendance prédominante consiste à maintenir ou à développer un ensemble de facteurs de rattachement inspirés des principes qui en régissent l'application, plutôt qu'à compter sur le pouvoir presque purement discrétionnaire des juges d'instaurer l'ordre et l'équité. Cette tendance ressort des lois que certaines provinces ont adoptées et d'un certain nombre de décisions judiciaires, notamment du courant jurisprudenciel important qui s'est établi en Cour d'appel de l'Ontario depuis l'arrêt *Muscutt*, et que nous devons examiner en l'espèce. Le critère du lien réel et substantiel devrait être examiné non pas hors contexte, mais bien en tenant compte de ses origines, des développements législatifs récents, de la doctrine et des initiatives destinées à développer et à moderniser les règles du droit international privé au Canada. En effet, on n'a pas créé ce critère *ex nihilo* sans tenir compte de l'évolution des méthodes et techniques dans le domaine du droit international privé. À cet égard, la common law et le droit civil se fondent dans une large mesure sur la sélection et l'utilisation d'un certain nombre de liens factuels objectifs et précis.

[36] Dans l'arrêt *Hunt*, le juge La Forest a indiqué qu'il faut se garder d'écarter tous les liens traditionnels. Dans son opinion, il a fait quelques observations sur les difficultés que présente la formulation d'un critère approprié de déclaration raisonnable de compétence et au sujet de l'élaboration du critère du lien réel et substantiel :



The exact limits of what constitutes a reasonable assumption of jurisdiction were not defined, and I add that no test can perhaps ever be rigidly applied; no court has ever been able to anticipate all of these. However, though some of these may well require reconsideration in light of *Morguard*, the connections relied on under the traditional rules are a good place to start. [p. 325]

[37] Not long after *Hunt*, the Court rendered its judgment in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, a case concerned mainly with determining what law should apply to a tort. In it, too, the Court's concern was to assure predictability in the application of the law of conflicts to tort claims. The Court established a new conflicts rule in respect of torts, abandoning the rule it had adopted in *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62, that favoured the law of the forum (*lex fori*) and holding that, in principle, the law governing the tort should be that of the place where the tort occurred (*lex loci delicti*). The *situs* of the tort would also justify the assumption of jurisdiction by the courts of a province. The Court did not at that time rely solely on the real and substantial connection test as a conflicts rule. In a sense, it held that in this context, the objectives of fairness and efficiency in the conflicts system would be better served by relying on factual connections with the place where the tort occurred.

[38] In La Forest J.'s opinion, *Morguard* prevented courts from overreaching by entering into matters in which they had little or no interest (*Tolofson*, at p. 1049). But he also cautioned against building a system of private international law based solely on the expectations of the parties and concerns of fairness in a specific case, as such a system could hardly be considered rational. A degree of predictability or reliability must be assured:

The truth is that a system of law built on what a particular court considers to be the expectations of the parties or what it thinks is fair, without engaging in further probing about what it means by this, does not bear the hallmarks of a rational system of law. Indeed in the present context it wholly obscures the nature of

Les limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n'ont pas été déterminées et j'ajoute qu'aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement; aucun tribunal n'a jamais pu prévoir tous ces cas. Toutefois, même s'il peut bien être nécessaire d'en réexaminer certains à la lumière de l'arrêt *Morguard*, les liens invoqués aux termes des règles traditionnelles constituent un bon point de départ. [p. 325]

[37] Peu après le prononcé de l'arrêt *Hunt*, la Cour a rendu l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, où elle devait essentiellement établir le droit applicable à un délit. Encore une fois, la Cour tenait à assurer une certaine prévisibilité dans l'application des règles de droit international privé aux actions en responsabilité délictuelle. La Cour a créé dans cet arrêt une nouvelle règle de droit international privé applicable aux délits. La Cour a alors abandonné la règle établie dans *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62, qui favorisait la loi du for, et a conclu que le droit applicable au délit devait être en principe celui du lieu du délit (la *lex loci delicti*). La détermination du lieu du délit permettrait également aux cours provinciales de se déclarer compétentes. La Cour n'a pas tenté à l'époque de s'appuyer uniquement sur le critère du lien réel et substantiel en tant que règle de droit international privé. Dans un sens, elle a conclu que dans ce contexte, les objectifs d'équité et d'efficacité seraient mieux servis si les tribunaux s'appuyaient sur des liens factuels avec le lieu du délit.

[38] De l'avis du juge La Forest, l'arrêt *Morguard* a empêché les tribunaux d'abuser de leur pouvoir en intervenant dans des affaires où ils n'avaient que peu ou pas d'intérêt (*Tolofson*, p. 1049). Mais le juge La Forest a aussi souligné qu'il faut s'abstenir d'établir un régime de droit international privé fondé uniquement sur les attentes des parties et le souci d'équité dans une affaire donnée, car un tel régime pourrait difficilement être perçu comme rationnel. Il importe d'assurer une certaine prévisibilité ou fiabilité :

En vérité, un système de droit fondé sur la conception qu'un tribunal particulier a des attentes des parties ou de l'équité, sans chercher davantage à découvrir ce qu'il entend par là, n'a pas les caractéristiques distinctives d'un système juridique rationnel. En fait, il masque complètement la nature du problème dans le présent

the problem. In dealing with legal issues having an impact in more than one legal jurisdiction, we are not really engaged in that kind of interest balancing. We are engaged in a structural problem. [pp. 1046-47]

To La Forest J. in *Tolofson*, order was needed in the conflicts system, and was even a precondition to justice (p. 1058). Certainty was one of the key purposes being pursued in framing a conflicts rule (p. 1061). With this in mind, the Court crafted what it hoped would be a clear conflicts rule for torts that would bring a degree of certainty to this part of tort law and private international law (pp. 1062-64). Subject to the constitutional requirement established in *Morguard*, this rule would make it possible to identify some connecting factors linking the court or the law to the matter and to the parties. The presence of such factors would not necessarily resolve everything. Specific torts might raise particular difficulties that could require crafting carefully defined exceptions (p. 1050). Such difficulties indeed arise in the companion cases of *Breeden* and *Éditions Écosociété Inc.* Nevertheless, a conflicts rule based on specific connections seemed likely to introduce greater certainty into the interpretation and application of private international law principles in Canada.

[39] Legislative action since *Morguard* and *Hunt* points in the same direction. Without entering into the details of the complex, often flexible and nuanced, system of conflicts rules that became part of the *Civil Code of Québec* in 1994, it is worth mentioning that the *Civil Code* sets out a number of specific conflicts rules that identify connecting factors to be applied in various international or interprovincial situations. This Court has discussed the *Civil Code*'s scheme on a number of occasions. In particular, in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, it reviewed the scheme applicable to the assumption by Quebec courts of jurisdiction over situations involving delictual or

contexte. Lorsque nous examinons des questions juridiques ayant une incidence dans plus d'un ressort, nous ne procédons pas vraiment à ce genre de pondération d'intérêts. Nous avons affaire à un problème structurel. [p. 1046-1047]

Selon le juge La Forest dans *Tolofson*, il fallait établir de l'ordre dans le système de droit international privé. Il considérait même l'établissement de cet ordre comme une condition préalable de la justice (p. 1058). La certitude constituait l'un des principaux objectifs que visait la formulation d'une règle de droit international privé (p. 1061). Dans cette perspective, la Cour a formulé ce qui, espérait-elle, deviendrait une règle claire de droit international privé applicable aux délits qui apporterait une certaine certitude à ce volet du droit des délits et du droit international privé (p. 1062-1064). Cette règle devrait, sous réserve de l'exigence constitutionnelle énoncée dans *Morguard*, permettre de relever certains facteurs de rattachement liant le tribunal ou le droit à l'affaire et aux parties. La présence de ces facteurs ne serait pas nécessairement une panacée. Certains délits particuliers pouvaient poser des difficultés particulières qui justifieraient la reconnaissance d'exceptions définies soigneusement (p. 1050). De telles difficultés se posent en effet dans les affaires connexes *Breeden* et *Éditions Écosociété Inc.* Toutefois, une règle de droit international privé fondée sur des liens précis apporterait vraisemblablement une certitude accrue dans l'interprétation et l'application des principes de droit international privé au Canada.

[39] Les interventions du législateur depuis les arrêts *Morguard* et *Hunt* s'orientent dans cette direction. Sans entrer dans les détails des règles du système de droit international privé complexe et généralement souple et nuancé que l'on a intégré au *Code civil du Québec* en 1994, il convient de signaler que le *Code civil* énonce plusieurs règles précises en la matière qui reconnaissent des facteurs de rattachement applicables à diverses situations aux plans international ou interprovincial. La Cour a analysé le régime du *Code civil* à quelques reprises. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, elle a étudié le régime applicable aux déclarations de compétence par les

quasi-delictual liability in an international or inter-provincial context.

[40] Across Canada, various initiatives have been undertaken to flesh out the real and substantial connection test. For example, the Uniform Law Conference of Canada proposed a uniform Act to govern issues related to jurisdiction and to the doctrine of *forum non conveniens* (see *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) (online)).

[41] The *CJPTA* focusses mainly on issues related to the assumption of jurisdiction. Section 3(e) provides that a court may assume jurisdiction if “there is a real and substantial connection between [enacting province or territory] and the facts on which the proceeding against that person is based” (text in brackets in original). Section 10 enumerates a variety of circumstances in which such a connection would be presumed to exist. For example, it lists a number of factors that might apply where the purpose of the proceeding is the determination of property rights or rights related to a contract. In the case of tort claims, s. 10(g) provides that the commission of a tort in a province would be a proper basis for the assumption of jurisdiction by that province’s courts. Section 10 states that the list of connecting factors would not be closed and that other circumstances might be proven in order to establish a real and substantial connection. The *CJPTA* also includes specific provisions regarding forum of necessity (s. 6) and *forum non conveniens* (s. 11). A number of subsequent provincial statutes are clearly based on the *CJPTA* (see, e.g., *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.S. 1997, c. C-41.1; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.Y. 2000, c. 7 (not yet in force)).

[42] In these statutes, the legislative scheme proposed in the *CJPTA* has been adopted, with some differences in wording, as they include

tribunaux québécois dans les cas de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle dans un contexte international ou interprovincial.

[40] Partout au Canada, diverses mesures ont été prises pour étoffer le critère du lien réel et substantiel. Par exemple, la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada a proposé une loi uniforme visant les problèmes relatifs à la compétence et à la règle du *forum non conveniens* (voir la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« *LUCTRI* ») (en ligne)).

[41] La *LUCTRI* a surtout mis l’accent sur les problèmes relatifs à la déclaration de compétence. Selon l’al. 3e), un tribunal peut se déclarer compétent s’« il existe un lien réel et substantiel entre [province ou territoire qui adopte la Loi] et les faits sur lesquels est fondée l’instance » (texte entre crochets dans l’original). L’article 10 énonce diverses situations dans lesquelles l’existence d’un tel lien serait présumée. À titre d’exemple, il dresse une liste de facteurs susceptibles de s’appliquer si l’instance se rapporte à la détermination de droits de propriété ou de droits découlant d’un contrat. Dans les cas d’actions en responsabilité délictuelle, l’al. 10g) prévoit que les tribunaux d’une province peuvent se déclarer compétents à l’égard d’un délit commis dans cette province. L’article 10 prévoit aussi que la liste des facteurs de rattachement ne serait pas limitative et qu’il serait possible d’établir que d’autres circonstances démontrent l’existence d’un lien réel et substantiel. La *LUCTRI* contient également des dispositions précises relatives au for de nécessité (l’art. 6) et au *forum non conveniens* (l’art. 11). Plusieurs lois provinciales subséquentes s’inspirent clairement de la *LUCTRI* (voir par exemple la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, ch. 28; la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.S. 1997, ch. C-41.1; la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), ch. 2; la *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.Y. 2000, ch. 7 (non en vigueur)).

[42] Malgré un certain nombre de différences dans leur formulation, ces lois adoptent le régime proposé dans la *LUCTRI*, car elles comportent

non-exhaustive lists of prescriptive connecting factors which are presumed to establish a real and substantial connection. Unlike with Book Ten of the *Civil Code of Québec*, the legislatures that enacted them did not attempt to codify the entire field of private international law, but attached particular importance to issues related to the assumption and exercise of jurisdiction.

[43] Unlike in these other provinces, the Ontario legislature has not enacted a statute based on the *CJPTA*. However, the province has established its own set of connecting factors for the purposes of service outside Ontario, which are set out in the *Ontario Rules of Civil Procedure*. These factors, which are found in rule 17.02, are similar, in part, to those of the *CJPTA* and of the statutes based on the *CJPTA*. It has been observed, though, that rule 17.02 is purely procedural in nature and does not by itself establish jurisdiction in a case (P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2010), at p. 121).

(5) Understanding the Real and Substantial Connection Test — The Ontario Court of Appeal in *Muscutt*

[44] Given the absence of statutory rules, the Ontario Court of Appeal endeavoured to establish a common law framework for the application of the real and substantial connection test in its important judgment in *Muscutt*. At issue in that case was a claim in tort. An Ontario resident had been injured in a car crash in Alberta. The four defendants lived in Alberta at the time. One of them moved to Ontario after the accident. The plaintiff returned to Ontario and sued all the defendants in Ontario. Two of the Alberta defendants moved to stay the action for want of jurisdiction and, in the alternative, on the basis of *forum non conveniens*. They argued that the action should be stayed for want of jurisdiction. They also challenged the constitutional validity of the provisions of the Ontario rules on service outside the province. In their opinion, those provisions were *ultra vires* the province of Ontario because they had an extraterritorial effect. The Ontario Superior Court of Justice dismissed the constitutional challenge and assumed

des listes non limitatives de facteurs de rattachement normatifs réputés établir un lien réel et substantiel. Contrairement au Livre dixième du *Code civil du Québec*, ces lois ne visaient pas à codifier tout le domaine du droit international privé mais accordaient une importance particulière aux problèmes que suscitent la déclaration et l'exercice de la compétence.

[43] Contrairement à ces autres provinces, l'Ontario n'a pas adopté une loi inspirée de la *LUCTRI*. Toutefois, pour les besoins de la signification en dehors de la province, l'Ontario a établi sa propre liste de facteurs de rattachement dans ses *Règles de procédure civile*. Ces facteurs, qui figurent à l'art. 17.02, ressemblent en partie à ceux énoncés dans la *LUCTRI* et les lois qu'elle a inspirées. On a fait remarquer toutefois que l'art. 17.02 est de nature purement procédurale et ne confère pas en soi compétence (P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2010), p. 121).

(5) Critère du lien réel et substantiel — L'arrêt *Muscutt* de la Cour d'appel de l'Ontario

[44] En raison de l'absence de règles d'origine législative, la Cour d'appel de l'Ontario s'est appliquée à établir un cadre jurisprudentiel d'application du critère du lien réel et substantiel dans son important jugement dans l'affaire *Muscutt*, portant sur une action en responsabilité délictuelle. Un résident de l'Ontario avait été blessé lors d'un accident d'automobile survenu en Alberta. Les quatre défendeurs vivaient en Alberta à l'époque, mais l'un d'eux a déménagé en Ontario par la suite. Le demandeur est revenu en Ontario et y a poursuivi en justice tous les défendeurs. Deux défendeurs albertains ont demandé la suspension de l'instance pour défaut de compétence et, subsidiairement, pour cause de *forum non conveniens*. Ils ont soutenu que la cour n'avait pas compétence et devait ordonner la suspension de l'instance. Ils ont aussi attaqué la constitutionnalité des règles ontariennes sur la signification en dehors de la province. Selon eux, du fait de leur portée extraterritoriale, ces dispositions outrepassaient les pouvoirs de la province de

jurisdiction. The matter was then appealed to the Court of Appeal, which took the opportunity to consider the constitutional issues, although the main focus of its decision was on the content and the application of the real and substantial connection test.

[45] The Court of Appeal quickly disposed of the argument that rule 17.02(h) was unconstitutional. It acknowledged that the real and substantial connection test imposed constitutional limits on the assumption of jurisdiction by a province's courts. But in its opinion, rule 17.02(h) was purely procedural and did not by itself determine the issue of the jurisdiction of the Ontario courts. The rule applied within the limits of the real and substantial connection test and did not resolve the issue of the assumption of jurisdiction (*Muscutt*, at paras. 50-52).

[46] The Court of Appeal then turned to the central issue in the case: whether it was open to the Superior Court of Justice to assume jurisdiction. Sharpe J.A. first sought to draw a clear distinction between the assumption of jurisdiction itself and *forum non conveniens*, which concerns the court's discretion to decline to exercise its jurisdiction. He cautioned against conflating what he viewed as different analytical stages in a situation in which the assumption of jurisdiction is in issue. A court must determine whether it has jurisdiction by applying the appropriate principles governing the assumption of jurisdiction. If it does have jurisdiction, it might then have to consider whether it should decline to exercise that jurisdiction in favour of a more appropriate forum (*Muscutt*, at paras. 40-42). The critical step in this process consists in determining when a court can properly assume jurisdiction in light of the constitutional limits imposed by the real and substantial connection test.

[47] Sharpe J.A. emphasized the importance of this Court's decisions — from *Morguard* to *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897 — in the re-crafting of the traditional approaches to the

l'Ontario. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la contestation constitutionnelle et s'est déclarée compétente. L'affaire a ensuite été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a profité de l'occasion pour examiner les questions d'ordre constitutionnel. La Cour d'appel s'est toutefois surtout attardée dans sa décision au contenu et à l'application du critère du lien réel et substantiel.

[45] La Cour d'appel a rapidement tranché l'argument selon lequel l'al. 17.02h) était inconstitutionnel. Elle a reconnu que le critère du lien réel et substantiel imposait des limites d'ordre constitutionnel au pouvoir des tribunaux provinciaux de se déclarer compétents. Mais, à son avis, l'al. 17.02h) des Règles était purement procédural et ne permettait pas en soi de trancher la question de la compétence des tribunaux ontariens. Cet alinéa s'appliquait dans les limites du critère du lien réel et substantiel et ne permettait pas de résoudre la question de la déclaration de compétence (*Muscutt*, par. 50-52).

[46] La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur la question fondamentale dans cette affaire, à savoir si la Cour supérieure de justice de l'Ontario pouvait se déclarer compétente. Le juge Sharpe a tout d'abord tenté d'établir une nette distinction entre la déclaration de compétence elle-même et le *forum non conveniens*, qui touche le pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi de décliner compétence. Il a souligné qu'il fallait éviter de confondre ce qu'il considérait comme des étapes distinctes de l'analyse dans un cas de déclaration de compétence. Le tribunal doit décider s'il a compétence selon les principes applicables en la matière. S'il a effectivement compétence, il devra peut-être décliner compétence en faveur d'un tribunal plus approprié (*Muscutt*, par. 40-42). L'étape cruciale de ce processus consiste à déterminer quand le tribunal peut à juste titre se déclarer compétent compte tenu des limites constitutionnelles imposées par le critère du lien réel et substantiel.

[47] Le juge Sharpe a souligné l'importance des décisions rendues par notre Cour — depuis l'arrêt *Morguard* jusqu'à l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 — quant à la

resolution of conflicts in private international law. The adoption of the real and substantial connection test mandated a flexible approach to the assumption of jurisdiction informed by the underlying requirements of order and fairness. This approach required a concrete analysis of a number of factors that would allow a court to decide whether a sufficient connection existed between the forum and the subject matter of the litigation rather than with the parties. The court was to look not for the strongest possible connection with the forum, but for a minimum connection sufficient to meet the constitutional requirement that the matter be linked to the forum (para. 44). The Court of Appeal held that a court should consider a variety of factors to determine whether it has jurisdiction. Sharpe J.A. recommended taking a broad approach to jurisdiction. The defendant's relationship with the forum might be an "important" connecting factor, but not a "necessary" one (para. 74 (emphasis deleted)).

[48] Although the Court of Appeal acknowledged the importance of flexibility, it stressed that clarity and certainty are also necessary characteristics of the conflicts system. It accordingly developed a list of eight factors to be considered when deciding whether an assumption of jurisdiction is justified:

- (1) the connection between the forum and the plaintiff's claim;
- (2) the connection between the forum and the defendant;
- (3) unfairness to the defendant in assuming jurisdiction;
- (4) unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction;
- (5) the involvement of other parties to the suit;
- (6) the court's willingness to recognize and enforce an extraprovincial judgment rendered on the same jurisdictional basis;

reformulation des méthodes traditionnelles de règlement des conflits en droit international privé. Avec l'adoption du critère du lien réel et substantiel, il fallait aborder avec souplesse la déclaration de compétence, en considérant les principes sous-jacents d'ordre et d'équité. Suivant cette approche, une analyse concrète d'un certain nombre de facteurs devait permettre au tribunal de déterminer s'il existe un lien suffisant entre le tribunal et l'objet du litige plutôt que les parties. Le tribunal doit rechercher non pas le lien le plus étroit qui soit avec le ressort, mais un lien minimal suffisant pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle du rapport entre l'objet du litige et le ressort (par. 44). Selon la Cour d'appel, le tribunal doit examiner divers facteurs afin de décider s'il a compétence. Le juge Sharpe a recommandé une approche libérale à l'égard de la compétence. Ainsi, les rapports entre le défendeur et le ressort peuvent constituer un facteur de rattachement [TRADUCTION] « important », mais non un facteur « nécessaire » (par. 74 (italiques omis)).

[48] La Cour d'appel a reconnu l'importance de la souplesse dans l'établissement d'un régime de droit international privé, mais elle a souligné que la clarté et la certitude constituent également des caractéristiques essentielles de ce système. Elle a donc élaboré une liste de huit facteurs qu'il faut prendre en considération au moment de décider si une déclaration de compétence est justifiée :

- (1) le lien entre le tribunal et la demande;
- (2) le lien entre le tribunal et le défendeur;
- (3) le caractère inéquitable, pour le défendeur, de la déclaration de compétence;
- (4) le caractère inéquitable, pour le demandeur, du refus du tribunal de se déclarer compétent;
- (5) la participation d'autres parties à l'instance;
- (6) la volonté du tribunal de reconnaître et d'exécuter un jugement extraprovincial rendu sur le même fondement juridictionnel;

- (7) whether the case is interprovincial or international in nature; and
- (8) comity and the standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere.

[49] In the Court of Appeal's opinion, no single factor should be determinative. In Sharpe J.A.'s words, "all relevant factors should be considered and weighed together" (*Muscutt*, at para. 76). The Court of Appeal held that the Superior Court of Justice could assume jurisdiction in the case before it. It turned briefly to the issue of *forum non conveniens*, but found that an Alberta court would not be a more appropriate forum (para. 115).

[50] At the same time as its decision in *Muscutt*, the Court of Appeal applied this new template to four other cases in which the assumption of jurisdiction and *forum non conveniens* were in issue. In those appeals, it held that the Ontario courts should not assume jurisdiction, because the connections with Ontario were too insignificant to satisfy the real and substantial connection test. All four cases involved Ontario residents who had suffered injuries in accidents outside Canada and filed suits in Ontario courts (*Lemmex v. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj v. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair v. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens v. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84). All the actions were dismissed in respect of the foreign defendants. The Court of Appeal found that the facts that the plaintiffs resided in Ontario and had sustained damage in the province did not create a real and substantial connection between the litigation and the Ontario courts. Since the courts lacked jurisdiction, there was no need for the Court of Appeal to consider the *forum non conveniens* arguments.

(6) Reconsideration of *Muscutt* by the Ontario Court of Appeal

[51] A few years after *Muscutt*, the Court of Appeal decided that, in the cases now before this

- (7) le caractère interprovincial ou international de l'instance;
- (8) la courtoisie et les normes de compétence, de reconnaissance et d'exécution retenues ailleurs.

[49] De l'avis de la Cour d'appel, aucun facteur en particulier n'est déterminant. Pour reprendre les propos du juge Sharpe, [TRADUCTION] « il faut étudier et évaluer globalement tous les éléments pertinents » (*Muscutt*, par. 76). La cour d'appel a conclu que la Cour supérieure de justice pouvait se déclarer compétente en l'espèce. Elle a examiné brièvement la question du *forum non conveniens*, mais a conclu qu'un tribunal de l'Alberta n'était pas un ressort plus approprié (par. 115).

[50] Lorsqu'elle a rendu l'arrêt *Muscutt*, la Cour d'appel a appliqué ce nouveau cadre d'analyse dans quatre autres affaires où se posaient des problèmes de déclaration de compétence et de *forum non conveniens*. Elle a conclu dans ces affaires que les tribunaux ontariens ne devaient pas se déclarer compétents, car les liens avec l'Ontario étaient trop ténus pour satisfaire au critère du lien réel et substantiel. Dans ces quatre affaires, des résidents de l'Ontario blessés au cours d'accidents survenus à l'étranger avaient intenté des poursuites devant les tribunaux ontariens (*Lemmex c. Bernard* (2002), 60 O.R. (3d) 54; *Gajraj c. DeBernardo* (2002), 60 O.R. (3d) 68; *Sinclair c. Cracker Barrel Old Country Store, Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 76; *Leufkens c. Alba Tours International Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 84). Toutes les actions intentées contre les défendeurs étrangers ont été rejetées. Selon la Cour d'appel, le fait que les demandeurs habitent en Ontario et qu'ils y aient subi un préjudice n'avait pas entraîné la création d'un lien réel et substantiel entre le litige et les tribunaux ontariens. La Cour d'appel n'avait pas à analyser les arguments relatifs au *forum non conveniens* en raison du défaut de compétence.

(6) Réexamen de l'arrêt *Muscutt* par la Cour d'appel de l'Ontario

[51] Quelques années après avoir rendu l'arrêt *Muscutt*, la Cour d'appel a estimé qu'il était devenu

Court, a review of the existing framework for the assumption of jurisdiction by Ontario courts and of issues related to *forum non conveniens* had become necessary. Since *Muscutt*, Ontario courts had consistently been applying the framework adopted in that case. Outside Ontario, *Muscutt* was considered an influential authority, and its framework was often accepted as an appropriate one for resolving issues related to the assumption of jurisdiction. But as I mentioned above, a number of common law provinces preferred to adopt the framework proposed in the *CJPTA*. On occasion, courts outside Ontario expressed reservations about certain aspects of the *Muscutt* framework (*Coutu v. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34, at paras. 67-68; *Fewer v. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39). It was suggested that the *Muscutt* test gave judges too much latitude in exercising their discretion on a case-by-case basis and was thus incompatible with the objectives of order and predictability in the assumption of jurisdiction. The wide parameters of this broad jurisdiction might also lead a court to conflate the jurisdictional analysis and the application of the doctrine of *forum non conveniens* in a search for the better or more appropriate forum in any given case. The analysis under the *Muscutt* test could also generate an instinctive bias in favour of the forum chosen by the plaintiff.

(7) The New Van Breda-Charron Approach of the Ontario Court of Appeal

[52] As the Court of Appeal noted, it had heard a variety of opinions and conflicting suggestions regarding the need to reframe the *Muscutt* test and how this should be done. Some of the litigants wanted to retain *Muscutt* as it was; others proposed the adoption of a test based on a list of presumptive connecting factors similar to that of the *CJPTA* (*Van Breda-Charron*, paras. 56-57). The Court of Appeal declined to craft a common law rule that would in substance reproduce the content of the

nécessaire, dans les affaires dont nous sommes actuellement saisis, de revoir le cadre des déclarations de compétence par des tribunaux ontariens ainsi que les questions liées au *forum non conveniens*. Depuis l'arrêt *Muscutt*, les tribunaux ontariens avaient appliqué invariablement le cadre établi dans cet arrêt. À l'extérieur de l'Ontario, on avait reconnu l'importance de l'arrêt *Muscutt* et le cadre qu'il propose avait souvent été retenu comme un cadre approprié pour régler les problèmes de déclaration de compétence. Mais, comme je l'ai déjà mentionné, plusieurs provinces de common law ont préféré adopter le cadre proposé dans la *LUCTRI*. De plus, à l'extérieur de l'Ontario, des tribunaux ont parfois exprimé des réserves au sujet de certains aspects du cadre analytique de l'arrêt *Muscutt* (*Coutu c. Gauthier Estate*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 34, par. 67-68; *Fewer c. Ellis*, 2011 NLCA 17, 305 Nfld. & P.E.I.R. 39). Ainsi, on a affirmé que le critère établi dans *Muscutt* laissait trop de latitude aux juges dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire au cas par cas et qu'il était donc incompatible avec les objectifs d'ordre et de prévisibilité dans la déclaration de compétence. Les vastes paramètres de ce large pouvoir pouvaient également amener un tribunal à confondre l'analyse de la compétence et l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, à l'occasion d'une recherche d'un meilleur tribunal ou du tribunal le plus approprié dans un cas donné. Les analyses effectuées suivant le cadre retenu dans *Muscutt* pourraient aussi favoriser un parti pris instinctif en faveur du tribunal choisi par le demandeur.

(7) Nouvelle approche de la Cour d'appel de l'Ontario dans les affaires Van Breda-Charron

[52] Comme elle l'a mentionné, la Cour d'appel a entendu diverses opinions et reçu des propositions contradictoires relativement au besoin et à la manière de reformuler le critère établi dans *Muscutt*. Certains plaideurs souhaitaient que ce critère reste inchangé tandis que d'autres conseillaient de retenir un critère reposant sur une liste de facteurs de rattachement créant une présomption semblable à celle prévue dans la *LUCTRI* (*Van Breda-Charron*, par. 56-57). La Cour d'appel a refusé



*CJPTA*. Sharpe J.A. expressed the view that the unpredictability of the *Muscutt* test had been exaggerated, as had the degree of certainty and predictability that would result if the *CJPTA* scheme were adopted (para. 68). He proposed what he saw as a middle way. The Court of Appeal would retain the *Muscutt* test, but would modify it by simplifying it and bringing it closer to the *CJPTA* model. Sharpe J.A. stated: “In refining the *Muscutt* test, we can look to *CJPTA* as a worthy attempt to restate and update the Canadian law of jurisdiction . . . and, in so doing, bring Ontario law into line with the emerging national consensus on appropriate jurisdictional standards” (para. 69).

[53] On that basis, the Court of Appeal reframed the *Muscutt* test in part. The first change, as Sharpe J.A. stated, moved the existing framework closer to that of the *CJPTA*. It was the creation of a category-based presumption of jurisdiction modelled on s. 10 of the *CJPTA*. In the absence of statutory connecting factors, the court decided to rely for this purpose on the factors governing service outside Ontario set out in rule 17.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* (para. 71). Sharpe J.A. asserted that most of the connecting factors enumerated in rule 17.02, such as the fact that a contract was made in Ontario (rule 17.02(f)) or a tort was committed in the province (rule 17.02(g)), would presumptively confirm the jurisdiction of the Ontario court (para. 72). In other words, whenever one of these factors was established, a real and substantial connection justifying the assumption of jurisdiction by an Ontario court would be presumed to exist.

[54] Sharpe J.A. added that where the presumption applied, it would be rebuttable. It would be open to a party to argue that, even though a presumptive connection existed, the real and substantial connection test had not been met (para. 72). Sharpe J.A. stated that these changes would be consistent with the incremental approach to the development

d’élaborer une règle de common law qui reproduirait essentiellement la *LUCTRI*. Selon le juge Sharpe, on avait exagéré le caractère imprévisible du critère établi dans *Muscutt* de même que la certitude et la prévisibilité qui découleraient de l’adoption du régime prévu dans la *LUCTRI* (par. 68). Il a proposé ce qu’il considérait comme une voie mitoyenne : la Cour d’appel maintiendrait le critère de l’arrêt *Muscutt* tout en le simplifiant et en le rapprochant du modèle de la *LUCTRI*. À ce propos, le juge Sharpe a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « En précisant le critère établi dans *Muscutt*, nous pouvons voir dans la *LUCTRI* une tentative valable de reformuler et d’actualiser le droit canadien de la compétence [. . .] et ainsi rendre le droit ontarien conforme au consensus qui se dégage au Canada au sujet de normes applicables en matière de compétence » (par. 69).

[53] C’est dans cet esprit que la Cour d’appel a reformulé en partie le critère de l’arrêt *Muscutt*. Comme le juge Sharpe l’a affirmé, le premier changement a rapproché de la *LUCTRI* le cadre déjà établi. Il s’agit de la création d’une présomption de compétence fondée sur des catégories, qui s’inspire de l’art. 10 de la *LUCTRI*. En l’absence de facteurs de rattachement prévus par la loi, la cour a décidé de s’appuyer sur les facteurs énoncés à l’art. 17.02 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario qui régissent les significations en dehors de la province (par. 71). Le juge Sharpe a affirmé que la plupart des facteurs de rattachement prévus à l’art. 17.02 — tels la conclusion d’un contrat en Ontario (al. 17.02f)) ou la perpétration d’un délit dans la province (al. 17.02g)) — seraient présumés établir la compétence du tribunal ontarien (par. 72). Autrement dit, lorsqu’un de ces facteurs est établi dans un cas donné, on présumerait l’existence d’un lien réel et substantiel justifiant la déclaration de compétence du tribunal ontarien.

[54] Toujours selon le juge Sharpe, cette présomption, lorsqu’elle s’applique, resterait réfutable. Une partie pourrait soutenir qu’il n’a pas été satisfait au critère du lien réel et substantiel malgré l’existence d’un lien créant une présomption (par. 72). Le juge Sharpe a affirmé que ces modifications s’accorderaient avec l’évolution progressive

of common law rules. In addition, almost all the post-*Muscutt* cases that he had reviewed seemed to have been resolved by one or another of the factors listed in rule 17.02 (paras. 74-75).

[55] According to this view, the appropriate factors generally operate as reliable markers of jurisdiction at common law. The adoption of these markers would mitigate the complexity and unpredictability of the *Muscutt* test. Sharpe J.A. noted that the jurisprudence on service *ex juris* provides support for the use of these factors as indicators of a real and substantial connection. For example, in *Hunt*, La Forest J. had observed that, even if some of the traditional rules of jurisdiction might have to be recast in light of *Morguard*, the established factors could nevertheless be viewed as “a good place to start” (p. 325; see also *Spar Aerospace*, at paras. 55-56, on the provisions of the *Civil Code of Québec* applicable to the assumption by Quebec courts of jurisdiction over situations involving delictual and quasi-delictual liability). But Sharpe J.A. declined to give presumptive effect to the factors set out in rules 17.02(h) (damage sustained in Ontario) and 17.02(o) (necessary or proper party). Neither of these factors is included in the *CJPTA*. Nor have they gained broad acceptance as reliable indicators of jurisdiction. Indeed, the Court of Appeal found in *Muscutt* and its companion cases that the factor of “damage sustained in Ontario” was often not reliable and significant enough to justify an assumption of jurisdiction by an Ontario court.

[56] Sharpe J.A. reaffirmed the need to draw a clear distinction between assuming jurisdiction and deciding whether to decline to exercise it on the basis of the *forum non conveniens* doctrine. He cautioned against confusing these two different steps in the resolution of a conflicts issue and emphasized that the factors that would justify a stay in the *forum non conveniens* analysis should not be worked into the jurisdiction *simpliciter* analysis (paras. 81-82 and 101). The conflation of the two analyses may have been the result of an

des règles de common law. En outre, presque toutes les affaires postérieures à l'arrêt *Muscutt* qu'il a examinées semblaient avoir été résolues au moyen de l'un ou de l'autre des facteurs énumérés à l'art. 17.02 (par. 74-75).

[55] Selon ce point de vue, ces facteurs servent généralement en common law d'indicateurs fiables de la compétence. Le recours aux indicateurs en question atténuerait la complexité et l'imprévisibilité du critère établi dans *Muscutt*. Le juge Sharpe a ajouté que la jurisprudence relative aux significations *ex juris* appuie le recours à ces facteurs en tant qu'indicateurs d'un lien réel et substantiel. Par exemple, le juge La Forest avait fait remarquer dans *Hunt* que, même s'il faut peut-être modifier certaines des règles traditionnelles de compétence à la lumière de l'arrêt *Morguard*, les facteurs établis peuvent néanmoins être perçus comme « un bon point de départ » (p. 325; voir aussi *Spar Aerospace*, aux par. 55 et 56, au sujet des dispositions du *Code civil du Québec* applicables à la déclaration de compétence des tribunaux québécois en matière de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle). Le juge Sharpe a néanmoins refusé d'attribuer une valeur de présomption aux facteurs énoncés aux al. 17.02h) (préjudice subi en Ontario) et 17.02o) (partie essentielle ou appropriée). Aucun de ces facteurs ne figure dans la *LUCTRI*. Ils n'ont pas non plus été largement acceptés en tant qu'indicateurs fiables de la compétence. En fait, la Cour d'appel a conclu dans l'arrêt *Muscutt* et dans les appels connexes que le facteur du « préjudice subi en Ontario » n'était, dans bien des cas, pas suffisamment fiable et important pour permettre à un tribunal ontarien de se déclarer compétent.

[56] Le juge Sharpe a confirmé la nécessité d'établir une nette distinction entre la déclaration de compétence et la décision relative à l'opportunité de ne pas exercer la compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*. Il a souligné qu'il faut se garder de confondre ces deux étapes distinctes de la résolution d'une question litigieuse en droit international privé, et il a rappelé que les facteurs qui justifieraient une suspension d'instance au terme de l'analyse relative au *forum non conveniens* ne doivent pas être intégrés à l'analyse de la simple

unduly broad interpretation of the fairness factors of the *Muscutt* analysis (para. 81).

[57] Building on this first principle that recognized the list of presumptive connecting factors, Sharpe J.A. re-crafted the *Muscutt* test. He retained part of the *Muscutt* analysis, merged some of its factors and reviewed the roles of other principles governing the assumption of jurisdiction. The defendants' connection with the court seized of the action continued to be a valid and important consideration. However, the connection between the plaintiffs' claim and the forum was maintained as a core element of the real and substantial connection test (paras. 87-88). A test based solely on the defendant's contacts with the jurisdiction would be "unduly restrictive" (para. 86).

[58] The Court of Appeal merged the two factors related to fairness to the parties of assuming or declining jurisdiction into a single one. At the same time, it recommended that judges avoid treating the consideration of fairness as a separate inquiry distinct from the core of the test, since fairness cannot compensate for weak connections. Sharpe J.A. understood, however, the need to retain fairness to the plaintiff and to the defendant as an analytical tool in assessing the relevance, quality and strength of the connections with the forum in order to determine whether assuming jurisdiction would accord with the principles of order and fairness (paras. 93, 95-96 and 98).

[59] Sharpe J.A. went on to observe that considerations of fairness would support the view that the forum of necessity doctrine is an exceptional basis for assuming jurisdiction (para. 100). I add that the forum of necessity issue is not before this Court in these appeals, and I will not need to address it here.

reconnaissance de compétence (par. 81-82 et 101). La tendance à confondre les deux analyses est peut-être imputable à une interprétation trop large des considérations d'équité qui entrent en ligne de compte dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Muscutt* (par. 81).

[57] Partant de ce premier principe qui reconnaît une liste de facteurs de rattachement créant une présomption, le juge Sharpe a reformulé le critère de l'arrêt *Muscutt*. Il a conservé une partie de l'analyse fondée sur cet arrêt, a fusionné certains de ses facteurs et a réexaminé les rôles joués par d'autres principes applicables à la déclaration de compétence. Le lien entre les défendeurs et le tribunal saisi de l'action est resté une considération valable et importante. Toutefois, celui entre le recours des demandeurs et le tribunal est demeuré un élément principal du critère du lien réel et substantiel (par. 87-88). Un critère fondé uniquement sur les liens du défendeur avec le tribunal serait [TRADUCTION] « indûment restrictif » (par. 86).

[58] La Cour d'appel a fusionné en un seul les deux facteurs relatifs au caractère équitable pour les parties de la décision, par le tribunal, de se déclarer compétent ou de décliner compétence. Parallèlement, elle a recommandé aux juges de ne pas considérer l'examen de l'équité comme une analyse distincte du cœur du critère, car l'équité ne saurait compenser des liens trop ténus. Le juge Sharpe a toutefois estimé nécessaire de conserver l'équité envers le demandeur et le défendeur comme outil servant à analyser la pertinence, la qualité et la solidité des liens avec le tribunal lorsqu'il s'agit d'établir si la déclaration de compétence respecterait les principes d'ordre et d'équité (par. 93, 95-96 et 98).

[59] Le juge Sharpe a ensuite fait remarquer que les considérations d'équité étaieraient aussi la reconnaissance de la doctrine du for de nécessité comme fondement, à titre exceptionnel, de la déclaration de compétence (par. 100). Je tiens à ajouter que la Cour n'est point saisie en l'espèce de la question du for de nécessité et je n'ai pas à l'aborder dans les présents motifs.

[60] According to Sharpe J.A., the involvement of other parties would remain a relevant factor, but its importance would be downgraded. It should not be routinely considered but would become relevant only if a party raised it as a connecting factor (para. 102).

[61] He accepted that acts or conduct short of residence that take place in the jurisdiction will often support a finding that a real and substantial connection has been established (para. 92).

[62] In the future, Sharpe J.A. stated, whether the courts would be willing to recognize and enforce a foreign judgment should not be treated as a separate factor to be weighed against the other connecting factors in determining jurisdiction. Rather, it is a general and overarching principle that constrains, or “disciplines”, as he wrote, the assumption of jurisdiction against extraprovincial defendants. A court should not assume jurisdiction if it would not be prepared to recognize and enforce a foreign judgment rendered on the same jurisdictional basis (para. 103). Whether the case is international or interprovincial was also removed from the list of factors. This would be treated as a question of law liable to be considered in the real and substantial connection analysis (para. 106). The court adopted the same approach in respect of comity and the standards of jurisdiction and of recognition and enforcement of judgments prevailing elsewhere. These considerations, while remaining relevant to the real and substantial connection analysis, would no longer serve as specific factors (paras. 107-8).

[63] Finally, the Court of Appeal held that considerations related to foreign law remain relevant to the issue of the assumption of jurisdiction. In Sharpe J.A.’s view, evidence on how foreign courts would treat such cases might be helpful (para. 107). I note in passing, however, that undue emphasis on juridical disadvantage as a factor in the jurisdictional analysis appears to be hardly consonant with the principle of comity that should govern legal relationships between modern democratic states,

[60] Selon le juge Sharpe, la participation de tierces parties demeurerait pertinente, quoique d’importance moindre. Il ne conviendrait pas de la prendre régulièrement en considération; elle ne deviendrait pertinente que dans les cas où une partie l’a invoquée comme facteur de rattachement (par. 102).

[61] Le juge Sharpe a reconnu que des actes ou une conduite dans le ressort n’équivalant pas à la résidence permettront souvent de conclure à l’existence d’un lien réel et substantiel (par. 92).

[62] Selon lui, l’ouverture des tribunaux à reconnaître et à exécuter un jugement étranger ne devrait pas être traitée comme un facteur distinct à évaluer par rapport aux autres facteurs de rattachement dans la reconnaissance de compétence. Il s’agit plutôt d’un principe général et prépondérant servant à restreindre la déclaration de compétence à l’encontre de défendeurs extraprovinciaux. Les tribunaux devront éviter de se déclarer compétents lorsqu’ils ne sont pas disposés à reconnaître et à exécuter un jugement étranger reposant sur le même fondement juridictionnel (par. 103). Le caractère international ou interprovincial d’une affaire a également été supprimé de la liste des facteurs. Ce sujet serait considéré comme une question de droit susceptible d’examen dans l’analyse du lien réel et substantiel (par. 106). La Cour d’appel a retenu la même approche relativement à la courtoisie et aux normes relatives à la compétence, ainsi qu’à la reconnaissance et à l’exécution des jugements applicables ailleurs. Ces considérations restent pertinentes relativement à l’analyse du lien réel et substantiel, mais elles ne constitueraient plus des facteurs précis (par. 107-108).

[63] Finalement, la Cour d’appel a jugé que les considérations relatives au droit étranger demeurent un facteur pertinent quant à la déclaration de compétence. Selon le juge Sharpe, des éléments de preuve exposant la façon dont les tribunaux étrangers traitent les affaires de cette nature pourraient être utiles (par. 107). Je signale toutefois au passage qu’une insistance indue sur le désavantage au plan juridique en tant que facteur dans l’analyse relative à la compétence ne paraît guère compatible avec

as this Court held in *Beals*. In particular, such an emphasis would seem hard to reconcile with the principle of comity that should govern relationships between the courts of different provinces within the same federal state, as this Court held in *Morguard* and *Hunt*.

[64] In summary, the *Van Breda-Charron* approach offers a simplified test in which the roles of a number of the factors of the *Muscutt* test have been modified. In short, when one of the presumptive connecting factors applies, the court will assume jurisdiction unless the defendant can demonstrate the absence of a real and substantial connection. If, on the other hand, none of the presumptive connecting factors are found to apply to the claim, the onus rests on the plaintiff to prove that a sufficient relationship exists between the litigation and the forum. In addition to the list of presumptive and non-presumptive factors, parties can rely on other connecting factors informed by the principles that govern the analysis.

[65] I will now turn to the issue of whether the Court of Appeal was right to hold that it was open to the Ontario courts to assume jurisdiction in the two cases now before us. If I conclude that it was open to them to do so, I will then discuss whether they should have declined to exercise their jurisdiction under the principles of *forum non conveniens*.

(8) Framework for the Assumption of Jurisdiction

[66] In this Court, as in the Court of Appeal, the parties and the interveners have expressed sharply different views about whether and how the law of conflicts should be changed in respect of the assumption of jurisdiction. As might be expected, the disagreements extend to the impact of possible changes on the outcome of these appeals. The conflicting approaches articulated in this Court reflect the tension between a search for flexibility, which is closely connected with concerns about fairness to individuals engaged in litigation, and a desire to

le principe de courtoisie qui doit régir les rapports juridiques qu'entretiennent des États démocratiques modernes, selon la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Beals*. Plus particulièrement, il semble difficile de concilier une telle approche avec le principe de courtoisie qui doit inspirer les rapports entre les tribunaux de différentes provinces au sein du même État fédéral, comme l'a affirmé notre Cour dans les arrêts *Morguard* et *Hunt*.

[64] En résumé, l'approche retenue dans *Van Breda-Charron* offre un critère simplifié, où la Cour d'appel a modifié le rôle que jouent plusieurs facteurs énoncés dans *Muscutt*. En bref, lorsque s'applique un des facteurs de rattachement créant une présomption, la cour se déclarera compétente à moins que le défendeur puisse démontrer l'absence d'un lien réel et substantiel. Par contre, s'il est établi qu'aucun de ces facteurs de rattachement ne s'applique au recours, il incombe alors au demandeur d'établir des rapports suffisants entre le litige et le tribunal. Outre les facteurs créant ou non une présomption qui sont énumérés, les parties peuvent invoquer d'autres facteurs de rattachement fondés sur les principes régissant l'analyse.

[65] J'aborde maintenant la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de décider que les tribunaux ontariens pouvaient se déclarer compétents dans les deux affaires qui nous occupent. Si je conclus qu'ils pouvaient le faire, j'examinerai ensuite s'ils auraient dû décliner compétence selon les principes du *forum non conveniens*.

(8) Un cadre applicable à la déclaration de compétence

[66] Les parties et les intervenants ont exprimé, devant notre Cour et la Cour d'appel de l'Ontario, des avis diamétralement opposés sur l'opportunité et la façon de modifier le droit international privé relatif à la déclaration de compétence. Comme on pouvait s'y attendre, les désaccords portent aussi sur l'incidence que d'éventuelles modifications peuvent avoir sur l'issue de ces pourvois. Les approches contradictoires exposées dans notre Cour traduisent la tension entre la quête de souplesse — intimement liée au souci d'équité envers les parties à

ensure greater predictability and consistency in the institutional process for the resolution of conflict of laws issues related to the assumption and exercise of jurisdiction. Indeed, striking a proper balance between flexibility and predictability, or between fairness and order, has been a constant theme in the Canadian jurisprudence and academic literature since this Court's judgments in *Morguard*, *Hunt*, *Amchem* and *Tolofson*.

[67] The real and substantial connection test is now well established. However, it is clear that dissatisfaction with it and uncertainty about its meaning and conditions of application have been growing, and that there is now a perceived need for greater direction on how it applies. I adverted above to the need to draw a distinction between the constitutional test and the rules of private international law — two aspects of the law of conflicts that have sometimes been conflated in previous cases. At this point, it is necessary to clarify the rules of the conflict of laws in a way that is consistent with the constitutional constraints on the provinces' courts but does not turn every private international law issue into a constitutional one.

[68] The legislatures of several provinces, as well as the Ontario Court of Appeal in *Muscutt* and *Van Breda-Charron*, have responded to these concerns and attempted to provide guidance for the application of the real and substantial connection test. We can build upon these legislative developments and judgments. Indeed, Sharpe J.A. referred in *Van Breda-Charron* to what he described, perhaps with some optimism, as an emerging consensus in Canadian law on how to resolve these issues. On the basis of this perhaps fragile consensus and these developments and judgments, this Court must craft more precisely the rules and principles governing the assumption of jurisdiction by the courts of a province over tort cases in which claimants sue in Ontario, but at least some of the events that gave rise to the claims occurred outside Canada or outside the province. I will also consider how jurisdiction should be exercised or declined under

un litige — et la volonté d'accroître la prévisibilité et la cohérence du processus institutionnel de résolution des problèmes de droit international privé que posent la déclaration de compétence et l'exercice de la compétence. En fait, l'établissement d'un juste équilibre entre la souplesse et la prévisibilité, ou entre l'équité et l'ordre, constitue un thème qui revient constamment dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes depuis les arrêts de notre Cour dans *Morguard*, *Hunt*, *Amchem* et *Tolofson*.

[67] Le critère du lien réel et substantiel est maintenant bien établi. Toutefois, il est clair que l'insatisfaction suscitée par ce critère et l'incertitude entourant sa signification et les modalités de son application s'accroissent, et que des directives complémentaires sur la façon de l'appliquer apparaissent maintenant nécessaires. J'ai déjà fait ressortir la nécessité de distinguer le critère constitutionnel et les règles du droit international privé — deux aspects du droit international privé ayant parfois été confondus dans la jurisprudence. Il importe maintenant de préciser les règles de droit international privé applicables dans le respect des limites constitutionnelles des pouvoirs des cours provinciales, sans transformer toutefois chaque problème de droit international privé en question constitutionnelle.

[68] Plusieurs législatures, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt* et *Van Breda-Charron*, ont réagi à la situation en tentant de fournir des précisions sur l'application du critère du lien réel et substantiel. Nous pouvons nous inspirer de ces mesures législatives et de cette jurisprudence. D'ailleurs, le juge Sharpe a fait allusion dans *Van Breda-Charron* à ce qu'il a qualifié, peut-être avec un certain optimisme, d'émergence en droit canadien d'un consensus sur la façon de résoudre ces questions. Compte tenu de ce consensus sans doute fragile, de ces mesures et de cette jurisprudence, la Cour doit préciser davantage les règles et les principes applicables aux déclarations de compétence des tribunaux provinciaux en matière de responsabilité délictuelle dans les cas où les demandeurs poursuivent en Ontario et où une partie au moins des faits ayant donné naissance à l'action sont survenus à l'étranger ou à l'extérieur de la

the doctrine of *forum non conveniens*. This said, I remain mindful that the Court is not of course tasked with drafting a complete code of private international law. Principles will be developed as problems arise before the courts. Moreover, all my comments about the development of the common law principles of the law of conflicts are subject to provisions of specific statutes and rules of procedure.

[69] When a court considers issues related to jurisdiction, its analysis must deal first with those concerning the assumption of jurisdiction itself. That analysis must be grounded in a proper understanding of the real and substantial connection test, which has evolved into an important constitutional test or principle that imposes limits on the reach of a province's laws and courts. As I mentioned above, this constitutional test reflects the limited territorial scope of provincial authority under the *Constitution Act, 1867*. At the same time, the Constitution acknowledges that international or interprovincial situations may have effects within a province. Provinces may address such effects in order to resolve issues related to conflicts with their own internal legal systems without overstepping the limits of their constitutional authority (see *Castillo*).

[70] The real and substantial connection test does not mean that problems of assumption of jurisdiction or other matters, such as the choice of the proper law applicable to a situation or the recognition of extraprovincial judgments, must be dealt with on a case-by-case basis by discretionary decisions of courts, which would determine, on the facts of each case, whether a sufficient connection with the forum has been established. Judicial discretion has an honourable history, and the proper operation of our legal system often depends on its being exercised wisely. Nevertheless, to rely completely on it to flesh out the real and substantial connection test in such a way that the test itself becomes a conflicts

province. J'examinerai aussi la façon de décliner compétence ou de l'exercer selon la doctrine du *forum non conveniens*. Je garde toutefois à l'esprit que notre Cour n'est évidemment pas chargée de codifier exhaustivement le droit international privé. Des principes se dégageront à mesure que les problèmes surgiront devant les tribunaux. De plus, toutes mes observations à propos de l'évolution des principes de la common law en matière de droit international privé n'écartent pas ce que prévoient les lois et règles de procédure civile applicables.

[69] Un tribunal saisi de questions de compétence doit d'abord axer son analyse sur les questions relatives à la déclaration de compétence elle-même. Cette analyse doit reposer sur une compréhension adéquate du critère du lien réel et substantiel. Dans son évolution, celui-ci est devenu un critère ou un principe constitutionnel important qui limite la portée des lois provinciales et la compétence des tribunaux provinciaux. Ce critère constitutionnel reflète, je le répète, la portée territoriale limitée de la compétence accordée aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Parallèlement, la Constitution reconnaît que des situations survenues à l'étranger ou dans d'autres provinces peuvent avoir des répercussions dans la province. Les provinces peuvent examiner ces répercussions afin de régler les questions de rapport avec leur propre système juridique interne sans, pour autant, outrepasser les limites de leur compétence constitutionnelle (voir *Castillo*).

[70] Le critère du lien réel et substantiel ne signifie pas que les tribunaux doivent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, déterminer au cas par cas, suivant les faits de chaque cause, s'il existe un lien suffisant avec le ressort pour régler les problèmes de déclaration de compétence ou d'autres questions, comme le choix du droit applicable dans une situation donnée ou la reconnaissance de jugements extraprovinciaux. Les tribunaux ont toujours bien exercé leur pouvoir discrétionnaire et le bon fonctionnement de notre système juridique dépend souvent de l'exercice prudent de ce pouvoir. Toutefois, une solution qui s'en remettrait complètement à l'exercice de ce pouvoir et le transformerait

rule would be incompatible with certain key objectives of a private international law system.

[71] The development of an appropriate framework for the assumption of jurisdiction requires a clear understanding of the general objectives of private international law. But the existence of these objectives does not mean that the framework for achieving them must be uniform across Canada. Because the provinces have been assigned constitutional jurisdiction over such matters, they are free to develop different solutions and approaches, provided that they abide by the territorial limits of the authority of their legislatures and their courts.

[72] What would be an appropriate framework? How should it be developed in the case of the assumption and exercise of jurisdiction by a court? A particular challenge in this respect lies in the fact that court decisions dealing with the assumption and the exercise of jurisdiction are usually interlocutory decisions made at the preliminary stages of litigation. These issues are typically raised before the trial begins. As a result, even though such decisions can often be of critical importance to the parties and to the further conduct of the litigation, they must be made on the basis of the pleadings, the affidavits of the parties and the documents in the record before the judge, which might include expert reports or opinions about the state of foreign law and the organization of and procedure in foreign courts. Issues of fact relevant to jurisdiction must be settled in this context, often on a *prima facie* basis. These constraints underline the delicate role of the motion judges who must consider these issues.

[73] Given the nature of the relationships governed by private international law, the framework for the assumption of jurisdiction cannot be an unstable, *ad hoc* system made up “on the fly” on a case-by-case basis — however laudable the objective of individual fairness may be. As La Forest J. wrote in *Morguard*, there must be order in the system, and it must permit the development of a

lui-même en une règle de droit international privé ne respecterait pas certains objectifs fondamentaux d’un système de droit international privé.

[71] L’élaboration d’un cadre approprié applicable aux déclarations de compétence exige une compréhension claire des objectifs généraux du droit international privé. L’existence de ces objectifs ne signifie toutefois pas que le cadre nécessaire à leur réalisation doit être uniforme partout au Canada. La compétence constitutionnelle dont sont investies les provinces sur ces matières leur permet d’élaborer différentes solutions et approches, pour autant que les limites territoriales dans lesquelles le législateur et les tribunaux exercent leurs pouvoirs soient respectées.

[72] En quoi consisterait un cadre adéquat? Comment devrait-on l’élaborer pour les questions de déclaration et d’exercice de la compétence? Le fait que les décisions judiciaires sur les questions de déclaration et d’exercice de la compétence soient généralement des décisions interlocutoires rendues aux stades préliminaires de l’instance représente un défi particulier à cet égard. En effet, ces questions sont normalement soulevées avant le début du procès lui-même. En conséquence, bien que ces décisions puissent souvent avoir une importance capitale pour les parties et la poursuite du litige, elles doivent reposer sur les actes de procédure, les affidavits des parties et les documents qui constituent le dossier soumis au juge, y compris, s’il en est, les rapports d’experts ou les opinions sur l’état du droit étranger et sur l’organisation et la procédure des tribunaux étrangers. Les questions de fait pertinentes quant à la compétence doivent être tranchées dans ce contexte, souvent à l’issue d’une analyse sommaire. Ces contraintes font ressortir le rôle délicat du juge saisi de ces questions.

[73] La nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l’objectif d’équité individuelle. Comme le soulignent les propos du juge La Forest dans *Morguard*, le régime doit être ordonné et doit permettre l’élaboration d’une méthode juste et



just and fair approach to resolving conflicts. Justice and fairness are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law. But they cannot be attained without a system of principles and rules that ensures security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court. Parties must be able to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect. The need for certainty and predictability may conflict with the objective of fairness. An unfair set of rules could hardly be considered an efficient and just legal regime. The challenge is to reconcile fairness with the need for security, stability and efficiency in the design and implementation of a conflict of laws system.

[74] The goal of the modern conflicts system is to facilitate exchanges and communications between people in different jurisdictions that have different legal systems. In this sense, it rests on the principle of comity. But comity itself is a very flexible concept. It cannot be understood as a set of well-defined rules, but rather as an attitude of respect for and deference to other states and, in the Canadian context, respect for and deference to other provinces and their courts (*Morguard*, at p. 1095; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 47). Comity cannot subsist in private international law without order, which requires a degree of stability and predictability in the development and application of the rules governing international or interprovincial relationships. Fairness and justice are necessary characteristics of a legal system, but they cannot be divorced from the requirements of predictability and stability which assure order in the conflicts system. In the words of La Forest J. in *Morguard*, “what must underlie a modern system of private international law are principles of order and fairness, principles that ensure security of transactions with justice” (p. 1097; see also H. E. Yntema, “The Objectives of Private International Law” (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741).

équitable de règlement des conflits. La justice et l'équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d'un bon système de droit international privé, mais elles ne peuvent se réaliser en l'absence d'un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d'un tribunal. Les parties doivent pouvoir prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d'une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent. Toutefois, le besoin de certitude et de prévisibilité peut entrer en conflit avec l'objectif d'équité. On peut difficilement considérer qu'un ensemble de règles inéquitable puisse constituer un régime juridique efficace et juste. La difficulté réside dans la conciliation de l'objectif d'équité avec le besoin de sûreté, de stabilité et d'efficacité dans la conception et la mise en œuvre d'un système de droit international privé.

[74] Le système moderne de droit international privé vise à faciliter les échanges et les communications entre les personnes de différents ressorts et régimes juridiques. Il repose en ce sens sur le principe de la courtoisie. La courtoisie elle-même est cependant une notion très souple. Il faut la considérer non pas comme un ensemble de règles bien définies, mais comme une attitude de respect et de déférence envers d'autres États et, au Canada, envers d'autres provinces et leurs tribunaux (*Morguard*, p. 1095; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 47). La courtoisie ne peut subsister en droit international privé sans l'ordre, qui exige une certaine stabilité et prévisibilité dans l'élaboration et l'application des règles qui régissent les relations internationales ou interprovinciales. L'équité et la justice constituent des éléments essentiels d'un système juridique, mais elles ne peuvent être dissociées des impératifs de prévisibilité et de stabilité qui assurent l'ordre du système de droit international privé. Pour reprendre les propos du juge La Forest dans *Morguard*, « ce sont les principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé » (p. 1097; voir aussi H. E. Yntema, « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721, p. 741).

[75] The development and evolution of the approaches to the assumption of jurisdiction reviewed above suggest that stability and predictability in this branch of the law of conflicts should turn primarily on the identification of objective factors that might link a legal situation or the subject matter of litigation to the court that is seized of it. At the same time, the need for fairness and justice to all parties engaged in litigation must be borne in mind in selecting these presumptive connecting factors. But in recent years, the preferred approach in Canada has been to rely on a set of specific factors, which are given presumptive effect, as opposed to a regime based on an exercise of almost pure and individualized judicial discretion.

[76] For example, the statutes based on the *CJPTA* and Book Ten of the *Civil Code of Québec* rely on specific facts linking the subject matter of the litigation to the jurisdiction. These factors are considered in order to determine whether a real and substantial connection exists for the purposes of the conflicts rules.

[77] In the *CJPTA*, in the case of tort claims, s. 10(g) refers to the *situs* of a tort as a specific factor connecting the act with the jurisdiction. The identification of the *situs* of a tort may well lead to further questions, to which the *CJPTA* does not offer immediate answers, such as: Where did the acts that gave rise to the injury occur? Did they happen in more than one place? Where was the damage suffered or where did it become apparent? Other connecting factors might also become relevant, such as the existence of a contractual relationship (s. 10(e)) or a business carried on in the province (s. 10(h)). Jurisdiction can also be presence-based, when the defendant resides in the province (s. 3(d)). Likewise, the *Civil Code of Québec* contains a list of factors that must be considered in order to determine whether a Quebec authority has jurisdiction over a delictual or quasi-delictual action (art. 3148).

[75] L'élaboration et l'évolution des méthodes d'analyse de la déclaration de compétence examinées ci-dessus supposent que la stabilité et la prévisibilité de ce volet du droit international privé devraient dépendre principalement de l'établissement de facteurs objectifs susceptibles de relier une situation juridique ou l'objet du litige au tribunal qui en est saisi. En même temps, la sélection de ces facteurs de rattachement créant une présomption doit tenir compte des besoins d'équité et de justice envers toutes les parties au litige. Ces dernières années, au Canada, les tribunaux ont toutefois préféré, à un régime où chaque juge exercerait un pouvoir purement discrétionnaire, une approche leur permettant de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l'effet d'une présomption.

[76] Par exemple, les lois inspirées de la *LUCTRI* et le Livre dixième du *Code civil du Québec* s'appuient sur des faits précis établissant un lien entre l'objet du litige et le ressort. Ces facteurs sont pris en compte pour déterminer s'il existe un lien réel et substantiel pour l'application des règles du droit international privé.

[77] Dans le cas d'actions en responsabilité délictuelle, l'al. 10g) de la *LUCTRI* prévoit explicitement que le lieu où a été commis un délit constitue un facteur reliant l'acte au ressort. La détermination du lieu d'un délit pourrait fort bien soulever d'autres questions auxquelles la *LUCTRI* n'offre pas de réponses immédiates, par exemple : où ont été accomplis les actes ayant causé le préjudice? Ont-ils été accomplis à plus d'un endroit? Où le préjudice a-t-il été subi ou est-il devenu apparent? D'autres facteurs de rapprochement peuvent aussi devenir pertinents, par exemple l'existence d'obligations contractuelles (al. 10e)) ou une entreprise exploitée dans la province (al. 10h)). La compétence peut également reposer sur la présence dans un lieu, lorsque le défendeur réside dans la province (al. 3d)). De même, le *Code civil du Québec* énumère une série de facteurs qu'il faut prendre en considération pour établir si une autorité québécoise a compétence sur une action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (art. 3148).

[78] Some authors take the view that the true core of the revised *Van Breda-Charron* test consists of a set of objective factual connections. Likewise, the Court of Appeal stated in *Van Breda-Charron* that the issue was essentially about connections: “The core of the real and substantial connection test is the connection that the plaintiff’s claim has to the forum and the connection of the defendant to the forum respectively” (para. 84; T. Monestier, “A ‘Real and Substantial’ Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010) 185, at pp. 204-7). In my view, identifying a set of relevant presumptive connecting factors and determining their legal nature and effect will bring greater clarity and predictability to the analysis of the problems of assumption of jurisdiction, while at the same time ensuring consistency with the objectives of fairness and efficiency that underlie this branch of the law.

[79] From this perspective, a clear distinction must be maintained between, on the one hand, the factors or factual situations that link the subject matter of the litigation and the defendant to the forum and, on the other hand, the principles and analytical tools, such as the values of fairness and efficiency or the principle of comity. These principles and analytical tools will inform their assessment in order to determine whether the real and substantial connection test is met. However, jurisdiction may also be based on traditional grounds, like the defendant’s presence in the jurisdiction or consent to submit to the court’s jurisdiction, if they are established. The real and substantial connection test does not oust the traditional private international law bases for court jurisdiction.

[80] Before I go on to consider a list of presumptive connecting factors for tort cases, I must define the legal nature of the list. It will not be exhaustive. Rather, it will, first of all, be illustrative of the factual situations in which it will typically be open to a court to assume jurisdiction over a matter. These factors therefore warrant presumptive effect,

[78] Certains auteurs estiment que le véritable cœur du nouveau critère de l’arrêt *Van Breda-Charron* se compose d’un ensemble de liens factuels objectifs. De même, la Cour d’appel a affirmé dans l’arrêt *Van Breda-Charron* que la question en litige portait essentiellement sur les liens : [TRADUCTION] « Le lien entre le recours du demandeur et le tribunal et le lien entre le défendeur et le tribunal constituent respectivement le cœur du critère du lien réel et substantiel » (par. 84; T. Monestier, « A “Real and Substantial” Improvement? *Van Breda* Reformulates the Law of Jurisdiction in Ontario », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010) 185, p. 204-207). À mon sens, l’établissement d’un ensemble de facteurs de rattachement pertinents créant une présomption et la détermination de leur nature et de leur effet juridiques rendra l’analyse des problèmes de déclaration de compétence plus claire et plus prévisible, tout en assurant leur conformité avec les objectifs d’équité et d’efficacité sur lesquels repose cette branche du droit.

[79] Dans cette optique, il faut conserver une nette distinction entre, d’une part, les facteurs ou les situations de fait qui relient l’objet du litige et le défendeur au tribunal et, d’autre part, les principes et les outils d’analyse, comme les valeurs que sont l’équité et l’efficacité ou le principe de la courtoisie. Ces principes et outils d’analyse éclaireront l’examen des facteurs en vue de décider s’il est satisfait au critère du lien réel et substantiel. Toutefois, la compétence peut également reposer sur des fondements traditionnels, comme la présence du défendeur à l’intérieur du ressort ou son consentement à se soumettre à la compétence du tribunal, si ces fondements sont établis. Le critère du lien réel et substantiel n’écarte pas les fondements traditionnels de la compétence judiciaire en droit international privé.

[80] Cependant, avant de passer à l’examen d’une liste de facteurs de rattachement créant une présomption applicables dans les actions fondées sur un délit, je dois préciser la nature juridique de cette liste. Celle-ci ne sera pas exhaustive. Il s’agira plutôt d’illustrer avant tout les situations de fait permettant généralement à un tribunal de se déclarer

as the Court of Appeal held in *Van Breda-Charron* (para. 109). The plaintiff must establish that one or more of the listed factors exists. If the plaintiff succeeds in establishing this, the court might presume, absent indications to the contrary, that the claim is properly before it under the conflicts rules and that it is acting within the limits of its constitutional jurisdiction (J. Walker, “Reforming the Law of Crossborder Litigation: Judicial Jurisdiction”, consultation paper for the Law Commission of Ontario (March 2009), at pp. 19-20 (online)). Although the factors set out in the list are considered presumptive, this does not mean that the list of recognized factors is complete, as it may be reviewed over time and updated by adding new presumptive connecting factors.

[81] The presumption with respect to a factor will not be irrebuttable, however. The defendant might argue that a given connection is inappropriate in the circumstances of the case. In such a case, the defendant will bear the burden of negating the presumptive effect of the listed or new factor and convincing the court that the proposed assumption of jurisdiction would be inappropriate. If no presumptive connecting factor, either listed or new, applies in the circumstances of a case or if the presumption of jurisdiction resulting from such a factor is properly rebutted, the court will lack jurisdiction on the basis of the common law real and substantial connection test. I will elaborate on each of these points below.

(a) *List of Presumptive Connecting Factors*

[82] Jurisdiction must — irrespective of the question of forum of necessity, which I will not discuss here — be established primarily on the basis of objective factors that connect the legal situation or the subject matter of the litigation with the forum. The Court of Appeal was moving in this direction in the cases at bar. This means that the courts must rely on a basic list of factors that is drawn at first

compétent à l’égard d’une matière. Comme la Cour d’appel l’a affirmé dans *Van Breda-Charron* (par. 109), il est justifié de conférer à ces facteurs l’effet d’une présomption. Le demandeur doit établir l’existence de l’un ou de plusieurs des facteurs énumérés. S’il y parvient, la cour peut présumer, en l’absence d’indications contraires, qu’elle est à bon droit saisie de l’action en vertu des règles de droit international privé et qu’elle agit dans les limites de sa compétence constitutionnelle (J. Walker, « Réforme du droit régissant les litiges transfrontaliers : Compétence judiciaire », document de consultation présenté à la Commission du droit de l’Ontario (mars 2009), p. 23-24 (en ligne)). Bien que l’on considère que les facteurs énumérés créent une présomption, cela ne signifie pas que la liste des facteurs reconnus est définitive. Au contraire, elle pourra être revue au fil du temps et mise à jour par l’ajout de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption.

[81] La présomption que crée un facteur ne sera toutefois pas irréfutable. Le défendeur pourra plaider qu’un lien donné est inapproprié dans les circonstances de l’affaire. Dans un tel cas, il incombera au défendeur de réfuter la présomption créée par le facteur — énuméré ou nouveau — et de convaincre la cour qu’une déclaration de compétence serait inopportune. Si aucun facteur de rattachement — énuméré ou nouveau — créant une présomption ne s’applique dans les circonstances de l’affaire, ou si la présomption de compétence que fait naître ce facteur est valablement réfutée, la cour n’aura pas compétence en vertu du critère du lien réel et substantiel de la common law. J’expose chacune de ces questions ci-après.

a) *Liste de facteurs de rattachement créant une présomption*

[82] Sans égard à la question du for de nécessité, que je n’aborde pas en l’espèce, il faut établir la compétence principalement sur la base de facteurs objectifs reliant la situation juridique ou l’objet du litige au tribunal. C’est la voie qu’a empruntée la Cour d’appel dans les affaires qui nous occupent. Ainsi, les tribunaux doivent se fonder sur une liste de base énumérant les facteurs déjà reconnus dans

from past experience in the conflict of laws system and is then updated as the needs of the system evolve. Abstract concerns for order, efficiency or fairness in the system are no substitute for connecting factors that give rise to a “real and substantial” connection for the purposes of the law of conflicts.

[83] At this stage, I will briefly discuss certain connections that the courts could use as presumptive connecting factors. Like the Court of Appeal, I will begin with a number of factors drawn from rule 17.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*. These factors relate to situations in which service *ex juris* is allowed, and they were not adopted as conflicts rules. Nevertheless, they represent an expression of wisdom and experience drawn from the life of the law. Several of them are based on objective facts that may also indicate when courts can properly assume jurisdiction. They are generally consistent with the approach taken in the *CJPTA* and with the recommendations of the Law Commission of Ontario, although some of them are more detailed. They thus offer guidance for the development of this area of private international law.

[84] I would not include general principles or objectives of the conflicts system, such as fairness, efficiency or comity, in this list of presumptive connecting factors. These systemic values may influence the selection of factors or the application of the method of resolution of conflicts. Concerns for the objectives of the conflicts system might rule out reliance on some particular facts as connecting factors. But they should not themselves be confused with the factual connections that will govern the assumption of jurisdiction.

[85] The list of presumptive connecting factors proposed here relates to claims in tort and issues associated with such claims. It does not purport to be an inventory of connecting factors covering the

le système de droit international privé et ceux qui s'ajoutent en fonction des besoins évolutifs de celui-ci. Des considérations abstraites d'ordre, d'efficacité ou d'équité du système ne sauraient se substituer aux facteurs de rattachement qui donnent lieu à un « lien réel et substantiel » pour l'application du droit international privé.

[83] À cette étape, j'examine brièvement certains liens pouvant servir aux tribunaux de facteurs de rattachement créant une présomption. À l'instar de la Cour d'appel, j'étudie en premier lieu un certain nombre de facteurs tirés de l'art. 17.02 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Ces facteurs se rapportent à des situations où les tribunaux permettent la signification *ex juris* et ils n'ont pas été édictés en tant que règles de droit international privé. Ils expriment toutefois la sagesse et l'expérience de la vie juridique. Plusieurs d'entre eux reposent sur des faits objectifs susceptibles d'indiquer également si les tribunaux peuvent à bon droit se déclarer compétents. Ces facteurs sont généralement compatibles avec l'approche retenue dans la *LUCTRI* et avec les recommandations de la Commission du droit de l'Ontario, bien que certains soient plus détaillés. Ainsi, ils peuvent nous guider dans l'élaboration de cette partie du droit international privé.

[84] Il ne faudrait pas inclure à cette liste de facteurs de rattachement créant une présomption des principes généraux ou des objectifs du système de droit international privé comme l'équité, l'efficacité ou la courtoisie. Ces valeurs du système peuvent influencer sur la sélection des facteurs ou l'application de la méthode de règlement des conflits. Les considérations relatives aux objectifs du système de droit international privé pourraient écarter toute possibilité que l'on retienne comme facteurs de rattachement certains faits en particulier. Cependant, il faut se garder de confondre ces valeurs avec les liens factuels qui régiront la déclaration de compétence.

[85] La liste des facteurs de rattachement créant une présomption proposés ici se rapporte à des actions en responsabilité délictuelle et aux questions s'y rattachant. Elle ne se veut pas une liste

conditions for the assumption of jurisdiction over all claims known to the law.

[86] The presence of the plaintiff in the jurisdiction is not, on its own, a sufficient connecting factor. (I will not discuss its relevance or importance in the context of the forum of necessity doctrine, which is not at issue in these appeals.) Absent other considerations, the presence of the plaintiff in the jurisdiction will not create a presumptive relationship between the forum and either the subject matter of the litigation or the defendant. On the other hand, a defendant may always be sued in a court of the jurisdiction in which he or she is domiciled or resident (in the case of a legal person, the location of its head office).

[87] Carrying on business in the jurisdiction may also be considered an appropriate connecting factor. But considering it to be one may raise more difficult issues. Resolving those issues may require some caution in order to avoid creating what would amount to forms of universal jurisdiction in respect of tort claims arising out of certain categories of business or commercial activity. Active advertising in the jurisdiction or, for example, the fact that a Web site can be accessed from the jurisdiction would not suffice to establish that the defendant is carrying on business there. The notion of carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there or regularly visiting the territory of the particular jurisdiction. But the Court has not been asked in this appeal to decide whether and, if so, when e-trade in the jurisdiction would amount to a presence in the jurisdiction. With these reservations, “carrying on business” within the meaning of rule 17.02(p) may be an appropriate connecting factor.

[88] The *situs* of the tort is clearly an appropriate connecting factor, as can be seen from rule 17.02(g), and from the *CJPTA*, the *Civil Code of Québec* and the jurisprudence of this Court since

complète des facteurs de rattachement concernant les conditions permettant aux tribunaux de se déclarer compétents à l’égard de tous les recours connus en droit.

[86] La présence du demandeur dans le ressort n’est pas en soi un facteur de rattachement suffisant. (Je n’examinerai pas la pertinence ou l’importance de ce facteur dans le contexte de la doctrine du for de nécessité, car cette question n’a pas été soulevée dans les pourvois qui nous occupent.) À elle seule, la présence du demandeur n’établira pas entre le tribunal et l’objet du litige ou le défendeur un lien créant une présomption. Par contre, un défendeur peut toujours être poursuivi devant un tribunal du ressort dans lequel se trouve son domicile ou sa résidence (dans le cas d’une personne morale, le lieu de son siège social).

[87] On peut également considérer l’exploitation d’une entreprise dans la province comme un lien factuel adéquat. Cela peut toutefois soulever des questions plus complexes. Il faut faire preuve d’une certaine prudence au moment de résoudre ces questions, et ce, afin d’éviter de créer ce qu’on pourrait assimiler à des formes de compétence universelle applicable aux actions en matière de responsabilité délictuelle découlant de certaines catégories d’entreprises ou d’activités commerciales. Une publicité active dans le ressort ou, par exemple, l’accès que l’on y offre à un site Web, ne suffirait pas à établir que le défendeur y exploite une entreprise. La notion d’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau ou d’y effectuer régulièrement des visites. Cependant, la Cour n’est pas appelée à décider si, et, le cas échéant, à quel moment, le commerce électronique dans un ressort pourrait équivaloir à une présence dans celui-ci. Compte tenu de ces réserves, l’« exploit[ation] [d’]une entreprise » au sens de l’al. 17.02p) peut constituer un facteur de rattachement approprié.

[88] Tel qu’il appert de l’al. 17.02g), ainsi que de la *LUCTRI*, du *Code civil du Québec* et de la jurisprudence de notre Cour depuis l’arrêt *Tolofson*, le lieu du délit constitue clairement un facteur de

*Tolofson*. The difficulty lies in locating the *situs*, not in acknowledging the validity of this factor once the *situs* has been identified. Claims related to contracts made in Ontario would also be properly brought in the Ontario courts (rule 17.02(f)(i)).

[89] The use of damage sustained as a connecting factor may raise difficult issues. For torts like defamation, sustaining damage completes the commission of the tort and often tends to locate the tort in the jurisdiction where the damage is sustained. In other cases, the situation is less clear. The problem with accepting unreservedly that if damage is sustained at a particular place, the claim presumptively falls within the jurisdiction of the courts of the place, is that this risks sweeping into that jurisdiction claims that have only a limited relationship with the forum. An injury may happen in one place, but the pain and inconvenience resulting from it might be felt in another country and later in a third one. As a result, presumptive effect cannot be accorded to this connecting factor.

[90] To recap, in a case concerning a tort, the following factors are presumptive connecting factors that, *prima facie*, entitle a court to assume jurisdiction over a dispute:

- (a) the defendant is domiciled or resident in the province;
- (b) the defendant carries on business in the province;
- (c) the tort was committed in the province; and
- (d) a contract connected with the dispute was made in the province.

(b) *Identifying New Presumptive Connecting Factors*

[91] As I mentioned above, the list of presumptive connecting factors is not closed. Over time, courts may identify new factors which also presumptively

rattachement approprié. La difficulté consiste souvent à situer ce lieu, et non à reconnaître la validité de ce facteur une fois que le lieu a été établi. Les recours liés à des contrats conclus en Ontario pourraient également être à bon droit intentés en Ontario (sous-al. 17.02f)(i)).

[89] Le recours au préjudice en tant que facteur de rattachement peut soulever des problèmes difficiles. Dans le cas des délits comme la diffamation, la perpétration du délit est complète lorsqu'il cause un préjudice, et l'on tend souvent à situer le délit dans le ressort où le préjudice se manifeste. Dans d'autres cas, la situation est moins claire. Si l'on admet sans réserve que la manifestation du préjudice à un endroit fera présumer que le recours relève de la compétence des tribunaux de cet endroit, on risque d'assujettir à la compétence de ces tribunaux des recours n'ayant qu'un faible lien avec eux. Une personne peut être blessée dans un lieu, mais la douleur et les inconvénients en résultant peuvent bien se faire sentir dans un autre pays et, plus tard, dans un troisième pays. Par conséquent, on ne saurait attribuer l'effet d'une présomption à ce facteur de rattachement.

[90] Pour récapituler, dans une instance relative à un délit, les facteurs suivants constituent des facteurs de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent une cour à se déclarer compétente à l'égard du litige :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province;
- c) le délit a été commis dans la province;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

b) *Reconnaître de nouveaux facteurs de rattachement créant une présomption*

[91] Comme je l'ai indiqué, la liste des facteurs de rattachement créant une présomption n'est pas exhaustive. Au fil du temps, les tribunaux pourront

entitle a court to assume jurisdiction. In identifying new presumptive factors, a court should look to connections that give rise to a relationship with the forum that is similar in nature to the ones which result from the listed factors. Relevant considerations include:

- (a) Similarity of the connecting factor with the recognized presumptive connecting factors;
- (b) Treatment of the connecting factor in the case law;
- (c) Treatment of the connecting factor in statute law; and
- (d) Treatment of the connecting factor in the private international law of other legal systems with a shared commitment to order, fairness and comity.

[92] When a court considers whether a new connecting factor should be given presumptive effect, the values of order, fairness and comity can serve as useful analytical tools for assessing the strength of the relationship with a forum to which the factor in question points. These values underlie all presumptive connecting factors, whether listed or new. All presumptive connecting factors generally point to a relationship between the subject matter of the litigation and the forum such that it would be reasonable to expect that the defendant would be called to answer legal proceedings in that forum. Where such a relationship exists, one would generally expect Canadian courts to recognize and enforce a foreign judgment on the basis of the presumptive connecting factor in question, and foreign courts could be expected to do the same with respect to Canadian judgments. The assumption of jurisdiction would thus appear to be consistent with the principles of comity, order and fairness.

[93] If, however, no recognized presumptive connecting factor — whether listed or new — applies, the effect of the common law real and substantial

reconnaître de nouveaux facteurs créant eux aussi une présomption de compétence des tribunaux. Ce faisant, les tribunaux devraient envisager des liens qui révèlent avec le tribunal un rapport de nature semblable à ceux qui découlent des facteurs qui figurent sur la liste. Les considérations suivantes pourraient s'avérer pertinentes :

- a) la similitude du facteur de rattachement avec les facteurs de rattachement reconnus créant une présomption;
- b) le traitement du facteur de rattachement dans la jurisprudence;
- c) le traitement du facteur de rattachement dans la législation;
- d) le traitement du facteur de rattachement dans le droit international privé d'autres systèmes juridiques qui ont en commun avec le Canada les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie.

[92] Le tribunal qui envisage la possibilité de conférer à un nouveau facteur de rattachement l'effet d'une présomption peut mettre à profit les outils utiles que constituent les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie dans l'analyse de la solidité du rapport avec le tribunal révélé par ce facteur. Tous les facteurs de rattachement créant une présomption, qu'ils soient énumérés ou nouveaux, reposent sur ces valeurs. Ils révèlent généralement, entre l'objet du litige et le tribunal, un rapport tel qu'il serait raisonnable de s'attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. En règle générale, en présence d'un tel rapport, on s'attendrait à ce que les tribunaux canadiens reconnaissent et exécutent les jugements étrangers en se fondant sur ce facteur de rattachement créant une présomption, et à ce que les tribunaux étrangers fassent de même à l'égard des décisions canadiennes. La déclaration de compétence semblerait ainsi conforme aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité.

[93] Toutefois, si aucun facteur de rattachement créant une présomption — énuméré ou nouveau — ne s'applique, le critère de common law du lien réel



connection test is that the court should not assume jurisdiction. In particular, a court should not assume jurisdiction on the basis of the combined effect of a number of non-presumptive connecting factors. That would open the door to assumptions of jurisdiction based largely on the case-by-case exercise of discretion and would undermine the objectives of order, certainty and predictability that lie at the heart of a fair and principled private international law system.

[94] Where, on the other hand, a recognized presumptive connecting factor does apply, the court should assume that it is properly seized of the subject matter of the litigation and that the defendant has been properly brought before it. In such circumstances, the court need not exercise its discretion in order to assume jurisdiction. It will have jurisdiction unless the party challenging the assumption of jurisdiction rebuts the presumption resulting from the connecting factor. I will now turn to this issue.

(c) *Rebutting the Presumption of Jurisdiction*

[95] The presumption of jurisdiction that arises where a recognized connecting factor — whether listed or new — applies is not irrebuttable. The burden of rebutting the presumption of jurisdiction rests, of course, on the party challenging the assumption of jurisdiction. That party must establish facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation and the forum or points only to a weak relationship between them.

[96] Some examples drawn from the list of presumptive connecting factors applicable in tort matters can assist in illustrating how the presumption of jurisdiction can be rebutted. For instance, where the presumptive connecting factor is a contract made in the province, the presumption can be rebutted by showing that the contract has little or nothing to do with the subject matter of the

et substantiel devrait empêcher le tribunal de se déclarer compétent. Tout particulièrement, le tribunal devrait refuser de se déclarer compétent en se fondant sur l'effet combiné de plusieurs facteurs de rattachement ne créant pas de présomption. Il évitera ainsi d'ouvrir la voie à des déclarations de compétence reposant en grande partie sur l'exercice au cas par cas du pouvoir discrétionnaire, ce qui contredirait les objectifs d'ordre, de certitude et de prévisibilité qui se situent au cœur d'un système de droit international privé équitable et fondé sur des principes.

[94] Par contre, si un facteur de rattachement reconnu créant une présomption s'applique, la cour doit supposer qu'elle est saisie à juste titre de l'objet du litige et que le défendeur a valablement été interpellé devant cette cour. Dans de telles circonstances, la cour n'a pas à exercer son pouvoir discrétionnaire pour se déclarer compétente. Elle aura compétence à moins que la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence réfute la présomption découlant du facteur de rattachement. C'est cette question que j'aborde maintenant.

c) *Réfutation de la présomption de compétence*

[95] La présomption de compétence créée lorsqu'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — s'applique n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe bien entendu à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Cette dernière doit établir les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel — ou ne révèle qu'un rapport ténu — entre l'objet du litige et le tribunal.

[96] Des exemples tirés de la liste des facteurs de rattachement créant une présomption applicables en matière délictuelle permettent d'illustrer la façon de réfuter cette présomption. Ainsi, lorsque le facteur de rattachement créant une présomption prend la forme d'un contrat conclu dans la province, une partie peut réfuter cette présomption en démontrant que le contrat a peu ou rien à voir

litigation. And where the presumptive connecting factor is the fact that the defendant is carrying on business in the province, the presumption can be rebutted by showing that the subject matter of the litigation is unrelated to the defendant's business activities in the province. On the other hand, where the presumptive connecting factor is the commission of a tort in the province, rebutting the presumption of jurisdiction would appear to be difficult, although it may be possible to do so in a case involving a multi-jurisdictional tort where only a relatively minor element of the tort has occurred in the province.

[97] In each of the above examples, it is arguable that the presumptive connecting factor points to a weak relationship between the forum and the subject matter of the litigation and that it would accordingly not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer proceedings in that jurisdiction. In such circumstances, the real and substantial connection test would not be satisfied and the court would lack jurisdiction to hear the dispute.

[98] However, where the party resisting jurisdiction has failed to rebut the presumption that results from a presumptive connecting factor — listed or new — the court must acknowledge that it has jurisdiction and hold that the action is properly before it. At this point, it does not exercise its discretion to determine whether it has jurisdiction, but only to decide whether to decline to exercise its jurisdiction should *forum non conveniens* be raised by one of the parties.

[99] I should add that it is possible for a case to sound both in contract and in tort or to invoke more than one tort. Would a court be limited to hearing the specific part of the case that can be directly connected with the jurisdiction? Such a rule would breach the principles of fairness and efficiency on which the assumption of jurisdiction is based. The purpose of the conflicts rules is to establish whether a real and substantial connection exists between the forum, the subject matter of the litigation and the defendant. If such a connection exists

avec l'objet du litige. Et si le fait que le défendeur exploite une entreprise dans la province constitue le facteur de rattachement créant une présomption, celle-ci peut être réfutée par la preuve que l'objet du litige est sans rapport avec les activités commerciales du défendeur dans la province. Par ailleurs, quand la perpétration d'un délit dans la province constitue le facteur de rattachement créant une présomption, il pourrait sembler difficile de réfuter la présomption, mais elle pourrait néanmoins l'être si, dans une affaire relative à un délit commis dans des ressorts multiples, seul un élément relativement mineur du délit s'est produit dans la province.

[97] Dans chacun de ces exemples, il est possible de soutenir que le facteur de rattachement créant une présomption révèle un rapport ténu entre le tribunal et l'objet du litige et qu'il serait donc déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. Dans ces circonstances, il ne serait pas satisfait au critère du lien réel et substantiel, et le tribunal ne serait pas compétent pour connaître du litige.

[98] Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'exercice de la compétence ne réussit pas à réfuter la présomption découlant d'un facteur de rattachement — énuméré ou nouveau — créant une présomption, le tribunal doit reconnaître sa compétence et le fait qu'il a été valablement saisi de l'action. À ce stade, il exerce son pouvoir discrétionnaire non pas pour décider s'il a compétence, mais uniquement pour décider s'il doit refuser de l'exercer si l'une des parties soulève la question du *forum non conveniens*.

[99] Il convient de préciser qu'un recours pourrait être fondé à la fois sur un contrat et un délit, ou sur plus d'un délit. Le tribunal devrait-il alors se limiter à n'entendre que la partie du recours pouvant se rattacher directement au ressort? Une telle règle porterait atteinte aux principes d'équité et d'efficacité qui sous-tendent la déclaration de compétence. Les règles de droit international privé visent à établir s'il existe un lien réel et substantiel entre le tribunal, l'objet du litige et le défendeur. Si l'existence d'un lien à l'égard d'une situation

in respect of a factual and legal situation, the court must assume jurisdiction over all aspects of the case. The plaintiff should not be obliged to litigate a tort claim in Manitoba and a related claim for restitution in Nova Scotia. That would be incompatible with any notion of fairness and efficiency.

[100] To recap, to meet the common law real and substantial connection test, the party arguing that the court should assume jurisdiction has the burden of identifying a presumptive connecting factor that links the subject matter of the litigation to the forum. In these reasons, I have listed some presumptive connecting factors for tort claims. This list is not exhaustive, however, and courts may, over time, identify additional presumptive factors. The presumption of jurisdiction that arises where a recognized presumptive connecting factor — whether listed or new — exists is not irrebuttable. The burden of rebutting it rests on the party challenging the assumption of jurisdiction. If the court concludes that it lacks jurisdiction because none of the presumptive connecting factors exist or because the presumption of jurisdiction that flows from one of those factors has been rebutted, it must dismiss or stay the action, subject to the possible application of the forum of necessity doctrine, which I need not address in these reasons. If jurisdiction is established, the claim may proceed, subject to the court's discretion to stay the proceedings on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. I will now turn to that issue.

(9) Doctrine of *Forum Non Conveniens* and the Exercise of Jurisdiction

[101] As I mentioned above, a clear distinction must be drawn between the existence and the exercise of jurisdiction. This distinction is central both to the resolution of issues related to jurisdiction over the claim and to the proper application of the doctrine of *forum non conveniens*. *Forum non conveniens* comes into play when jurisdiction is

factuelle et juridique a été établie, le tribunal doit se déclarer compétent relativement à tous les aspects du recours. Le demandeur ne devrait pas être tenu d'intenter une action en responsabilité délictuelle au Manitoba et une demande connexe de restitution en Nouvelle-Écosse. La création d'une telle situation ne respecterait aucun principe d'équité et d'efficacité.

[100] Pour récapituler, afin de satisfaire au critère du lien réel et substantiel de la common law, la partie qui plaide que le tribunal doit se déclarer compétent doit indiquer le facteur de rattachement créant une présomption qui lie l'objet du litige au tribunal. Dans les présents motifs, j'ai énuméré quelques facteurs de rattachement créant une présomption applicables aux actions en responsabilité délictuelle. Toutefois, la liste n'est pas exhaustive et les tribunaux pourront, au fil des ans, en recenser d'autres. De plus, la présomption de compétence découlant de l'existence d'un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — n'est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe à la partie qui s'oppose à la déclaration de compétence. Si la cour conclut qu'elle n'a pas compétence en raison de l'absence de facteurs de rattachement créant une présomption ou parce que la présomption de compétence découlant de l'un de ces facteurs est réfutée, elle doit rejeter l'action ou suspendre l'instance, à moins que ne s'applique la doctrine du for de nécessité, dont il est inutile que je traite dans ces motifs. Si la compétence est établie, l'action peut être entendue, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la cour de suspendre l'instance en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*. C'est ce sujet que j'aborde maintenant.

(9) La doctrine du *forum non conveniens* et l'exercice de la compétence

[101] J'ai déjà fait allusion à la nécessité de conserver une nette distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Cette distinction constitue la clé à la fois de la résolution des problèmes liés à la compétence du tribunal sur l'action et de la bonne application de la doctrine du *forum non conveniens*. Cette doctrine entre en jeu une fois la

established. It has no relevance to the jurisdictional analysis itself.

[102] Once jurisdiction is established, if the defendant does not raise further objections, the litigation proceeds before the court of the forum. The court cannot decline to exercise its jurisdiction unless the defendant invokes *forum non conveniens*. The decision to raise this doctrine rests with the parties, not with the court seized of the claim.

[103] If a defendant raises an issue of *forum non conveniens*, the burden is on him or her to show why the court should decline to exercise its jurisdiction and displace the forum chosen by the plaintiff. The defendant must identify another forum that has an appropriate connection under the conflicts rules and that should be allowed to dispose of the action. The defendant must show, using the same analytical approach the court followed to establish the existence of a real and substantial connection with the local forum, what connections this alternative forum has with the subject matter of the litigation. Finally, the party asking for a stay on the basis of *forum non conveniens* must demonstrate why the proposed alternative forum should be preferred and considered to be more appropriate.

[104] This Court reviewed and structured the method of application of the doctrine of *forum non conveniens* in *Amchem*. It built on the existing jurisprudence, and in particular on the judgment of the House of Lords in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460. The doctrine tempers the consequences of a strict application of the rules governing the assumption of jurisdiction. As those rules are, at their core, based on establishing the existence of objective factual connections, their use by the courts might give rise to concerns about their potential rigidity and lack of consideration for the actual circumstances of the parties. When it is invoked, the doctrine of *forum non conveniens* requires a court to go beyond a strict application of the test governing the recognition and assumption of jurisdiction. It is based

compétence établie. Elle n'intervient aucunement dans l'analyse relative à l'existence de la compétence.

[102] Une fois la compétence établie, l'instance suit son cours devant le tribunal si le défendeur ne soulève pas d'autres objections. Le tribunal ne peut décliner compétence, à moins que le défendeur n'invoque le *forum non conveniens*. Il appartient aux parties, et non au tribunal saisi du recours, d'invoquer cette doctrine.

[103] Le défendeur qui soulève l'application de *forum non conveniens* a le fardeau de démontrer pourquoi le tribunal devrait décliner sa compétence et renvoyer le litige dans un ressort autre que celui que le demandeur a choisi. Le défendeur doit désigner un autre tribunal ayant des liens appropriés selon les règles du droit international privé, et indiquer que ce tribunal pourrait trancher le litige. Le défendeur doit démontrer les liens qui existent entre cet autre tribunal et l'objet du litige au moyen de la même méthode d'analyse que celle employée pour établir l'existence d'un lien réel et substantiel avec le tribunal local. Enfin, la partie qui demande une suspension d'instance pour cause de *forum non conveniens* doit alors démontrer qu'il serait préférable que l'affaire soit soumise au tribunal proposé et qu'il faut considérer que ce dernier est plus approprié.

[104] Notre Cour a examiné et structuré l'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans l'arrêt *Amchem*. Elle s'est alors inspirée de la jurisprudence de l'époque, plus particulièrement de l'arrêt de la Chambre des lords dans *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460. La doctrine vient atténuer les effets d'une application stricte des règles régissant la déclaration de compétence. Puisque ces règles se fondent essentiellement sur l'établissement de l'existence de liens factuels objectifs, leur application par les tribunaux pourrait susciter des inquiétudes quant à leur rigidité éventuelle et au fait qu'ils ne prennent pas en compte la situation véritable des parties. Si elle est invoquée, la doctrine du *forum non conveniens* oblige le tribunal à passer outre à l'application stricte du critère régissant la reconnaissance et la

on a recognition that a common law court retains a residual power to decline to exercise its jurisdiction in appropriate, but limited, circumstances in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute. The court can stay proceedings brought before it on the basis of the doctrine.

[105] A party applying for a stay on the basis of *forum non conveniens* may raise diverse facts, considerations and concerns. Despite some legislative attempts to draw up exhaustive lists, I doubt that it will ever be possible to do so. In essence, the doctrine focusses on the contexts of individual cases, and its purpose is to ensure that both parties are treated fairly and that the process for resolving their litigation is efficient. For example, s. 11(1) of the *CJPTA* provides that a court may decline to exercise its jurisdiction if, “[a]fter considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice”, it finds that a court of another state is a more appropriate forum to hear the case. Section 11(2) then provides that the court must consider the “circumstances relevant to the proceeding”. To illustrate those circumstances, it contains a non-exhaustive list of factors:

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum;
- (b) the law to be applied to issues in the proceeding;
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings;
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts;
- (e) the enforcement of an eventual judgment; and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole. [s. 11(2)]

[106] British Columbia’s *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, which is based on the *CJPTA*, contains an identical provision — s. 11 — on

déclaration de compétence. Cette doctrine reconnaît que les tribunaux de common law conservent le pouvoir résiduel de ne pas exercer leur compétence dans des circonstances appropriées, quoique limitées, afin d’assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige. Les tribunaux peuvent, sur la base de cette doctrine, suspendre les procédures engagées devant eux.

[105] Une partie qui sollicite une suspension d’instance pour cause de *forum non conveniens* peut invoquer des faits, considérations et préoccupations divers. Je doute que l’on puisse un jour en dresser une liste exhaustive malgré les quelques tentatives en ce sens du législateur. La doctrine est axée essentiellement sur le contexte de chaque affaire, et elle vise à assurer l’équité envers les deux parties et l’efficacité de la démarche menant au règlement du litige. Par exemple, le par. 11(1) de la *LUCTRI* prévoit qu’« [a]près avoir pris en considération l’intérêt des parties à une instance et les fins de la justice », le tribunal peut refuser d’exercer sa compétence si, à son avis, il conviendrait mieux que l’instance soit instruite par un tribunal d’un autre État. Le paragraphe 11(2) prévoit ensuite que le tribunal doit prendre en considération les « circonstances pertinentes [à l’instance] ». Il dresse une liste non exhaustive de facteurs comme exemples de telles circonstances :

- a) dans quel ressort il serait plus commode et moins coûteux pour les parties à l’instance et leurs témoins d’être entendus;
- b) la loi à appliquer aux questions en litige;
- c) le fait qu’il est préférable d’éviter la multiplicité des instances judiciaires;
- d) le fait qu’il est préférable d’éviter que des décisions contradictoires soient rendues par différents tribunaux;
- e) l’exécution d’un jugement éventuel;
- f) le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire canadien dans son ensemble. [par. 11(2)]

[106] La *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* de la Colombie-Britannique, inspirée de la *LUCTRI*, prévoit à son art. 11 une disposition

*forum non conveniens*. In *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22, this Court stated that s. 11 of the British Columbia statute was intended to “codify” *forum non conveniens*. Article 3135 of the *Civil Code of Québec* provides that *forum non conveniens* forms part of the private international law of Quebec, but it does not contain a description of the factors that are to govern the application of the doctrine in Quebec law. The courts are left with the tasks of developing an approach to applying it and of identifying the relevant considerations.

[107] Quebec’s courts have adopted an approach that, although basically identical to that of the common law courts, is subject to the indication in art. 3135 that *forum non conveniens* is an exceptional recourse. A good example of this can be found in the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, in which an action brought in Quebec was stayed in favour of a German court on the basis of *forum non conveniens*. Pidgeon J.A. emphasized the wide-ranging and contextual nature of a *forum non conveniens* analysis. The judge might consider such factors as the domicile of the parties, the locations of witnesses and of pieces of evidence, parallel proceedings, juridical advantage, the interests of both parties and the interests of justice (pp. 7-8; see also *Spar Aerospace*, at para. 71; J. A. Talpis with the collaboration of S. L. Kath, “*If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?*” *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), at pp. 44-45).

[108] Regarding the burden imposed on a party asking for a stay on the basis of *forum non conveniens*, the courts have held that the party must show that the alternative forum is clearly more appropriate. The expression “clearly more appropriate” is well established. It was used in *Spiliada* and *Amchem*. On the other hand, it has not always been used consistently and does not appear in the *CJPTA* or any of the statutes based on the *CJPTA*,

quasi identique au sujet du *forum non conveniens*. Dans *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, au par. 22, notre Cour a affirmé que l’art. 11 de la loi de la Colombie-Britannique visait à « codifier » la doctrine du *forum non conveniens*. L’article 3135 du *Code civil du Québec* prévoit aussi que le *forum non conveniens* fait partie du droit international privé du Québec, mais il n’indique pas les facteurs qui doivent régir l’application de cette doctrine en droit québécois. On laisse aux tribunaux le soin d’élaborer une méthode d’application de la doctrine et de déterminer les considérations pertinentes.

[107] Les tribunaux québécois ont retenu une méthode essentiellement identique à celle employée par les tribunaux de common law, sous réserve du texte de l’art. 3135, selon lequel le *forum non conveniens* constitue un recours exceptionnel. On trouve un bon exemple d’application du *forum non conveniens* dans l’arrêt *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001, où la Cour d’appel du Québec a suspendu, pour cause de *forum non conveniens*, une action intentée dans cette province en faveur d’un tribunal allemand. Le juge Pidgeon a souligné le caractère large et contextuel de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Le juge peut tenir compte de facteurs tels le domicile des parties, l’endroit où se trouvent les témoins et les éléments de preuve, l’existence d’un recours parallèle, l’avantage juridique, l’intérêt des deux parties et l’intérêt de la justice (p. 7 et 8; voir aussi *Spar Aerospace*, par. 71; J. A. Talpis, avec la collaboration de S. L. Kath, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), p. 44-45).

[108] Selon la jurisprudence qui traite du fardeau imposé à la partie qui sollicite une suspension d’instance pour cause de *forum non conveniens*, la partie doit démontrer que l’autre tribunal est nettement plus approprié. L’expression « nettement plus approprié » est bien établie. Elle figure dans *Spiliada* et *Amchem*. Par contre, elle n’a pas toujours été employée invariablement et elle n’apparaît pas dans la *LUCTRI* ni dans les lois inspirées de cette dernière, qui exigent

which simply require that the party moving for a stay establish that there is a “more appropriate forum” elsewhere. Nor is this expression found in art. 3135 of the *Civil Code of Québec*, which refers instead to the exceptional nature of the power conferred on a Quebec authority to decline jurisdiction: “. . . it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction . . .”.

[109] The use of the words “clearly” and “exceptionally” should be interpreted as an acknowledgment that the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed. The burden is on a party who seeks to depart from this normal state of affairs to show that, in light of the characteristics of the alternative forum, it would be fairer and more efficient to do so and that the plaintiff should be denied the benefits of his or her decision to select a forum that is appropriate under the conflicts rules. The court should not exercise its discretion in favour of a stay solely because it finds, once all relevant concerns and factors are weighed, that comparable forums exist in other provinces or states. It is not a matter of flipping a coin. A court hearing an application for a stay of proceedings must find that a forum exists that is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation. But the court must be mindful that jurisdiction may sometimes be established on a rather low threshold under the conflicts rules. *Forum non conveniens* may play an important role in identifying a forum that is clearly more appropriate for disposing of the litigation and thus ensuring fairness to the parties and a more efficient process for resolving their dispute.

[110] As I mentioned above, the factors that a court may consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* may vary depending on the context and might include the locations of parties and witnesses, the cost of transferring the case to another jurisdiction or of declining the stay, the impact of a transfer on the conduct of the litigation

simplement que la partie demandant une suspension d’instance démontre l’existence quelque part d’un « tribunal plus approprié ». L’expression « nettement plus approprié » ne figure pas non plus à l’art. 3135 du *Code civil du Québec*, qui signale toutefois en ces termes le caractère exceptionnel du pouvoir d’une autorité du Québec de décliner compétence : « . . . une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d’une partie, décliner cette compétence . . . ».

[109] Il faut voir dans l’emploi des termes « nettement » et « exceptionnelle[1] » une reconnaissance du fait qu’en règle générale, le tribunal doit exercer sa compétence lorsqu’il se déclare à juste titre compétent. Il incombe à la partie qui veut écarter l’application de la règle générale de prouver que, compte tenu des caractéristiques de l’autre tribunal, il serait plus juste et plus efficace de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir un tribunal approprié suivant les règles de droit international privé. Le tribunal ne peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, suspendre l’instance uniquement parce qu’il conclut, après avoir examiné toutes les considérations et tous les facteurs pertinents, à l’existence de tribunaux comparables dans d’autres provinces ou États. Il ne s’agit pas de jouer à pile ou face. Un tribunal saisi d’une demande de suspension d’instance doit conclure qu’il existe un tribunal mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace. Le tribunal doit cependant garder à l’esprit que sa compétence, établie en application des règles de droit international privé, peut parfois être fonction d’une norme peu rigoureuse. Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* peut jouer un rôle important dans la recherche d’un tribunal nettement plus approprié pour trancher le litige et pour assurer ainsi l’équité envers les parties et leur permettre de résoudre plus efficacement leur conflit.

[110] Je tiens à répéter que les facteurs dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d’appliquer la doctrine du *forum non conveniens* sont susceptibles de varier selon le contexte. Ils peuvent inclure, par exemple, l’endroit où se trouvent les parties et les témoins, les frais occasionnés par le renvoi de l’affaire à une autre juridiction ou par

or on related or parallel proceedings, the possibility of conflicting judgments, problems related to the recognition and enforcement of judgments, and the relative strengths of the connections of the two parties.

[111] Loss of juridical advantage is a difficulty that could arise should the action be stayed in favour of a court of another province or country. This difficulty is aggravated by the possible conflation of two different issues: the impact of the procedural rules governing the conduct of the trial, and the proper substantive law for the legal situation, that is, in the context of these two appeals, the proper law of the tort. In considering the question of juridical advantage, a court may be too quick to assume that the proper law naturally flows from the assumption of jurisdiction. However, the governing law of the tort is not necessarily the domestic law of the forum. This may be so in many cases, but not always. In any event, if parties plead the foreign law, the court may well need to consider the issue and determine whether it should apply that law once it is proved. Even if the jurisdictional analysis leads to the conclusion that courts in different states might properly entertain an action, the same substantive law may apply, at least in theory, wherever the case is heard.

[112] A further issue that does not arise in these appeals is whether it is legitimate to use this factor of loss of juridical advantage within the Canadian federation. To use it too extensively in the *forum non conveniens* analysis might be inconsistent with the spirit and intent of *Morguard* and *Hunt*, as the Court sought in those cases to establish comity and a strong attitude of respect in relations between the different provinces, courts and legal systems of Canada. Differences should not be viewed instinctively as signs of disadvantage or inferiority. This factor obviously becomes more relevant where foreign countries are involved, but even then, comity and an attitude of respect for the courts and legal systems of other countries, many of which have the

le refus de suspendre l'instance, les répercussions du changement de juridiction sur le déroulement du litige ou sur des procédures connexes ou parallèles, le risque de décisions contradictoires, les problèmes liés à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ou la solidité relative des liens avec les deux parties.

[111] La perte de l'avantage juridique peut poser une difficulté si l'action est suspendue et renvoyée dans une autre province ou un autre pays. La difficulté est exacerbée par la possibilité que l'on confonde deux questions distinctes : l'effet des règles de procédure qui régissent la conduite du procès, et le droit substantiel applicable à la situation juridique, soit, dans les deux pourvois en l'espèce, le droit applicable au délit. Lorsqu'il examine l'avantage juridique, le tribunal peut supposer trop rapidement que le droit applicable découle naturellement de la déclaration de compétence. Toutefois, le droit applicable au délit n'est pas nécessairement le droit interne du tribunal. Il en est peut-être ainsi dans bien des cas, mais pas toujours. Quoiqu'il en soit, si les parties invoquent le droit étranger, le tribunal peut fort bien être tenu d'étudier la question et de décider s'il doit appliquer le droit étranger une fois celui-ci établi. Même si l'analyse relative à la compétence permet de conclure que des tribunaux de différents États peuvent être saisis à juste titre d'un recours, il peut arriver que le même droit substantiel s'applique, du moins en principe, quel que soit l'endroit où l'affaire est entendue.

[112] Une autre difficulté, qui ne se pose pas dans ces pourvois, concerne le caractère légitime de l'utilisation de ce facteur de la perte de l'avantage juridique au sein de la fédération canadienne. Il se peut qu'une utilisation trop large de ce facteur dans l'analyse relative au *forum non conveniens* soit contraire à l'esprit et à l'objet des arrêts *Morguard* et *Hunt*, dans lesquels la Cour a voulu instaurer la courtoisie et une attitude de grand respect entre les provinces, les tribunaux et les systèmes juridiques du Canada. Il ne faut pas considérer instinctivement les différences comme des signes de désavantage ou d'infériorité. Ce facteur devient de toute évidence plus pertinent si des pays étrangers sont en cause, mais même dans de tels cas, la courtoisie et le respect envers les



same basic values as us, may be in order. In the end, the court must engage in a contextual analysis, but refrain from leaning too instinctively in favour of its own jurisdiction. At this point, the decision falls within the reasoned discretion of the trial court. The exercise of discretion will be entitled to deference from higher courts, absent an error of law or a clear and serious error in the determination of relevant facts, which, as I emphasized above, takes place at an interlocutory or preliminary stage. I will now consider whether the Ontario courts properly assumed jurisdiction in these cases and, if so, whether they should have declined to exercise it on the basis of *forum non conveniens*.

#### (10) Application

[113] Before discussing the outcomes in the two appeals, I must note that the evidence was not the same in *Van Breda* and *Charron*, although they did raise similar legal issues and their factual matrices were the same in important aspects. The Court of Appeal rightly observed that the evidence about Club Resorts' activities in Ontario was not identical in the two cases. In particular, the plaintiffs in *Charron*, unlike the plaintiffs in *Van Breda*, asserted that the SuperClubs group of companies, to which the appellant Club Resorts belonged, maintained an office near Toronto and that Club Resorts had availed itself of that office's services. They also relied on the fact that representatives of Club Resorts had travelled to Ontario to promote their business. Moreover, it is important to note that in considering the decisions of the courts below, this Court must show deference to the findings of fact of the judges of the Superior Court of Justice.

##### (a) *Van Breda*

[114] In *Van Breda*, there is little evidence about the existence of sufficient factual connections.

tribunaux et les systèmes juridiques d'autres pays, dont bon nombre partagent les mêmes valeurs fondamentales que le Canada, peuvent toujours être de mise. En définitive, le tribunal doit procéder à une analyse contextuelle tout en évitant de pencher trop instinctivement en faveur de sa propre compétence. La décision relève à ce stade du pouvoir discrétionnaire raisonné du tribunal de première instance. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et grave dans l'établissement des faits pertinents commise, je l'ai déjà signalé, à un stade interlocutoire ou préliminaire, les juridictions supérieures feront preuve de déférence à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Je vais maintenant examiner si les tribunaux ontariens se sont déclarés à bon droit compétents dans ces affaires et, dans l'affirmative, s'ils auraient dû refuser d'exercer cette compétence pour cause de *forum non conveniens*.

#### (10) Application

[113] Avant d'examiner les décisions à prendre dans ces deux pourvois, je dois signaler que les éléments de preuve présentés dans *Van Breda* et dans *Charron* diffèrent, même si ces affaires soulèvent des questions de droit semblables et si leur cadre factuel est le même sous bien des aspects importants. En effet, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer à juste titre que la preuve relative aux activités exercées par Club Resorts en Ontario n'était pas identique dans les deux affaires. Plus particulièrement, les demandeurs dans *Charron*, contrairement à ceux dans *Van Breda*, ont plaidé que le groupe de sociétés SuperClubs dont faisait partie l'appelante Club Resorts tenait un bureau près de Toronto, et que Club Resorts avait fait appel aux services de ce bureau. Ils ont aussi invoqué que des représentants de Club Resorts s'étaient rendus en Ontario pour promouvoir leur entreprise. En outre, il importe de signaler que dans l'examen des décisions des juridictions inférieures, notre Cour doit faire preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge de la Cour supérieure de justice.

##### a) *L'affaire Van Breda*

[114] Dans l'affaire *Van Breda*, la preuve de l'existence de liens factuels semble plutôt mince.

Ms. Van Breda's accident and physical injuries happened in Cuba. Mr. Berg and Ms. Van Breda were living in Ontario at the time of their trip. After the accident, however, they did not return to Ontario, as they moved first to Calgary and later to British Columbia, where they were living when they brought their action. Ms. Van Breda's damage, pain and suffering have happened mostly in British Columbia, like most of the treatments she has received. In addition, the evidence is essentially silent about Club Resorts' activities in Ontario, except on one point which I will address below. Moreover, I do not accept that evidence of advertising in Ontario would be enough to establish a connection. Advertising is often international, if not global. It is ubiquitous, crossing borders with ease. It does not, on its own, establish a connection between the claim and the forum. If advertising sufficed to create a connection with a forum, commercial organizations of a certain size could be sued in courts everywhere and anywhere in the world. The courts of a victim's place of residence would possess an almost universal jurisdiction over diverse and vast classes of consumer claims.

[115] The motion judge and the Court of Appeal concluded, however, that a sufficient connection between the claim and the province arose out of the contractual relationship created between Mr. Berg and Club Resorts through the defendant Denis. Mr. Denis, who operated a specialized travel agency known as Sport au Soleil, had an agreement with Club Resorts under which he found tennis and squash professionals and sent them to Club Resorts hotels. In exchange for bed and board at a resort, each professional would give a few hours of instruction to guests of the hotel during his or her stay. It appears that Mr. Denis received some form of compensation from Club Resorts.

[116] I find no reviewable error in the findings that Mr. Denis had the authority to represent Club Resorts and that a contract existed under which Mr. Berg was to provide services to Club Resorts.

C'est à Cuba que l'accident s'est produit et que M<sup>me</sup> Van Breda a subi ses blessures. Elle et M. Berg vivaient en Ontario au moment de ce voyage. Ils ne sont toutefois pas revenus en Ontario après l'accident. Ils ont d'abord déménagé à Calgary, et plus tard en Colombie-Britannique, où ils habitaient au moment d'intenter leur action. C'est principalement en Colombie-Britannique que M<sup>me</sup> Van Breda a subi un préjudice et ressenti des souffrances et des douleurs, et c'est là principalement que les soins lui ont été dispensés. De plus, la preuve est essentiellement muette au sujet des activités auxquelles se livrait Club Resorts en Ontario, sauf sur un point que j'aborderai plus loin. Qui plus est, la preuve de la publicité faite en Ontario ne suffit pas, selon moi, pour établir un lien. La publicité prend souvent une dimension internationale. Elle est omniprésente, franchissant facilement les frontières. À elle seule, elle n'établit pas un lien entre l'action et le tribunal. Si la publicité suffisait pour créer un lien avec un tribunal, les organisations commerciales d'une certaine taille pourraient être poursuivies en justice à peu près partout dans le monde. Les tribunaux du lieu de résidence d'une victime possèderaient alors une compétence presque universelle à l'égard de catégories de litiges de consommation vastes et variées.

[115] Le juge saisi de la motion et la Cour d'appel ont toutefois conclu que la relation contractuelle qui s'est tissée entre M. Berg et Club Resorts par l'entremise du défendeur M. Denis a créé un lien suffisant entre l'action et la province. M. Denis, qui exploitait une agence de voyage spécialisée sous le nom de Sport au Soleil, avait conclu avec Club Resorts une entente suivant laquelle il a trouvé des instructeurs de tennis et de squash et les a envoyés aux hôtels Club Resorts. Moyennant l'hébergement et la nourriture, chaque instructeur devait donner quelques heures de cours à des clients de l'hôtel durant son séjour. Il semble que M. Denis ait reçu de Club Resorts une quelconque forme de rémunération.

[116] Je ne trouve pas d'erreur susceptible de révision dans la conclusion que M. Denis pouvait représenter Club Resorts et qu'il existait un contrat aux termes duquel M. Berg devait fournir des

The benefit of this contract, accommodation at the resort, was extended to Ms. Van Breda, who was injured while there in the context of Mr. Berg's performance of his contractual obligation. Deference is owed to the motion judge's findings. No palpable and overriding error has been established. A contract was entered into in Ontario and a relationship was thus created in Ontario between Mr. Berg, Club Resorts and Ms. Van Breda, who was brought within the scope of this relationship by the terms of the contract.

[117] The existence of a contract made in Ontario that is connected with the litigation is a presumptive connecting factor that, on its face, entitles the courts of Ontario to assume jurisdiction in this case. The events that gave rise to the claim flowed from the relationship created by the contract. Club Resorts has failed to rebut the presumption of jurisdiction that arises where this factor applies. On this basis, I would uphold the Court of Appeal's conclusion that there was a sufficient connection between the Ontario court and the subject matter of the litigation.

[118] Whether the Superior Court of Justice should have declined jurisdiction on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* remains to be determined. Club Resorts had the burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. I recognize that a sufficient connection exists between Cuba and the subject matter of the litigation to support an action there. The accident happened on a Cuban beach, at a hotel managed by Club Resorts. The initial injury was suffered there. Some of the potential defendants reside in Cuba. However, other issues related to fairness to the parties and to the efficient disposition of the claim must be considered. A trial held in Cuba would present serious challenges to the parties. There may be problems with witnesses, concerns about the application of local procedures, and expenses linked to litigating there. All things considered, the burden on the plaintiffs clearly would be far heavier if they were required to bring their action in Cuba. They would face substantial additional expenses and would be at a clear disadvantage relative to the defendants. They might

services à Club Resorts. M<sup>me</sup> Van Breda, qui a été blessée au centre de villégiature alors que M. Berg s'acquittait de ses obligations contractuelles, bénéficiait elle aussi, aux termes du contrat, de l'hébergement à ce centre. Il faut faire preuve de déférence envers les conclusions du juge saisi de la motion. Aucune erreur manifeste et dominante n'a été établie. La signature d'un contrat en Ontario a noué des rapports entre M. Berg, Club Resorts et M<sup>me</sup> Van Breda, qui était incluse dans ces rapports aux termes du contrat.

[117] L'existence d'un contrat conclu en Ontario et lié au litige constitue un facteur de rattachement créant une présomption qui, de prime abord, autorise les tribunaux ontariens à se déclarer compétents en l'espèce. Les faits à l'origine du recours découlaient des rapports créés par le contrat. Club Resorts n'a pas réfuté la présomption de compétence qu'établit l'application de ce facteur. Pour cette raison, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel qu'il existait un lien suffisant entre le tribunal ontarien et l'objet du litige.

[118] Il reste à trancher la question de savoir si la Cour supérieure de justice aurait dû décliner compétence selon la doctrine du *forum non conveniens*. Club Resorts avait le fardeau de démontrer qu'un tribunal cubain serait nettement un ressort plus approprié. Je reconnais qu'il existe entre Cuba et l'objet du litige des liens suffisants justifiant l'instruction du litige à Cuba. L'accident s'est produit à Cuba, sur la plage d'un hôtel géré par Club Resorts. M<sup>me</sup> Van Breda a été blessée à cet endroit. Certains des défendeurs éventuels résident à Cuba. Il faut cependant tenir compte d'autres questions relatives à l'équité envers les parties et au règlement de l'action d'une manière efficace. Un procès à Cuba présenterait de sérieux défis pour les parties. Il pourrait soulever des problèmes en ce qui concerne les témoins ainsi que des craintes au sujet de l'application des procédures locales et des dépenses associées à l'instruction du litige. Tout bien considéré, les intimés auraient manifestement à supporter un fardeau beaucoup plus lourd s'ils devaient intenter leur recours à Cuba. Ils devraient alors engager des dépenses supplémentaires considérables et

also suffer a loss of juridical advantage. But on this point the evidence is far from clear and satisfactory. In the end, the appellant has not shown that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum. I agree that the motion judge made no reviewable error in deciding not to decline to exercise his jurisdiction, and I would affirm the Court of Appeal's judgment dismissing the appeal from that decision.

(b) *Charron*

[119] In *Charron*, the existence of a sufficient connection with the Ontario court was hotly disputed. As in *Van Breda*, the accident itself happened in Cuba. On the other hand, Mrs. Charron returned to Ontario after her husband's death and continued to reside in that province. The damage claimed by the respondents was sustained largely in Ontario. But these facts do not constitute presumptive connecting factors and do not support the assumption of jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test.

[120] However, the evidence does support the presumptive connecting factor of carrying on business in the jurisdiction. The Superior Court of Justice assumed jurisdiction, and the Court of Appeal upheld its decision, mainly on the basis of an active commercial presence in Ontario that was not limited to advertising campaigns targeting the Ontario market. In the opinion of the courts below, Club Resorts had an active presence in Ontario even though its corporate head office was not in that province. Its presence was not limited to advertising activities or to contacts with travel package wholesalers or travel agents. The courts below concluded that the appellant had engaged in significant commercial activities in Ontario, especially through the office of the SuperClubs group, before the Charrons booked their holiday. The booking resulted at least in part from those activities in Ontario. After reviewing the evidence, Sharpe J.A. wrote the following for the Court of Appeal in respect of this factor:

accuseraient un net désavantage par rapport aux défendeurs. Ils pourraient aussi perdre un avantage juridique, mais la preuve produite à ce sujet est loin d'être claire et satisfaisante. En définitive, l'appelante n'a pas démontré qu'un tribunal cubain serait nettement un tribunal plus approprié. J'estime que le juge saisi de la motion n'a pas commis d'erreur justifiant une révision en décidant de ne pas décliner compétence et je suis d'avis de confirmer le rejet de l'appel de cette décision.

b) *L'affaire Charron*

[119] L'existence d'un lien suffisant avec le tribunal ontarien a été vivement débattue dans l'affaire *Charron*. À l'instar de l'affaire *Van Breda*, l'accident lui-même s'est produit à Cuba. Par contre, M<sup>me</sup> Charron est revenue en Ontario après la mort de son mari et a continué d'y résider. Le préjudice allégué par les intimés a été subi en grande partie en Ontario. Toutefois, ces faits ne constituent pas des facteurs de rattachement créant une présomption et ne permettent pas au tribunal de se déclarer compétent en vertu du critère du lien réel et substantiel.

[120] Cependant, selon la preuve, l'appelante exploitait une entreprise dans le ressort et il s'agit là d'un facteur de rattachement créant une présomption de compétence. La Cour supérieure de justice s'est déclarée compétente, et la cour d'appel a confirmé sa décision, surtout en raison d'une présence commerciale active en Ontario qui ne se limitait pas à des campagnes de publicité ciblant le marché ontarien. De l'avis des juridictions inférieures, Club Resorts était très présente en Ontario même si son siège social ne se trouvait pas dans cette province. Elle ne se contentait pas d'y faire de la publicité ou de communiquer avec les grossistes en forfaits voyage ou les agents de voyage. Les juridictions inférieures ont conclu que l'appelante s'était livrée à des activités commerciales de grande envergure en Ontario, particulièrement par l'entremise du groupe SuperClubs, avant que la famille Charron ne fasse sa réservation. La réservation résultait, du moins en partie, de l'exercice des activités susmentionnées en Ontario. Après examen de la preuve, le juge Sharpe, au nom de la Cour d'appel, a affirmé ce qui suit relativement à ce facteur :

The record reveals that CRL [Club Resorts Ltd.] was directly involved in activity in Ontario to solicit business for the resort. Unlike the defendants in *Leufkens*, *Lemmex* and *Sinclair*, CRL did not confine its activities to its home jurisdiction:

- pursuant to its contract with the Cuban hotel owner, CRL was required to and did promote and advertise the resort using the “SuperClubs” brand in Canada;
- CRL relies on maintaining a high profile for the SuperClubs brand in Ontario as residents of Canada and Ontario represent a high proportion of CRL’s target market;
- CRL was licenced to use the “SuperClubs” label and itself “created” the “SuperClubs Cuba” label and used these labels to market the resort in Ontario;
- CRL’s witness Abe Moore agreed on cross-examination:
  - “that CRL was in the business of carrying out activities in countries such as Canada to generate paying guests of the resort”;
  - that to do so CRL had to “either directly or engage others to undertake the activity of solicitation, promotion and advertising” in Canada;
  - that CRL ensured that it had relationships with others to do so in Ontario to satisfy its contractual obligation to promote the resort;
- CRL representatives regularly travel to Ontario to further CRL’s promotional activity;
- CRL arranged for the preparation and distribution of promotional materials in Ontario; and
- as outlined in the following paragraph, CRL benefited from an office in Ontario that provided information and engaged in the promotion of the SuperClubs brand.

In my view, one can fairly infer from this body of evidence that although CRL itself maintained no office

[TRADUCTION] Il ressort du dossier que CRL [Club Resorts Ltd.] participait directement en Ontario aux activités de recherche de clients pour le centre de villégiature. Contrairement aux défendeurs dans les affaires *Leufkens*, *Lemmex* et *Sinclair*, CRL n’exerçait pas ses activités uniquement à Cuba :

- aux termes du contrat conclu avec le propriétaire de l’hôtel cubain, CRL était tenue de promouvoir le centre de villégiature en employant la marque « SuperClubs » au Canada, ce qu’elle a fait;
- CRL voit à ce que la marque SuperClubs reste bien en vue en Ontario, car les résidents canadiens et ontariens représentent une part importante du marché ciblé par CRL;
- CRL était autorisée à utiliser la marque « SuperClubs » et elle a elle-même créé la marque « SuperClubs Cuba », deux marques dont elle s’est servie pour promouvoir le centre de villégiature en Ontario;
- le témoin de CRL, Abe Moore, a reconnu ce qui suit en contre-interrogatoire :
  - « que CRL se livrait à des activités dans des pays comme le Canada en vue de gagner des clients pour le centre de villégiature »;
  - que, pour ce faire, CRL devait « elle-même ou par d’autres personnes, se livrer à la sollicitation, à la promotion et à la publicité » au Canada;
  - que CRL a veillé à nouer des rapports avec d’autres personnes à cette fin en Ontario pour remplir son obligation contractuelle de promouvoir le centre de villégiature;
- des représentants de CRL se rendent régulièrement en Ontario afin de poursuivre la promotion faite par CRL;
- CRL a pris des dispositions en vue de la préparation et la diffusion de documents promotionnels en Ontario;
- comme l’indique le paragraphe suivant, CRL disposait, en Ontario, d’un bureau qui fournissait des renseignements et faisait la promotion de la marque SuperClubs.

À mon avis, on peut déduire à juste titre de cet ensemble d’éléments de preuve que, même si CRL

in Ontario, CRL is implicated in and benefits from the physical presence in Ontario of an office and contact person held out to the public as representing the same “SuperClubs” brand CRL uses to carry on its business of promoting and operating the resort. [paras. 117 and 119]

[121] The Superior Court of Justice considered this evidence at a preliminary stage on the basis of the parties’ pleadings. The nature and weight of this evidence has been challenged in this Court. But the courts below made findings about its content and about what it meant. The appellant has not demonstrated that the motion judge made any reviewable errors, and deference must be shown to his findings of fact.

[122] Although whether this factor applies was a very hard fought issue in these appeals, the motion judge’s findings of fact lead to the conclusion that Club Resorts was carrying on business in Ontario. Club Resorts’ commercial activities in Ontario went well beyond promoting a brand and advertising. Its representatives were in the province on a regular basis. It benefited from the physical presence of an office in Ontario. Most significantly, on cross-examination Club Resorts’ witness admitted that it was in the business of carrying out activities in Canada. Together, these facts support the conclusion that Club Resorts was carrying on business in Ontario. It follows that the respondents have established that a presumptive connecting factor applies and that the Ontario court is *prima facie* entitled to assume jurisdiction.

[123] Club Resorts has not rebutted the presumption of jurisdiction that arises from this presumptive connecting factor. Its business activities in Ontario were specifically directed at attracting residents of the province, including the Charron family, to stay as paying guests at the resort in Cuba where the accident occurred. It cannot be said that the claim here is unrelated to Club Resorts’ business activities in the province. Accordingly, I find that the

elle-même ne tenait pas de bureau en Ontario, elle peut avantageusement compter sur la présence, en Ontario, d’un bureau et d’une personne-ressource que l’on présente au public comme représentant la même marque « SuperClubs » dont se sert CRL pour promouvoir et exploiter le centre de villégiature. [par. 117 et 119]

[121] La Cour supérieure de justice a pris en considération ces éléments de preuve à un stade préliminaire, en se fondant sur les actes de procédure des parties. La nature et la force probante de ces éléments de preuve ont été contestées devant la Cour. Toutefois, les juridictions inférieures ont tiré des conclusions au sujet du contenu de ces éléments de preuve et de ce qu’ils établissent. L’appelante n’a pas démontré que le juge saisi de la motion avait commis des erreurs susceptibles de révision, et il faut faire preuve de déférence à l’égard de ses conclusions de fait.

[122] Bien que la question de savoir si ce facteur s’applique ait été âprement débattue dans les présents pourvois, les constatations de fait du juge saisi de la motion permettent de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario. Les activités commerciales auxquelles se livrait cette société dans cette province allaient bien au-delà de la promotion d’une marque et de la publicité. Ses représentants se trouvaient régulièrement dans la province et elle tirait avantage de la présence d’un bureau en Ontario. Bien plus, des témoins de Club Resorts ont admis en contre-interrogatoire qu’elle se livrait à des activités au Canada. Considérés ensemble, ces faits permettent de conclure que Club Resorts exploitait une entreprise en Ontario. Par conséquent, les intimés ont établi l’application d’un facteur de rapprochement créant une présomption et le tribunal ontarien peut à première vue se déclarer compétent.

[123] Club Resorts n’a pas réfuté la présomption de compétence à laquelle donne naissance ce facteur de rattachement. Ses activités commerciales en Ontario visaient précisément à gagner des clients dans la province, dont la famille Charron, pour son centre de villégiature à Cuba où l’accident s’est produit. On ne peut prétendre que ce litige n’est pas lié aux activités commerciales de Club Resorts dans la province. Par conséquent, je conclus que le tribunal

Ontario court has jurisdiction on the basis of the real and substantial connection test.

[124] I also find that the motion judge made no error in declining to stay the proceedings on the basis of *forum non conveniens*. Club Resorts failed to discharge its burden of showing that a Cuban court would clearly be a more appropriate forum in the circumstances of this case. Considerations of fairness to the parties weigh heavily in the respondents' favour. The inconvenience to the individual plaintiffs of transferring the litigation is greater than the inconvenience to the corporate defendant of not doing so. On the question of juridical advantage, I refer to my comments about *Van Breda*. I would add that keeping the case in the Ontario courts will probably avert a situation in which the proceedings against the various defendants are split.

#### IV. Conclusion

[125] For these reasons, I would dismiss Club Resorts' appeals with costs to the respondents other than Bel Air Travel Group Ltd. and Hola Sun Holidays Limited.

*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant (33692): Beard Winter, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Morgan Van Breda et al. (33692): Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the appellant (33606): Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Anna Charron et al. (33606): Adair Morse, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Bel Air Travel Group Ltd. (33606): McCague Borlack, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Hola Sun Holidays Limited (33606): Buie Cohen, Toronto.*

ontarien est compétent suivant le critère du lien réel et substantiel.

[124] J'estime aussi que le juge saisi de la motion n'a pas refusé à tort de suspendre l'instance pour cause de *forum non conveniens*. Club Resorts ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer qu'il serait nettement plus approprié que le litige soit instruit à Cuba dans les circonstances. L'équité envers les parties fait pencher lourdement la balance en faveur des intimés. Changer le lieu de l'instruction causerait aux demandeurs personnellement des inconvénients plus importants que ceux que subirait la société défenderesse en Ontario. Quant à l'avantage juridique, je renvoie à mes observations au sujet de l'affaire *Van Breda*. J'ajoute qu'entendre l'affaire en Ontario permettra probablement d'éviter la séparation des poursuites engagées contre les différents défendeurs.

#### IV. Conclusion

[125] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter les pourvois formés par Club Resorts, avec dépens en faveur des intimés sauf Bel Air Travel Group Ltd. et Hola Sun Holidays Limited.

*Pourvois rejetés avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante (33692): Beard Winter, Toronto.*

*Procureurs des intimés Morgan Van Breda et autres (33692): Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante (33606): Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs des intimés Anna Charron et autres (33606): Adair Morse, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Bel Air Travel Group Ltd. (33606): McCague Borlack, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Hola Sun Holidays Limited (33606): Buie Cohen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Tourism Industry Association of Ontario (33606 and 33692): Torys, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Amnesty International, the Canadian Centre for International Justice and Canadian Lawyers for International Human Rights (33606 and 33692): Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association (33606 and 33692): Allan Rouben, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Tourism Industry Association of Ontario (33606 et 33692) : Torys, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Amnistie internationale, le Centre canadien pour la justice internationale et Juristes canadiens pour les droits de la personne dans le monde (33606 et 33692) : Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association (33606 et 33692) : Allan Rouben, Toronto.*