

T-3324-75

T-3324-75

**Warwick Shipping Limited (Plaintiff)**

v.

**The Queen (Defendant)**

Trial Division, Walsh J.—Montreal, June 6; Ottawa, June 13, 1980.

*Practice — Costs — Motion by legal representatives of deceased defendant in this and two other actions to fix lump sum in lieu of taxed costs — Solicitors for deceased spent numerous hours in preparation of cases, which involved large monetary claims — Proceedings against the deceased were discontinued after his death, but his solicitors were aware of the intention to desist against him prior to his death, and they continued to act for him after his death up to the date of actual discontinuances — Motion dismissed on the ground that after the death of Mr. Fearon no steps were taken pursuant to Rules 1724 and 1725 for the proceedings to be carried on by the personal representatives of the deceased — Federal Court Rules 2(2), 5, 344(1),(7)(b), 406(1),(3), 1724, 1725(1).*

Motion by legal representatives of a deceased defendant, Joseph Fearon, to fix a lump sum in lieu of taxed costs in this and two other actions for damages. Mr. Fearon died before all proceedings against him were discontinued, but his solicitors were aware of the intention to desist against him for some time prior to the actual discontinuances. The solicitors attended numerous meetings and examinations for discovery in the Maritimes, Ontario and Quebec, and spent many hours researching Fearon's liability and the limitations thereof under federal and provincial legislation. They continued to act for Fearon after his death and up to the date of actual discontinuances. It is alleged that the tariff fees are inadequate. The issue is whether or not Fearon's solicitors are entitled to have a lump sum fixed in lieu of taxed costs.

*Held*, the motion is dismissed. There is a serious procedural objection to the present motion which prevents it from being granted. After the death of Mr. Fearon no steps were taken pursuant to Rules 1724 and 1725 for the proceedings to be carried on by the personal representatives of the deceased. *Federal Court Rules* make no provision for distraction of costs in favour of the attorneys of the party to whom they are awarded unlike article 479 of the Quebec *Code of Civil Procedure*. Applicants contend that Rule 2(2) or Rule 5 (the gap rule) might be applied so as to adopt the Quebec practice, but this argument must be rejected. *Federal Court Rules* provide for costs and there is no omission which needs to be covered resulting from the failure to provide for distraction of costs in favour of the attorneys of a party. Mr. Fearon's attorneys who present these motions are therefore not the parties entitled to collect the costs. They argue that they are really representing the Atlantic Pilotage Authority, stating that they were instructed by it to defend Mr. Fearon, and under the terms of the

**Warwick Shipping Limited (Demanderesse)**

c.

**<sup>a</sup> La Reine (Défenderesse)**

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, 6 juin; Ottawa, 13 juin 1980.

*Pratique — Frais et dépens — Requête, introduite par les représentants légaux du défunt défendeur dans cette action et dans deux autres, tendant à la fixation d'une somme forfaitaire tenant lieu de dépens taxés — Les procureurs du défunt ont consacré de nombreuses heures à la préparation du procès, qui portait sur de grosses sommes — Les procédures engagées contre le défunt ont fait l'objet de désistements après sa mort, mais ses procureurs savaient dès avant sa mort qu'on entendait se désister de toutes les réclamations contre lui; ils ont continué à occuper pour lui après sa mort jusqu'au moment du désistement — Requête rejetée au motif qu'après le décès de M. Fearon, rien n'a été fait pour que ses exécuteurs testamentaires reprennent la procédure à leur compte, conformément aux Règles 1724 et 1725 — Règles 2(2), 5, 344(1),(7)(b), 406(1),(3), 1724, 1725(1) de la Cour fédérale.*

Requête, introduite par les représentants légaux d'un défendeur décédé, Joseph Fearon, tendant à la fixation d'une somme forfaitaire tenant lieu de dépens taxés dans cette action en dommages-intérêts et dans deux autres. M. Fearon est décédé avant que toutes les procédures engagées contre lui n'aient fait l'objet d'un désistement. Mais lorsque le désistement est intervenu, ses procureurs savaient depuis quelque temps déjà qu'on entendait se désister de toutes les réclamations contre lui. Les procureurs ont assisté à beaucoup de réunions et d'interrogatoires préalables dans les provinces maritimes, en Ontario et au Québec, et consacré de nombreuses heures à l'étude de la responsabilité de Fearon et de la limitation de celle-ci sous le régime de la législation fédérale et provinciale. Ils ont continué à occuper pour lui après sa mort, jusqu'au moment du désistement. Il a été allégué que les frais et dépens prévus au tarif sont insuffisants. Il y avait à déterminer si les procureurs de Fearon étaient en droit de demander la fixation d'une somme forfaitaire tenant lieu de dépens taxés.

*Arrêt*: la requête est rejetée. Un obstacle majeur s'oppose, sur le plan de la procédure, à l'accueil des requêtes en instance. Après le décès de M. Fearon, rien n'a été fait pour que ses exécuteurs testamentaires reprennent la procédure à leur compte, conformément aux Règles 1724 et 1725. A la différence de l'article 479 du *Code de procédure civile* du Québec, les *Règles de la Cour fédérale* ne prévoient pas la distraction des dépens en faveur des avocats de la partie qui y a droit. Les requérants soutiennent que la Règle 2(2) ou la Règle 5 (la règle des lacunes) pourraient s'appliquer de façon à mettre en œuvre les pratiques du Québec dans ce domaine, mais cet argument doit être rejeté. Les *Règles de la Cour fédérale* prévoient les dépens et il n'y a lieu de suppléer à aucune omission du fait de l'absence d'une disposition sur la distraction des dépens en faveur des avocats d'une partie. Les avocats de M. Fearon, qui ont présenté ces requêtes, ne sont donc pas parties ayant droit au recouvrement des dépens. Ils prétendent représenter en fait l'Administration de pilotage de l'Atlantique. Ils font valoir que

agreement with the Authority are entitled to party and party costs as taxed by a court of law. This agreement cannot affect the Queen.

*Smerchanski v. Minister of National Revenue* [1979] 1 F.C. 801, referred to. *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen* [1980] 1 F.C. 36, referred to. *Aladdin Industries Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.* [1973] F.C. 942, referred to. *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. The Queen* [1979] 1 F.C. 809, referred to. *Crabbe v. Minister of Transport* [1973] F.C. 1091, referred to. *McCain Foods Ltd. v. C. M. McLean Ltd.* [1980] 2 F.C. 580, referred to. *National Capital Commission v. Bourque* [No. 2] [1971] F.C. 133, applied. *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The "Atlantean I"* [1979] 2 F.C. 661, applied.

MOTION.

COUNSEL:

No one appearing for plaintiff.  
*Michel Bourgeois* for Joseph Fearon.  
*James Mabbutt* for defendant.

SOLICITORS:

*Ogilvy Renault*, Montreal, for plaintiff.

*Major & Associates*, Montreal, for Joseph Fearon.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

WALSH J.: A motion was presented by the legal representatives of the late Joseph Fearon for fixing a lump sum in lieu of taxed costs in this action and two others namely T-3325-75 *Golden Eagle Canada Ltd. and New Brunswick Electric Power Commission v. Her Majesty the Queen and The Foundation Company of Canada Ltd. Third Party and J. P. Porter Company Ltd.*, Henry J. Kaiser Company (Canada) Ltd. and Standard Construction Company Ltd. Fourth Parties and T-553-76 *Her Majesty the Queen v. The Ship "Golden Robin" and Warwick Shipping Limited and James T. Reid and Golden Eagle Canada Limited*. Without going into too much detail it is necessary to briefly resume the facts. The late Joseph Fearon was piloting the ship M/V *Golden Robin* at a time when an accident involving many factual and legal complications occurred in Port Dalhousie, New Brunswick. As a result Warwick

celle-ci leur a confié la défense de M. Fearon et que, conformément à l'accord conclu avec l'Administration, ils ont droit aux dépens entre les parties, tels que ces dépens sont taxés par un tribunal. Cet accord n'est pas opposable à la Reine.

Arrêts mentionnés: *Smerchanski c. Le ministre du Revenu national* [1979] 1 C.F. 801; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine* [1980] 1 C.F. 36; *Aladdin Industries Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.* [1973] C.F. 942; *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. La Reine* [1979] 1 C.F. 809; *Crabbe c. Le ministre des Transports* [1973] C.F. 1091; *McCain Foods Ltd. c. C. M. McLean Ltd.* [1980] 2 C.F. 580. Arrêts appliqués: *Commission de la Capitale nationale c. Bourque* [N° 2] [1971] C.F. 133; *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'«Atlantean I»* [1979] 2 C.F. 661.

REQUÊTE.

AVOCATS:

Personne n'a comparu pour la demanderesse.  
*Michel Bourgeois* pour Joseph Fearon.  
*James Mabbutt* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour la demanderesse.  
*Major & Associates*, Montréal, pour Joseph Fearon.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE WALSH: Les représentants légaux de feu Joseph Fearon a introduit une requête tendant à la fixation d'une somme forfaitaire tenant lieu de dépens taxés dans cette action et dans deux autres, savoir *Golden Eagle Canada Ltd. et la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Sa Majesté la Reine, The Foundation Company of Canada Ltd., mise-en-cause de première part, et J. P. Porter Company Ltd., Henry J. Kaiser Company (Canada) Ltd. et Standard Construction Company Ltd., mises-en-cause de seconde part*, enregistrée au greffe sous le n° T-3325-75, et *Sa Majesté la Reine c. Le navire «Golden Robin», Warwick Shipping Limited, James T. Reid et Golden Eagle Canada Limited*, enregistrée au greffe sous le n° T-553-76. Sans entrer dans les détails, il est nécessaire de résumer brièvement les faits. Feu Joseph Fearon pilotait le N.M. *Golden Robin* lorsqu'il survint, à Port Dalhousie (Nouveau-

Shipping Limited in one action and Golden Eagle Canada Ltd. and New Brunswick Electric Power Commission in another sued the defendant claiming that the accident resulted from the ship striking an underwater obstruction. Defendant called in third parties including Joseph Fearon, and defendant contended that if she were held liable to plaintiffs she would be entitled to recover contribution from Fearon pursuant to relevant New Brunswick statutes. Fourth parties were brought in in due course. A third action arose out of the same incident with Her Majesty suing for oil pollution caused. Fearon was named as a defendant in it and brought into the other two actions as a third party. It is alleged by applicants that over 50 petitions or other procedures were presented by various parties. Fearon was examined on discovery by defendant in action T-3325-75 for a period of two days involving 220 pages of discovery at which six parties represented by nine attorneys participated. The evidence he gave was allegedly of a technical nature dealing with approaches to the harbour, necessary courses, navigation aids available, the extent of the dredging done by the fourth parties, tides, currents, and other matters. Counsel contends that in order to represent Fearon adequately a number of meetings with him and experts were required in order to acquire the necessary familiarity with the area of Port Dalhousie. Legal questions had to be studied with respect to the application of the *Contributory Negligence Act*, S.N.B. 1973, c. C-19 and the *Tortfeasors Act*, S.N.B. 1973, c. T-8 of New Brunswick, and the limitation of responsibility under the *Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52, and the application of Part XX of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9 all of which allegedly involved 100 hours of research. The Captain of the *Golden Robin* was also examined on discovery for three days with 387 pages of stenography. The attorneys of Fearon, located in Montreal, had to go to discoveries or meetings in Dalhousie, New Brunswick, Halifax, Nova Scotia, Ottawa and Toronto as well as Montreal. It is contended that by the application of Rules 344 and 345 of the *Federal Court Rules* and by analogy to Rule 14 of the *Quebec Bar Tariff*, and considering that said Joseph Fearon was named as a third party in action T-3324-75 in which the claim was for \$2,284,104.08 and that he was defendant in an action brought by Her Majesty for \$195,000 in action T-553-76 the tariff fees

Brunswick), un accident caractérisé par de multiples complications tant dans les faits que sur le plan juridique. Par suite de cet accident, Warwick Shipping Limited, d'une part, et Golden Eagle Canada Ltd. et New Brunswick Electric Power Commission, d'autre part, ont poursuivi la défenderesse en alléguant que l'accident était dû au fait que le navire avait heurté un obstacle submergé. La défenderesse a mis en cause des tiers, dont Joseph Fearon, et fait valoir que, si elle était jugée responsable envers les demanderesse, elle aurait le droit de recouvrer des contributions auprès de Fearon, conformément aux lois applicables du Nouveau-Brunswick. Les mises-en-cause de seconde part ont été citées en temps utile. Le même accident a donné lieu à une troisième action, intentée par Sa Majesté pour pollution au mazout. Fearon était poursuivi dans cette dernière action, et mis en cause dans les deux autres. D'après les requérants, plus de 50 requêtes et autres actes de procédure ont été présentés par les différentes parties. Fearon a été interrogé pendant deux jours par la défenderesse à l'action n° T-3325-75, au cours d'un interrogatoire préalable auquel participaient six parties représentées par neuf avocats. Les dépositions, dont la transcription occupe 220 pages de papier, auraient porté sur des questions techniques telles que les abords du port, les chenaux à suivre, les aides à la navigation disponibles, le degré de dragage accompli par les mises-en-cause de seconde part, les marées, des courants, etc. Son avocat soutient que pour le représenter proprement, il a dû le rencontrer plusieurs fois en présence d'experts afin de se faire une idée exacte des environs de Port Dalhousie. Il fallait aussi étudier les questions juridiques relatives à l'application de la *Loi sur la négligence contributive*, L.N.-B. 1973, c. C-19, et de la *Loi sur les auteurs de délits civils*, L.N.-B. 1973, c. T-8 du Nouveau-Brunswick, ainsi que les questions relatives à la limitation de responsabilité prévue par la *Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, c. 52, et à l'application de la Partie XX de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9. Autant de questions qui auraient nécessité 100 heures de travail de recherche. Le capitaine du *Golden Robin* a, lui aussi, été interrogé pendant trois jours, et son témoignage occupe 387 pages de transcription. Les avocats de Fearon, établis à Montréal, ont dû assister aux interrogatoires préalables comme aux réunions à Dalhousie (Nouveau-

are totally inadequate. Unfortunately Joseph Fearon died on October 12, 1977, and on January 4 or 5, 1978, defendant produced *désistements* in all proceedings against him and on July 18, 1978, the styles of cause were as a consequence amended. It was argued that the *désistements* (or discontinuances as they are referred to in the Rules of this Court) are not as a result of the death of the late Mr. Fearon but that it had been made known to his attorneys before that it was intended to desist against him, Her Majesty apparently having been satisfied that the contention in his pleadings that his liability would be limited under the *Pilotage Act* might be maintained, and certain settlements having taken place including pollution claims.

While conceding that much of the work done on the late Mr. Fearon's behalf was common to all three actions, his attorneys have attempted to break down their claim among the three, taking into consideration the amounts involved. In the action bearing No. T-3324-75 which involved by far the largest claim the amount sought is \$16,897 and it is pointed out that fees according to the tariff would only be \$1,575. In action T-3325-75 the claim is for \$4,852.45, as against the fees of only \$1,500 allowed according to the tariff and in action T-553-76 the amount sought is \$5,691 as against \$1,425 fees which the tariff would provide. It is conceded that if the limitations of the *Pilotage Act* apply the late Mr. Fearon's liability would only have been \$500, but legal questions arose as to whether the case was necessary or voluntary pilotage and in any event until the issue was raised in the pleadings he was, at least in theory, in jeopardy for the full amounts claimed. It is conceded also that his attorneys were aware that Her Majesty intended to desist from the claims against him for some time before the actual discontinuances took place, but that they nevertheless continued to act after his death and up to the date

Brunswick), à Halifax (Nouvelle-Écosse), à Ottawa, à Toronto et à Montréal. Ils concluent à l'insuffisance des frais et dépens prévus au tarif, à la suite de l'application des Règles 344 et 345 de la Cour fédérale, comme l'application par analogie de la Règle 14 du Tarif du Barreau du Québec, et compte tenu du fait que Joseph Fearon fut mis en cause dans l'action n° T-3324-75 qui portait sur la somme de \$2,284,104.08, et qu'il était poursuivi par Sa Majesté, pour la somme de \$195,000 dans l'action n° T-553-76. Malheureusement, Joseph Fearon est décédé le 12 octobre 1977; le 4 ou 5 janvier 1978, la défenderesse s'est désistée de toutes les procédures engagées contre lui, et le 18 juillet 1978, les intitulés de cause ont été modifiés en conséquence. Les avocats de Fearon soutiennent que ces désistements (en anglais: *discontinuances* dans les Règles de la Cour) ne tenaient pas à la mort de celui-ci, mais qu'ils en avaient été informés auparavant, Sa Majesté s'étant manifestement rendue à l'affirmation faite par M. Fearon que sa responsabilité était limitée de par la *Loi sur le pilotage*, et certains règlements étant intervenus entre-temps, dont le règlement de la poursuite en pollution.

Tout en admettant que le gros du travail fait pour le compte de feu M. Fearon est commun aux trois actions, ses avocats ont essayé d'établir un décompte des frais réclamés par action, en fonction des sommes en cause. Dans l'action au n° T-3324-75, le montant réclamé, qui est de loin le plus élevé, s'élève à \$16,897 alors que les honoraires prévus au tarif se montent seulement à \$1,575. Dans l'action n° T-3325-75, la somme réclamée est de \$4,852.45 et les honoraires prévus au tarif, seulement de \$1,500, et dans l'action n° T-553-76, les honoraires prévus au tarif se montent à \$1,425 alors que la somme réclamée est de \$5,691. Ils admettent qu'en cas d'application des limitations de responsabilité prévues par la *Loi sur le pilotage*, la responsabilité de feu M. Fearon eût été seulement de \$500, mais soutiennent que des difficultés juridiques se sont fait jour quant à la question de savoir si le pilotage accompli était nécessaire ou non, et qu'en tout cas, il encourait, du moins en théorie, l'intégralité des dommages-intérêts réclamés avant que la question de la limitation de responsabilité ne se fût posée dans les plaidoiries. Ils reconnaissent aussi qu'ils étaient au courant au préalable de l'intention de Sa Majesté de se désis-

of the actual discontinuances. Defendant does not dispute that the two members of the firm of attorneys acting for him may have spent the time set in their affidavits in connection with this work in research, attendance at examinations, and so forth. Defendant does point out however that, as admitted experts in pilotage claims, it is somewhat surprising that it would have been necessary to devote so much time to the research of the various legal issues involved and in particular to his claim for limitation of liability. In the leading case of *Smerchanski v. M.N.R.*<sup>1</sup> Chief Justice Jackett dismissed an application for special directions concerning costs contemplated by Tariff B made pursuant to Rule 344(7) on the grounds that it was belated and there was no justification for extending the time before making such an application which should have been made within 10 days of the pronouncement of the judgment pursuant to Rule 337(5). In what was really obiter to the main reasons for judgment the learned Chief Justice, who was sitting alone in connection with this application stated at page 805:

Finally, I should say on this point that the material submitted in support of this application does not, in my opinion, provide a reasonably arguable case for an exercise of judicial discretion increasing the fees for services of solicitors and counsel in connection with this appeal. Such a direction must be based on relevant considerations and must not be made on an arbitrary basis. All that has been established here is that the respondent incurred a very large solicitor and client bill in connection with the appeal, which would have been relevant if costs had been awarded on a solicitor and client basis but is not ordinarily relevant to the determination of costs on a party and party basis. Nothing has been put forward to suggest that there was anything in the conduct of the appeal to warrant any increase in the party and party tariff.

After pointing out that there is no principle as to the basis for ordinary party and party costs which are certainly not intended to constitute full compensation to the successful party for his solicitor and client costs he stated at page 806:

I have difficulty in accepting volume of work in preparation considered alone, or in conjunction with such factors as the difficulty or importance of the case, as constituting a basis for exercising the judicial discretion to increase Tariff B costs items.

and again [at page 806]:

<sup>1</sup> [1979] 1 F.C. 801.

ter de toutes ses réclamations contre M. Fearon mais que, même après sa mort, ils ont continué à occuper pour lui jusqu'au moment du désistement. La défenderesse ne conteste pas que les deux avocats de l'étude représentant M. Fearon ont pu passer le temps indiqué dans leurs affidavits à faire des recherches, à assister aux interrogatoires préalables, etc. Elle souligne cependant, qu'il est étonnant que des experts reconnus en affaires de pilotage aient nécessité tant de temps pour faire des recherches sur les différentes questions de droit en jeu, en particulier dans une matière de limitation de responsabilité. Dans l'arrêt *Smerchanski c. M.R.N.*<sup>1</sup>, qui fait jurisprudence, le juge en chef Jackett a rejeté une demande fondée sur la Règle 344(7) et tendant aux directives spéciales sur les dépens prévus au tarif B, par ces motifs que le délai imparti était expiré et que rien ne justifiait une prorogation du délai de dépôt de cette demande qui, conformément à la Règle 337(5) eût dû être formulée dans les 10 jours du jugement. Dans un passage qui est en fait un *obiter dictum*, le savant juge en chef, qui instruisait seul cette demande, s'est prononcé en ces termes à la page 805:

Finalement, j'estime que les documents à l'appui de la présente requête n'apportent rien qui puisse donner raisonnablement ouverture à l'exercice par le juge du pouvoir discrétionnaire d'augmenter les honoraires au titre des services de *solicitors* et de conseils dans le cadre du présent appel. De telles instructions doivent s'appuyer sur des motifs pertinents et ne pas être arbitraires. On a seulement démontré en l'espèce que l'intimé avait reçu un compte de frais extrajudiciaires très élevé dans le cadre du présent appel. Ce fait aurait été pertinent si les frais avaient été adjugés sur la base procureur-client; il ne l'est généralement pas quand il s'agit de fixer les frais entre parties. Rien n'indique que le déroulement de l'appel justifiait une augmentation du tarif des frais entre parties.

Après avoir fait ressortir qu'il n'y a aucun principe régissant la fixation des frais ordinaires entre parties, lesquels ne visent pas à indemniser intégralement la partie qui a gain de cause de ses frais calculés sur la base procureur-client, il a ajouté à la page 806:

J'hésite à admettre que le travail de préparation à lui seul, ou doublé d'autres facteurs comme la difficulté ou l'importance d'une affaire, justifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'augmenter le montant des frais prévus au tarif B.

j et plus loin [à la page 806]:

<sup>1</sup> [1979] 1 C.F. 801.

If Federal Court party and party costs are not designed to provide full reimbursement, as it seems to me, what is intended is that they be made up of the completely arbitrary amounts fixed by or in accordance with the rules subject to variations (where authorized) based on factors arising out of the conduct of the particular proceeding.

In the subsequent judgment in *Manitoba Fisheries Limited v. The Queen*<sup>2</sup> Smith D.J. reviewed the previous jurisprudence at some length, including the case of *Aladdin Industries Incorporated v. Canadian Thermos Products Limited* [1973] F.C. 942 (from which the *Smerchanski* case was a departure) the *Smerchanski* case itself, and the case of *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. The Queen*<sup>3</sup> in which I had occasion to set out in detail my understanding of the effects of the *Smerchanski* case and the Federal Court of Appeal case of *Crabbe v. Minister of Transport*<sup>4</sup>. He concludes that as the case was in the nature of a test case a reasonable and fair fee should be allowed.

In the case of *McCain Foods Limited v. C. M. McLean Limited* [1980] 2 F. C. 580, a judgment of December 13, 1979, (which I understand is under appeal\*) I again had occasion to consider the *Smerchanski* case and noted [at page 583] in particular the remarks of the learned Chief Justice that "Nothing has been put forward to suggest that there was anything in the conduct of the appeal to warrant any increase in the party and party tariff" and again his words "subject to variations (where authorized) based on factors arising out of the conduct of the particular proceeding" as justifying a finding that increased amounts can be awarded when the proof submitted to the Court in connection with the taxation justifies them even though in principle the party and party costs are not expected to provide full compensation for time and effort spent. This was a judgment on a belated discontinuance proceeding after defendant had been put to very substantial expense in resisting the claim for a trade mark infringement. In rendering judgment I made a distinction between Rule 344(1) which reads as follows:

*Rule 344.* (1) The costs of and incidental to all proceedings in the Court shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless otherwise ordered. Without limiting the

<sup>2</sup> [1980] 1 F.C. 36.

<sup>3</sup> [1979] 1 F.C. 809.

<sup>4</sup> [1973] F.C. 1091.

\* [[1981] 1 F.C. 534.]

Si, ainsi que je le pense, les dépens entre parties en Cour fédérale ne sont pas destinés à indemniser intégralement la partie à laquelle ils seront versés, ils sont censés se limiter aux sommes tout à fait arbitraires prévues par les règles, sous réserve des modifications autorisées se fondant sur des facteurs relatifs au déroulement de la procédure dont il s'agit.

Dans une décision plus récente, *Manitoba Fisheries Limited c. La Reine*<sup>2</sup>, le juge suppléant Smith a examiné en détail la jurisprudence antérieure, y compris l'arrêt *Aladdin Industries Incorporated c. Canadian Thermos Products Limited* [1973] C.F. 942 (auquel s'opposait l'arrêt *Smerchanski*), l'arrêt *Smerchanski* lui-même et l'arrêt *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. La Reine*<sup>3</sup> où j'ai interprété les conséquences de *Smerchanski* et de l'arrêt *Crabbe c. Le ministre des Transports*<sup>4</sup> de la Cour d'appel fédérale. Le juge suppléant Smith a conclu que, comme il s'agissait d'une cause-type, il fallait allouer des honoraires raisonnables et équitables.

Dans *McCain Foods Limited c. C. M. McLean Limited* [1980] 2 C.F. 580, jugement en date du 13 décembre 1979 (j'ai appris qu'il a été porté en appel\*) où j'ai eu encore une fois l'occasion d'examiner la jurisprudence *Smerchanski*, j'ai conclu [à la page 583] des observations du savant juge en chef selon lesquelles «Rien n'indique que le déroulement de l'appel justifiait une augmentation du tarif des frais entre parties» et «sous réserve des modifications autorisées se fondant sur des facteurs relatifs au déroulement de la procédure dont il s'agit» que la Cour peut accorder une somme plus élevée sur la foi des preuves soumises en la matière, lors même qu'en principe, les frais entre les parties ne visent pas à indemniser intégralement le temps et l'effort dépensés. Ce jugement a été rendu à la suite d'un désistement tardivement effectué après que la défenderesse eut engagé des dépenses importantes pour s'opposer à l'action en violation de marque de commerce. Dans ce jugement, j'ai distingué la Règle 344(1) qui porte:

*Règle 344.* (1) Les dépens et autres frais de toutes les procédures devant la Cour sont laissés à la discrétion de la Cour et suivent le sort de l'affaire sauf ordonnance contraire. Sans

<sup>2</sup> [1980] 1 C.F. 36.

<sup>3</sup> [1979] 1 C.F. 809.

<sup>4</sup> [1973] C.F. 1091.

\* [[1981] 1 C.F. 534.]

foregoing, the Court may direct the payment of a fixed or lump sum in lieu of taxed costs.

and Rule 344(7)(b) which reads:

*Rule 344. . . .*

(7) Any party may

(b) after the Court has reached a conclusion as to the judgment to be pronounced, at the time of the return of the motion for judgment,

whether or not the judgment includes any order concerning costs, move the Court to make any special direction concerning costs contemplated by this Rule, including any direction contemplated by Tariff B, and to decide any question as to the application of any of the provisions in Rule 346.

because there was some doubt as to whether the latter Rule would be applicable whereas it appeared to me that Rule 344(1) is quite a general Rule which precludes taxation.

In the present case defendant disputes the necessity of many of the actual disbursements made on behalf of the late Mr. Fearon by his attorneys in representing him and in any event, as I pointed out in the *McCain* case (*supra*) it would appear inappropriate in using Rule 344(1) and fixing a global sum in lieu of taxed costs to ask a taxing officer to examine and tax disbursements and then add to that a lump sum for fees. I am satisfied that, leaving aside the question of the disbursements in each case, only one set of fees should be allowed in the three proceedings as the work done on behalf of Mr. Fearon was substantially identical in all three. Her Majesty's counsel also points out that it is doubtful whether travelling expenses of Fearon's counsel to examinations in Fredericton and elsewhere are properly allowable, as, if Fearon had been represented by local counsel at the place where he lived, it would not have been necessary for them to incur these expenses to represent him. He also contends that much of their work may well have been unnecessary in order to protect him in the various proceedings. Certainly they acted most diligently on his behalf. It is very difficult to be precise, but on a lump sum basis I believe that an amount of \$10,000 to cover both fees and disbursements applicable to all three actions would be fair and just and I would order payment of this amount if it could be concluded that this application is permissible.

limiter la portée générale, la Cour pourra prescrire le paiement d'une somme fixe ou globale au lieu de frais taxés.

de la Règle 344(7)b) qui porte:

*a Règle 344. . . .*

(7) Une partie peut

b) après que la Cour aura décidé du jugement à prononcer, au moment où la requête pour l'obtention d'un jugement est présentée,

que le jugement ait ou non réglé la question des dépens, requérir la Cour de donner, au sujet des dépens, des directives spéciales aux termes de la présente Règle, y compris une directive visée au tarif B, et de statuer sur tout point relatif à l'application de tout ou partie des dispositions de la Règle 346.

parce que j'avais des doutes quant à l'applicabilité de cette dernière Règle alors que j'étais convaincu du caractère général de la Règle 344(1) qui exclut toute taxation.

En l'espèce, la défenderesse conteste la nécessité de nombreuses dépenses réelles faites par les avocats représentant feu M. Fearon, et, en tout cas, comme je l'ai souligné dans *McCain* (*supra*), il ne faut pas, par l'application de la Règle 344(1) et par la fixation d'une somme forfaitaire au lieu de frais taxés, demander à un officier taxateur de déterminer et de taxer les débours pour y ajouter une somme forfaitaire afin d'en faire des honoraires. Je suis convaincu qu'il faut laisser de côté la question des débours séparés et allouer un seul ensemble de frais car le travail fait pour le compte de M. Fearon est essentiellement le même dans les trois actions. L'avocat de Sa Majesté émet également des doutes sur la possibilité d'indemniser les frais de voyage subis par les avocats de Fearon pour assister aux interrogatoires préalables à Fredericton et ailleurs, parce que si Fearon s'était fait représenter par des avocats établis dans la ville même de sa résidence, il ne leur aurait pas été nécessaire d'engager ces dépenses. Il allègue aussi que le gros de leur travail n'était pas nécessaire pour protéger Fearon dans les différentes actions. Ils ont certainement occupé avec diligence pour lui. Un calcul précis serait très difficile, mais je pense qu'il serait juste et équitable d'allouer une somme forfaitaire de \$10,000 pour couvrir à la fois les honoraires et les débours relatifs aux trois actions, et j'ordonnerais le versement de ce montant si je pouvais conclure au bien-fondé de cette demande.

This raises some very interesting legal questions which I will now deal with. In dealing with discontinuances Rule 406(1) reads as follows:

*Rule 406.* (1) The plaintiff may, at any time before service of the defendant's defence, or after service thereof before taking any other proceeding in the action (other than an interlocutory application), by filing and serving an appropriate notice in writing, wholly discontinue his action or withdraw any particular claim made by him, and thereupon he shall pay the defendant's costs of the action, or, if the action be not wholly discontinued, the defendant's costs occasioned by the matter so withdrawn. Such costs, if they cannot be agreed on, may be taxed.

and Rule 406(3) reads:

*Rule 406.* . . .

(3) Except as in this Rule otherwise provided, a plaintiff may not discontinue an action without leave of the Court; but the Court may, before or after any hearing, upon such terms as to costs, as to bringing any subsequent action, or otherwise, as may seem just, order the action to be discontinued, or any part of the alleged cause of complaint to be struck out.

When Her Majesty filed notices of discontinuances in all three cases on January 4, or 5, 1978, apparently this was done by virtue of Rule 406(1). Mr. Fearon was already deceased and no permission was sought for the discontinuances. Defences had already been filed however and subsequently Fearon had been examined for discovery. Her Majesty's counsel contends that such an examination is not a "proceeding in this action". If this contention is valid then Fearon's counsel could not claim increased costs, which would simply be taxed, if not agreed on, but on the other hand if paragraph (3) of Rule 406 is applied and leave of the Court is necessary for such discontinuances then the Court may fix special terms as to costs. I believe that it would give an unreasonably restrictive interpretation to paragraph (1) to permit the discontinuances simply to be made without consulting Fearon's representatives or giving them an opportunity to speak on the subject of costs which they could do when an order is required from the Court permitting the discontinuances. The action was very far advanced at the time and in fact except for the actual trial Fearon's attorneys had already done most of whatever was required on his behalf, and admittedly incurred time charges and disbursements greatly in excess of what would be allowed on a simple taxation of costs without any special directions. In this connection it must be

Il se pose à cet égard quelques points de droit fort intéressants que je vais examiner. La Règle 406(1), qui traite du désistement, porte:

*Règle 406.* (1) Le demandeur peut, en tout temps antérieur à la signification de la défense du défendeur, ou après cette signification mais avant d'engager toute autre procédure dans l'action (sauf une demande de décision interlocutoire), en déposant et signifiant un avis écrit approprié, se désister complètement de son action ou retirer une des réclamations qu'il a faites, et il doit dès lors payer les frais engagés par le défendeur dans l'action, ou s'il ne s'est pas entièrement désisté de l'action, les frais occasionnés au défendeur par la question ainsi retirée. Ces frais, à défaut d'accord, peuvent être taxés.

et la Règle 406(3):

*Règle 406.* . . .

(3) Sauf dispositions contraires de la présente Règle, un demandeur ne peut se désister d'une action sans permission de la Cour; mais la Cour pourra, avant ou après une audition, aux conditions qui semblent justes quant aux frais, à l'introduction d'une action subséquente ou à d'autres questions, par ordonnance, donner suite à la demande de désistement de l'action ou de radiation de toute partie des moyens invoqués à l'appui de la plainte.

Lorsque Sa Majesté s'est désistée des trois actions, il est manifeste qu'elle a déposé les avis de désistement, le 4 ou 5 janvier 1978, en application de la Règle 406(1). M. Fearon étant décédé, elle n'a pas demandé la permission de la Cour pour se désister. Mais des mémoires de défense avaient été déposés et Fearon avait comparu par la suite à l'interrogatoire préalable. L'avocat de Sa Majesté soutient que cet interrogatoire préalable ne constitue pas [TRADUCTION] «un incident de procédure dans cette action». Si cet argument était fondé, les avocats de Fearon ne pourraient pas réclamer une majoration des dépens, lesquels seraient taxés en cas de désaccord entre les parties, mais par contre, si c'est le paragraphe (3) de la Règle 406 qui s'applique et que la permission de la Cour soit nécessaire en cas de désistement, la Cour peut fixer des conditions spéciales pour les dépens. A mon avis, ce serait une interprétation excessivement restrictive du paragraphe (1) que de permettre le désistement sans que les représentants de Fearon soient consultés et sans qu'ils aient la possibilité d'exprimer leurs vues au sujet des dépens, alors qu'ils peuvent le faire lorsqu'une ordonnance de la Cour est requise. L'action était alors déjà très avancée et, en fait à part le procès proprement dit, les avocats de Fearon avaient déjà fait presque tout ce qu'il y avait à faire pour son compte; ils y ont consacré des heures de travail et



stated that Fearon's legal representatives have no objection to the discontinuance of the proceedings, but if they are deemed to have been discontinued as of January 5, 1978, then certainly it would now be too late to seek any special order as to costs. It is true that in all three cases there were court orders changing the style of cause so as to leave Fearon's name out as a result of the discontinuances. In T-3324-75 Mahoney J. authorized the amendment of the style of cause on December 15, 1978, in T-3325-75 Gibson J. authorized it on July 18, 1978, and in T-553-76 Gibson J. made a similar order on July 17, 1978. These orders were all rendered on applications made by the late Mr. Fearon's attorneys pursuant to Rule 324, and while they certainly imply an acceptance of the discontinuances they were not orders for leave to discontinue pursuant to Rule 406(3). There is even now no formal application before the Court for leave to discontinue, but such leave would undoubtedly be given since all parties are agreed that the discontinuances were desirable and have in fact been acted on by the changes in the style of cause. It is not unreasonable however to conclude that the present applications should not be considered as having been made too late, as the Court has not previously been asked to consider the effect of the discontinuances on the costs to be awarded to the late Mr. Fearon, nor have counsel had the opportunity of raising the issue.

There is a serious procedural objection to the present motions however, which prevents them from being granted. After the death of the late Mr. Fearon no steps were taken pursuant to Rules 1724 and 1725 for the proceedings to be carried on by the personal representatives of the deceased. The *Federal Court Rules* make no provision for distraction of costs in favour of the attorneys of the party to whom they are awarded unlike article 479 of the Quebec *Code of Civil Procedure*. This was pointed out by Associate Chief Justice Noël in the case of *National Capital Commission v. Bourque* [No. 2]<sup>5</sup> and reiterated in the case of

<sup>5</sup> [1971] F.C. 133.

des dépenses dépassant de loin les dépens qui eussent été taxés en l'absence de toute directive spéciale. A cet égard, il y a lieu de noter que les représentants légaux de Fearon ne s'opposent nullement au désistement, mais si celui-ci est réputé avoir lieu le 5 janvier 1978, il leur serait maintenant trop tard pour requérir une ordonnance spéciale en matière de frais. Il est vrai que, dans les trois actions, la Cour a ordonné la modification des intitulés de cause pour en exclure le nom de Fearon par suite des désistements. Le juge Mahoney a autorisé cette modification le 15 décembre 1978 dans l'action enregistrée sous le n° T-3324-75, le juge Gibson l'a fait le 18 juillet 1978 dans l'action enregistrée sous le n° T-3325-75 et le 17 juillet 1978 dans l'action enregistrée au n° T-553-76. Les ordonnances ont toutes été rendues sur demande des avocats de feu M. Fearon, conformément à la Règle 324 et, bien qu'elles opèrent acquiescement tacite aux désistements, elles ne constituent pas des permissions de désistement telles que les prévoit la Règle 406(3). La Cour n'a même pas été saisie d'une demande formelle de permission de désistement, qui eût été certainement accueillie, parce que de l'avis de toutes les parties, il y avait lieu à désistement, lequel a été opéré, par la modification des intitulés de cause. On serait cependant fondé à conclure qu'il ne faut pas considérer les présentes requêtes comme tardives, la Cour n'ayant pas été requise auparavant de se prononcer sur les effets du désistement sur les frais à allouer à feu M. Fearon, et ses avocats n'ayant pas eu l'occasion de soulever ce point.

g

Cependant, un obstacle majeur s'oppose, sur le plan de la procédure, à l'accueil des requêtes en instance. Après le décès de M. Fearon, rien n'a été fait pour que ses exécuteurs testamentaires reprennent la procédure à leur compte, conformément aux Règles 1724 et 1725. A la différence de l'article 479 du *Code de procédure civile* du Québec, les *Règles de la Cour fédérale* ne prévoient pas la distraction des dépens en faveur des avocats de la partie qui y a droit. Ce point a été souligné par le juge en chef adjoint Noël dans *Commission de la Capitale nationale c. Bourque* [N° 2]<sup>5</sup> et réitéré dans *Osborn Refrigeration Sales*

<sup>5</sup> [1971] C.F. 133.

*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The "Atlantean I"*<sup>6</sup>. Applicants contend that Rule 2(2) or Rule 5 (the gap rule) of the Rules of this Court might be applied so as to adopt the Quebec practice, but this argument must be rejected. *Federal Court Rules* provide for costs and there is no omission which needs to be covered resulting from the failure to provide for distraction of costs in favour of the attorneys of a party. The late Mr. Fearon's attorneys therefore who present these motions are not the parties entitled to collect the costs. They argue that they are really representing the Atlantic Pilotage Authority and submit, annexed to the affidavit of Mr. Major, a telex from that Authority stating they were instructed by it on January 23, 1976, to defend Joseph Fearon, an employee of the Authority, and under the terms of the agreement between the Authority and Mr. Major are entitled to party and party costs as taxed and judicially established by a court of law. This agreement between attorneys for Mr. Fearon and the Atlantic Pilotage Authority cannot however affect Her Majesty the Queen, against whom it is sought to have the costs taxed in a lump sum, nor have the effect of creating a rule for the Federal Court permitting costs to be awarded in favour of the said attorneys. The affidavit of Michael R. McGrath, Treasurer of the Atlantic Pilotage Authority sets out that all expenses incurred on behalf of Joseph Fearon in relation to the legal actions surrounding the grounding of the vessel *Golden Robin* were paid by the Authority including the expenses of the attorneys and pilot Fearon's expenses and sets out the details of them. While there is no doubt that it is the Atlantic Pilotage Authority which will ultimately be reimbursed for these sums by whatever costs are awarded as the result of the discontinuances of the proceedings against Mr. Fearon, this certainly does not justify Mr. Fearon's attorneys from seeking to have the costs paid to them. While the most appropriate procedure would appear to be to have the present motions made by the personal representatives of the deceased, it is possible that the Court might consider permitting the Atlantic Pilotage Authority to be added as a party for this purpose by application of Rule 1725(1) which reads as follows:

*and Service Inc. c. L'«Atlantean I»*<sup>6</sup>. Les requérants soutiennent que la Règle 2(2) et la Règle 5 (la règle des lacunes) des Règles de la Cour pourraient s'appliquer de façon à mettre en œuvre les pratiques du Québec dans ce domaine, mais cet argument doit être rejeté. Les Règles de la Cour fédérale prévoient les dépens et il n'y a lieu de suppléer à aucune omission du fait de l'absence d'une disposition sur la distraction des dépens en faveur des avocats d'une partie. En conséquence, les avocats de feu M. Fearon, qui ont introduit ces requêtes, ne sont pas parties ayant droit au recouvrement des dépens. Ils prétendent représenter en fait l'Administration de pilotage de l'Atlantique et produisent, à l'appui de l'affidavit de M. Major, un message télex en date du 23 janvier 1976 de cet organisme leur confiant la défense de Joseph Fearon, son employé, et leur confirmant que, conformément à un accord conclu entre l'Administration et M. Major, ils ont droit aux dépens entre les parties, tels que ces dépens sont taxés et judiciairement établis par un tribunal. Cet accord conclu entre les avocats de M. Fearon et l'Administration de pilotage de l'Atlantique n'est cependant pas opposable à Sa Majesté la Reine, contre qui ils réclament des dépens sous forme de somme forfaitaire, pas plus qu'il n'impose à la Cour fédérale l'obligation de leur allouer des dépens. D'après l'affidavit de Michael R. McGrath, trésorier de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, celle-ci assumait toutes les dépenses engagées pour le compte de Joseph Fearon dans les actions en justice faisant suite à l'échouage du navire *Golden Robin*, dont les honoraires d'avocats et les frais du pilote Fearon dont l'affidavit énonce les détails. S'il est vrai que c'est l'Administration de pilotage de l'Atlantique qui recouvrera, en fin de compte, les débours sous forme de dépens alloués par suite du désistement dans les procédures intentées contre M. Fearon, les avocats de ce dernier n'en sont pas pour autant fondés à en réclamer le recouvrement. Bien que la procédure la plus correcte eût consisté dans l'introduction de ces requêtes par les exécuteurs testamentaires du défunt eux-mêmes, la Cour pourrait permettre, à cette fin à l'Administration de pilotage de l'Atlantique de se constituer partie conformément à la Règle 1725(1) qui porte ainsi:

<sup>6</sup> [1979] 2 F.C. 661 at page 691.

<sup>6</sup> [1979] 2 C.F. 661, à la page 691.

*Rule 1725.* (1) Where at any stage of a proceeding the interest or liability of any party is assigned or transmitted to, or devolves upon, some other person, the Court may, if it thinks it necessary in order to ensure that all matters in dispute in the proceeding may be effectually and completely determined and adjudicated upon, order that other person to be made a party to the proceeding and, where appropriate, may also order that the proceedings be carried on as if he had been substituted for the first mentioned party.

I make no finding with respect to this however as the issue is not before me. The motions made by the late Mr. Fearon's attorneys must therefore be dismissed under reserve of their right to present them again in the name of the party or parties properly entitled to costs on the discontinuances after such parties are brought into the action in place of the late Joseph Fearon. The costs of these motions must necessarily be awarded against Messrs. Major and Associates who presented them, but only one set of costs will be allowed on the three motions.

*Règle 1725.* (1) Lorsque, à quelque stade d'une procédure, le droit ou l'obligation d'une partie quelconque est cédé ou transmis à quelque autre personne ou lui est dévolu, la Cour pourra, si elle l'estime nécessaire pour assurer qu'elle pourra, valablement et complètement, juger toutes les questions en litige dans la procédure et statuer sur elles, ordonner que cette autre personne soit constituée partie à la procédure et, lorsque cela s'applique, pourra aussi ordonner que les procédures se poursuivent comme si elle avait été substituée à la partie mentionnée en premier lieu.

Cependant, je ne statue pas sur ce point qui n'a pas été soumis à ma décision. En conséquence, il faut rejeter les requêtes introduites par les avocats de feu M. Fearon, sous réserve de leur droit de les introduire de nouveau au nom de la ou des parties ayant légitimement droit aux dépens par suite des désistements, lorsque ces parties sont représentées dans la procédure à la place de feu Joseph Fearon. MM. Major et associés sont condamnés aux dépens des requêtes en instance, qu'ils ont introduites, ces dépens étant calculés pour les trois requêtes considérées comme un tout.