

T-52-84

T-52-84

**RCP Inc. (Applicant)**

v.

**Minister of National Revenue and Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (Respondents)**

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, October 15 and 21; Ottawa, December 13, 1985.

*Practice — Costs — Litigation settled — R. 344(1) providing costs follow "event" — "Event" outcome of litigation, whether judgment or settlement — Not dependent on judgment or order — Equity requiring award of costs to successful applicant — Duty of Court to consider whole of circumstances, including respondents' conduct leading to litigation, necessity of lengthy cross-examinations on ambiguous affidavits, and prolonged argument as to costs — Costs not awarded on solicitor-client basis except in exceptional circumstances — Costs not awarded as damages — Solicitor-client costs here would amount to damages — Costs awarded as lump sum over and above Tariff amounts — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(1),(7), Tariff A, s. 1(4)(a), Tariff B, s. 3.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion for order for costs on solicitor-client basis — Whether applicant should have proceeded under ss. 46 and 48 of Customs Act — S. 46 not resolving main issue of policing end-use of imported items — Court having jurisdiction — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 46, 48 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65).*

*Held*, costs should be awarded as a lump sum over and above the Tariff amounts.

Rule 344(1) provides that costs of all proceedings shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless otherwise ordered. The "event" is the outcome of the litigation, whether it be a judgment or a settlement. An order or judgment is not required for there to be an "event". Settlement is not a bar to an award of costs. Equity dictates that the applicant be awarded its costs. It was successful in the action and the respondents should not be allowed to avoid paying costs by settling the matter when it becomes apparent that the applicant would be successful at a trial of the issues. While the Court has an absolute discretion to award costs, a successful litigant has a reasonable expectation of obtaining an order for costs.

**RCP Inc. (requérante)**

c.

**Ministre du Revenu national et sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise (intimés)**

<sup>b</sup> Division de première instance, juge Rouleau—Toronto, 15 et 21 octobre; Ottawa, 13 décembre 1985.

*Pratique — Frais et dépens — Règlement — La Règle 344(1) prévoit que les dépens suivent le «sort de l'affaire» — Le «sort de l'affaire» est l'issue du litige, qu'il s'agisse d'un jugement ou d'un règlement — Il ne dépend pas du fait que la Cour rende un jugement ou une ordonnance — L'equity exige qu'on adjuge ses dépens à la requérante, qui a eu gain de cause — La Cour a le devoir de prendre en considération l'ensemble des circonstances, y compris la conduite des intimés ayant donné lieu au litige, l'obligation de contre-interroger longuement les témoins sur des affidavits ambigus et le long débat sur les dépens — Les frais entre procureur et client ne sont adjugés que dans des circonstances exceptionnelles — Les dépens ne sont pas accordés à titre de dommages-intérêts — En l'espèce, le fait d'adjudger les dépens sur la base procureur et client équivaudrait à accorder des dommages-intérêts — Somme globale dépassant ce qui est prévu au Tarif accordée comme dépens — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344(1),(7), Tarif A, art. 1(4)a), Tarif B, art. 3.*

*Compétence de la Cour fédérale — Division de première instance — Requête visant à obtenir une ordonnance portant versement des dépens sur la base procureur-client — La requérante aurait-elle dû procéder sur le fondement des art. 46 et 48 de la Loi sur les douanes? — L'art. 46 ne résoud pas la question principale, savoir celle de l'utilisation des articles importés — La Cour a compétence — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 46, 48 (mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 65).*

*Jugement*: une somme globale dépassant ce qui est prévu au Tarif devrait être accordée comme dépens.

<sup>h</sup> La Règle 344(1) prévoit que les dépens de toutes les procédures sont laissés à la discrétion de la Cour et suivent le sort de l'affaire sauf ordonnance contraire. Le «sort de l'affaire» est l'issue du litige, qu'il s'agisse d'un jugement ou d'un règlement. Il n'est pas nécessaire que la Cour rende une ordonnance ou un jugement pour qu'il y ait «sort de l'affaire». Un règlement n'empêche nullement de rendre une ordonnance portant adjudication des dépens. L'equity exige qu'on adjuge à la requérante ses dépens. Elle a eu gain de cause dans l'action et on ne devrait pas permettre aux intimés d'échapper au paiement des dépens en réglant l'affaire au moment où il devient apparent que la requérante aurait gain de cause si un procès avait lieu. Bien que la Cour ait un pouvoir discrétionnaire absolu pour adjuger les dépens, un plaideur qui a eu gain de cause peut raisonnablement s'attendre à obtenir une ordonnance portant paiement des dépens.

It is the Court's duty to consider the whole of the circumstances of the case and what led to the action, the necessity of lengthy cross-examinations and the prolonged argument as to costs. The respondents' conduct was reprehensible. It persisted in its policy for 4½ years. It complicated and lengthened the proceedings by filing affidavits containing discrepancies days before trial. There was also some indication that there may not have been fair play in the suspension of the applicant's privileges while they were maintained by the competitors. Although the applicant satisfied the Court of bad faith on the part of respondents, that it had been unfairly dealt with and that the conduct of the Department's officials was not beyond reproach, this conduct did not persist after the commencement of the proceedings. Orkin, in *The Law of Costs*, states that the court has a general discretion to award costs as between solicitor and client, although not by way of damages. Awarding costs on a solicitor-client basis in this case would be commensurate to awarding damages. In cases where costs have been awarded on a solicitor-client basis there was contempt of court, failure to put in all the evidence, duplication of proceedings, frivolous and vexatious proceedings, unconscionable behaviour, or misconduct resulting in unnecessary delays or expense.

The inherent discretion with respect to costs rests with the presiding judge. Implied in Rule 344(7) is a discretion on the part of the Trial Judge to vary the amounts in Tariff B. Section 3 of Tariff B represents authority for the exercise of the Court's discretion to vary the amounts set out in the Tariff. The Court's power to vary the amount in the Tariff was recognized in *Bourque v. National Capital Commission*, [1972] F.C. 527 (C.A.). In *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. R.*, [1979] 1 F.C. 809 (T.D.), a lump sum in lieu of taxed costs was awarded. The circumstances here amply justify an increase in the amount over and above those set out in the Tariff.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Creen v Wright* (1877), 25 W.R. 502 (C.A.); *Field v Great Northern Railway Company* (1878), 26 W.R. 817 (Div. Ct.); *Copeland v. The Corporation of the Township of Blenheim* (1885), 11 P.R. 54 (Ont. C.A.); *Coniagas Reduction Co. v. H.E.P. Com'n*, [1932] 3 D.L.R. 360 (Ont. C.A.); *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. R.*, [1979] 1 F.C. 809 (T.D.); *The Proprietary Association of Canada, Barnes-Hind/Hydrocurve, Inc., and Alcon Canada Inc. and R.* (1983), 5 C.E.R. 496 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Andrews v. Barnes* (1888), 39 Ch.D. 133 (C.A.); *Holman v. Knox* (1912), 3 D.L.R. 207 (Ont. Div. Ct.); *McGrath et al. v. Goldman et al.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 305 (B.C.S.C.); *Food City Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 1437 (T.D.); *IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 F.C. 181 (C.A.).

La Cour a le devoir de prendre en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire et ce qui a amené l'action, l'obligation de contre-interroger longuement les témoins et le long débat sur les dépens. La conduite des intimés a été répréhensible. Le Ministère a persisté dans sa politique pendant quatre ans et demi. Il a compliqué et prolongé les procédures en déposant quelques jours avant l'audition de l'affaire des affidavits remplis de divergences. Un aspect laisse voir qu'on n'a peut-être pas joué franc-jeu dans la suspension des privilèges de la requérante, alors que les concurrents conservaient les leurs. Bien que la requérante ait convaincu la Cour que les intimés ont fait preuve de mauvaise foi à son égard, qu'elle a été traitée injustement et que le comportement des fonctionnaires du Ministère n'a pas été sans reproches, ce comportement n'a pas persisté après le début des procédures. Orkin affirme, dans son ouvrage *The Law of Costs*, que la cour possède un pouvoir discrétionnaire général pour adjuger les dépens entre procureur et client, mais pas à titre de dommages-intérêts. En l'espèce, le fait d'adjuger les dépens sur la base procureur-client équivaldrait à accorder des dommages-intérêts. Dans les affaires où il y a eu adjudication de dépens sur une base procureur-client, il y avait eu outrage au tribunal, défaut de produire tous les éléments de preuve, chevauchement d'actions, procédures frivoles et vexatoires, conduite déraisonnable ou inconduite entraînant des retards ou des dépenses inutiles.

Le pouvoir discrétionnaire inhérent quant aux dépens appartient au juge présidant l'audition. La Règle 344(7) laisse supposer que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire de modifier les sommes fixées au Tarif B. L'article 3 du Tarif B autorise la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire pour modifier les sommes fixées au Tarif. Le pouvoir de la Cour de modifier la somme fixée au Tarif a été reconnu dans *Bourque c. Commission de la Capitale nationale*, [1972] C.F. 527 (C.A.). Dans *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. R.*, [1979] 1 C.F. 809 (1<sup>re</sup> inst.), on a adjugé une somme globale au lieu de frais taxés. Les circonstances de l'espèce justifient amplement d'augmenter la somme au-delà de ce qui est prévu au Tarif.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Creen v Wright* (1877), 25 W.R. 502 (C.A.); *Field v Great Northern Railway Company* (1878), 26 W.R. 817 (Div. Ct.); *Copeland v. The Corporation of the Township of Blenheim* (1885), 11 P.R. 54 (C.A. Ont.); *Coniagas Reduction Co. v. H.E.P. Com'n*, [1932] 3 D.L.R. 360 (C.A. Ont.); *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. R.*, [1979] 1 C.F. 809 (1<sup>re</sup> inst.); *The Proprietary Association of Canada, Barnes-Hind/Hydrocurve, Inc., et Alcon Canada Inc. et R.* (1983), 5 C.E.R. 496 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Andrews v. Barnes* (1888), 39 Ch.D. 133 (C.A.); *Holman v. Knox* (1912), 3 D.L.R. 207 (C.D. Ont.); *McGrath et al. v. Goldman et al.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 305 (C.S.C.-B.); *Food City Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 1437 (1<sup>re</sup> inst.); *IBM Canada Ltée c. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 C.F. 181 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Morrison v. Morrison*, [1928] 2 D.L.R. 998 (Ont. C.A.);  
*Mildenberger v. Rur. Mun. of Francis No. 127*, [1955] 1  
 D.L.R. 46 (Sask. C.A.); *Bourque v. National Capital*  
*Commission*, [1972] F.C. 527 (C.A.); *Aladdin Industries*  
*Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1973] F.C.  
 942 (T.D.).

## COUNSEL:

*K. C. Cancellara* for applicant.  
*Lois E. Lehmann* for respondents.

## SOLICITORS:

*Cassels, Brock & Blackwell*, Toronto, for  
 applicant. *c*  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
 respondents.

## EDITOR'S NOTE

*The Editor has decided to report this practice case in an abridged format, omitting His Lordship's review of the facts but reporting in full his reasons for judgment on the issues of costs.*

*The relief sought in the litigation, commenced by originating notice of motion, was certiorari setting aside certain decisions by customs officials. The motion was disposed of not in Court but by a letter wherein the respondents conceded the relief sought. The applicant contended that the policies and practices of government officials had been unfair and constituted an abuse of the administrative process.*

*This was a motion for an order for costs on a solicitor-client basis or, in the alternative, a declaration that the certiorari motion was a Class III action for purposes of assessing costs.*

*Two issues had to be addressed: (1) Can an order for costs be made in the absence of a formal order or judgment or, in other words, no "event" as envisaged by Rule 344 [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663]? (2) Is this an appropriate case in which to award costs on a solicitor-client basis?*

## DÉCISIONS CITÉES:

*Morrison v. Morrison*, [1928] 2 D.L.R. 998 (C.A. Ont.);  
*Mildenberger v. Rur. Mun. of Francis No. 127*, [1955] 1  
 D.L.R. 46 (C.A. Sask.); *Bourque c. Commission de la*  
*Capitale nationale*, [1972] C.F. 527 (C.A.); *Aladdin*  
*Industries Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*,  
 [1973] C.F. 942 (1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*K. C. Cancellara* pour la requérante. *b*  
*Lois E. Lehmann* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Cassels, Brock & Blackwell*, Toronto, pour la  
 requérante. *c*  
*Le sous-procureur général du Canada* pour  
 les intimés.

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*L'arrêtiiste a décidé de publier sous une forme abrégée, cette cause en matière de pratique. L'examen des faits par le juge a été omis, mais ses motifs de jugement sur les questions touchant aux dépens sont publiés intégralement.*

*Le redressement sollicité dans ce litige, introduit par voie d'avis introductif de requête, était un bref de certiorari annulant certaines décisions prises par des agents de douane. Ce n'est pas la Cour qui a mis fin à la procédure, mais une lettre dans laquelle les intimés ont consenti au redressement demandé. La requérante soutenait que les politiques et pratiques qu'avaient suivies les fonctionnaires étaient injustes et constituaient un abus de la procédure administrative.*

*La présente requête sollicitait une ordonnance adjugeant des dépens sur la base procureur-client ou, subsidiairement, un jugement déclaratoire portant que la requête en bref de certiorari était une action de la classe III aux fins de fixation des frais.*

*Deux questions se posaient: 1) Est-il possible de rendre une ordonnance quant aux frais en l'absence d'une ordonnance ou d'un jugement formel, autrement dit, s'il n'y a pas «sort de l'affaire», ainsi que le prévoit la Règle 344 [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663]? 2) S'agit-il d'un cas où il convient d'adjuger des frais sur la base procureur-client?*

Before moving to the principal issues, His Lordship dealt with the Crown argument that the applicant was in the wrong forum. It was suggested that the procedures outlined in sections 46 and 48 of the Customs Act [R.S.C. 1970, c. C-40 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65)] should have been resorted to. Rouleau J. rejected that submission, making reference to the decision of Cattanach J. in *The Proprietary Association of Canada, Barnes-Hind/Hydrocurve, Inc., and Alcon Canada Inc. and R. (1983)*, 5 C.E.R. 496 (F.C.T.D.), a case involving a similar provision in the Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13. It was clear that the Federal Court had jurisdiction and that this argument was put forward by the Crown primarily in an attempt to avoid having to pay costs.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.:

I

Can costs be awarded in the absence of an order or determination of the issues in the originating notice of motion?

Rule 344(1) of the *Federal Court Rules* states:

*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 foregoing, the Court may direct the payment of a fixed or lump sum in lieu of taxed costs. [Emphasis added.]

Over the years, the meaning of the word "event" has been judicially considered in various and different circumstances. In *Creen v Wright* (1877), 25 W.R. 502 (C.A.), the Court held that where on the trial of an action a non-suit is directed which is set aside and a new trial granted and on the second trial the plaintiff has a verdict and a judgment, the plaintiff is entitled to the costs of the first trial as part of the costs which "follow the event". The verdict of the jury on the second trial is the event.

In *Field v Great Northern Railway Company* (1878), 26 W.R. 817 (Div. Ct.), the event was held

Avant d'aborder les questions principales, le juge a examiné l'argument de la Couronne selon lequel la requérante se trouvait devant la mauvaise instance. On a laissé entendre que les procédures prévues aux articles 46 et 48 de la Loi sur les douanes [S.R.C. 1970, chap. C-40 (mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 65)] auraient dû être suivies. Le juge Rouleau a rejeté cet argument, invoquant la décision du juge Cattanach dans l'affaire *The Proprietary Association of Canada, Barnes-Hind/Hydrocurve, Inc., et Alcon Canada Inc. et R. (1983)*, C.E.R. 496 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), affaire qui porte sur une disposition semblable de la Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13. De toute évidence, la Cour fédérale avait compétence et la Couronne a invoqué cet argument principalement pour tenter d'éviter d'avoir à payer les dépens.

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

LE JUGE ROULEAU:

I

Peut-on adjuger les dépens en l'absence d'une ordonnance ou d'une décision sur les points litigieux soulevés dans l'avis introductif de requête?

Le paragraphe 344(1) des *Règles de la Cour fédérale* 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 limiter la portée générale, la Cour pourra prescrire le paiement d'une somme fixe ou globale au lieu de frais taxés. [C'est moi qui souligne.]

Au fil des ans, les tribunaux ont eu à examiner le sens du mot «sort» dans diverses circonstances. Dans l'affaire *Creen v Wright* (1877), 25 W.R. 502 (C.A.), la Cour a statué que, dans les cas où, à l'instruction d'une action, il est rendu une ordonnance de non-lieu qui est infirmée, qu'un nouveau procès est accordé et que, au terme du second procès, le demandeur obtient verdict et jugement, il a droit aux dépens du premier procès en tant que partie des dépens qui «suivent le sort de l'affaire». Le verdict du jury au second procès constitue le sort de l'affaire.

Dans l'arrêt *Field v Great Northern Railway Company* (1878), 26 W.R. 817 (Div. Ct.), on a

to be the result of all the proceedings incidental to the litigation, and the costs which follow the event include the costs of all the stages of litigation.

In *Copeland v. The Corporation of the Township of Blenheim* (1885), 11 P.R. 54 (Ont. C.A.), the Court stated, at page 55:

The "event" has been decided to be just what it implied, viz., "the result of the entire litigation:" *Field v. Great Northern R.W. Co.*, 3 Ex. D. 261. The costs were certainly incurred by the plaintiff in the prosecution of his cause, and the wording of the rule is clear—such costs shall abide the event.

In the course of conducting research, I have been unable to find a case which supports the proposition that when a matter has been settled between the parties and further litigation is unnecessary there can be no order made as to costs. The "event" which costs are to follow is nothing more than the outcome of the litigation; in the case at bar the outcome was that the applicant obtained the relief it sought in the form of a settlement. That in itself is no bar to an order being made for an award of costs in the applicant's favour.

In this case, equity would dictate that the applicant be awarded its costs. It was successful in the action; it received from the respondents the money it was entitled to as well as other remedies.

In enforcing its right, costs of approximately \$21,000 were incurred for which, in fairness, equity would dictate compensation. The respondents should not be allowed to avoid paying costs by settling the matter when it becomes apparent that the applicant would be successful at a trial of issues. While the Court has an absolute and unfettered discretion to award or not to award costs, a successful litigant has, in the absence of special circumstances, a reasonable expectation of obtaining an order for the payment of costs (see *Morrison v. Morrison*, [1928] 2 D.L.R. 998 (Ont. C.A.)). In *Coniagas Reduction Co. v. H.E.P. Com'n*, [1932] 3 D.L.R. 360 (Ont. C.A.), it is stated, at page 363:

The question of such costs [of the trial] is one of judicial discretion; and the judicial discretion is the judicial discretion of the trial Judge; it is both the right and the duty of the trial Judge to exercise that discretion . . .

jugé que le sort de l'affaire était le résultat de toutes les procédures incidentes au litige et que les dépens qui suivent le sort de l'affaire comprennent les dépens à toutes les étapes du litige.

<sup>a</sup> Dans *Copeland v. The Corporation of the Township of Blenheim* (1885), 11 P.R. 54 (C.A. Ont.), la Cour a déclaré à la page 55:

[TRADUCTION] On a jugé que le «sort de l'affaire» constituait précisément ce qu'il impliquait, savoir «le résultat du procès tout entier»: *Field v. Great Northern R.W. Co.*, 3 Ex. D. 261. Les frais ont certes été engagés par le demandeur dans la poursuite de son action et le libellé de la règle est clair—ces frais doivent se conformer au sort de l'affaire.

<sup>c</sup> Au cours de mes recherches, je n'ai pu trouver aucun arrêt appuyant l'argument suivant lequel lorsqu'une affaire a été réglée entre les parties et que la poursuite du litige devient inutile, il ne peut y avoir d'ordonnance quant aux dépens. Le «sort de l'affaire», que les dépens doivent suivre, n'est rien de plus que l'issue du litige; en l'espèce, le litige a connu son issue lorsque la requérante a obtenu le redressement qu'elle demandait par règlement. En soi, ce fait n'empêche nullement de rendre une ordonnance portant adjudication des dépens en faveur de la requérante.

<sup>f</sup> En l'espèce, l'*equity* exigerait qu'on adjuge à la requérante ses dépens. Elle a eu gain de cause dans l'action; elle a reçu des intimés les sommes d'argent auxquelles elle avait droit, ainsi que d'autres redressements.

<sup>g</sup> Pour faire respecter son droit, la requérante a dépensé environ 21 000 \$ pour lesquelles, en toute justice, l'*equity* exigerait compensation. On ne devrait pas permettre aux intimés d'échapper au paiement des dépens en réglant l'affaire au moment où il devient apparent que la requérante aurait gain de cause si un procès avait lieu. Bien que la Cour ait un pouvoir discrétionnaire absolu et illimité pour adjuger ou non les dépens, un plaideur qui a gain de cause peut, en l'absence de circonstances particulières, raisonnablement s'attendre à obtenir une ordonnance portant paiement des dépens (voir *Morrison v. Morrison*, [1928] 2 D.L.R. 998 (C.A. Ont.)). Dans l'affaire *Coniagas Reduction Co. v. H.E.P. Com'n*, [1932] 3 D.L.R. 360 (C.A. Ont.), on déclare ceci à la page 363:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] La question de l'adjudication de ces dépens [du procès] est une question de discrétion judiciaire; et la discrétion judiciaire en cause est celle du juge de première instance; celui-ci peut et doit exercer ce pouvoir discrétionnaire . . .

In summary, based on the facts of this case, I am prepared to exercise my discretion and make an order for costs. The question as to whether there has been an "event" is not dependent upon an order or judgment being rendered by the Court. The "event" is the outcome of the litigation, whether it be judgment for the applicant or a settlement in its favour. A trial judge possesses a wide discretionary power when dealing with the issue of costs and where that discretion is exercised judicially, taking into account the facts of the case, generally the award will not be interfered with by the appellate courts (see *Mildenberger v. Rur. Mun. of Francis No. 127*, [1955] 1 D.L.R. 46 (Sask. C.A.)).

## II

Am I in a position to allow costs on a solicitor-client basis?

The earliest authority which considered the jurisdiction of awarding costs on a higher scale appears in *Andrews v. Barnes* (1888), 39 Ch.D. 133 (C.A.). That authority was considered and commented upon by the Ontario Divisional Court in *Holman v. Knox* (1912), 3 D.L.R. 207, as well as in the case of *McGrath et al. v. Goldman et al.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 305 (B.C.S.C.). These cases seem to indicate that the Court possesses a general discretionary power to award costs on a solicitor-client basis but, even in equity, costs between solicitor and client are not awarded except in rare and exceptional circumstances.

I must therefore consider whether the facts of this case represent such rare and exceptional circumstances. Certainly, the respondents' conduct was, at times, reprehensible. It persisted in its policy for 4½ years. It further complicated and lengthened the proceedings by serving the applicant with three affidavits some three or four days before the matter was scheduled for trial. Because of the importance of these reply affidavits, an adjournment was granted for the purposes of cross-examination.

The transcripts of the cross-examinations reveal a number of discrepancies and contradictions in

En résumé, compte tenu des faits de l'espèce, je suis disposé à exercer mon pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance quant aux dépens. La question de savoir s'il y a «sort de l'affaire» ne dépend pas du fait que la Cour rende une ordonnance ou un jugement. Le «sort de l'affaire» est l'issue du litige, qu'il s'agisse d'un jugement ou d'un règlement en faveur de la requérante. Un juge de première instance possède un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il statue sur la question des dépens, et lorsque ce pouvoir discrétionnaire est exercé de façon judiciaire, en tenant compte des faits de l'espèce, de façon générale, les cours d'appel ne modifieront pas l'adjudication (voir *Mildenberger v. Rur. Mun. of Francis No. 127*, [1955] 1 D.L.R. 46 (C.A. Sask.)).

## II

Suis-je en position d'adjudger les dépens sur la base procureur-client?

Le plus ancien précédent qui a examiné le pouvoir d'adjudger les dépens sur une plus grande échelle semble être l'affaire *Andrews v. Barnes* (1888), 39 Ch.D. 133 (C.A.). La Cour divisionnaire de l'Ontario a examiné et commenté ce précédent dans l'affaire *Holman v. Knox* (1912), 3 D.L.R. 207, ainsi que dans l'affaire *McGrath et al. v. Goldman et al.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 305 (C.S.C.-B.). Ces décisions semblent indiquer que la Cour possède un pouvoir discrétionnaire général d'adjudger les dépens sur la base procureur-client, mais que même en *equity*, les frais entre procureur et client ne sont adjugés que dans des circonstances rares et exceptionnelles.

Je dois donc examiner la question de savoir si les faits de l'espèce constituent des circonstances rares et exceptionnelles. Certes, la conduite des intimés a, à certains moments, été répréhensible. Le Ministère a persisté dans sa politique pendant quatre ans et demi. Il a compliqué et prolongé davantage les procédures en signifiant trois affidavits à la requérante trois ou quatre jours avant la date prévue pour l'audition de l'affaire. En raison de l'importance de ces affidavits produits en réponse, un ajournement a été accordé pour fins de contre-interrogatoire.

La transcription des contre-interrogatoires laisse voir un certain nombre de divergences et de con-

the text of the affidavits submitted by the officials involved. One aspect, among many, indicates that there may not have been fair play in the suspension of privileges of the applicant while they were maintained by the competitors.

After having said all this, do I have the discretion to award costs on a solicitor-client basis? I have concluded that I do not. Though it would appear from the lengthy recital of the facts in this matter that one would expect that I tended in that direction, they are outlined for other purposes: to underline the ambiguous conduct of the officials and to point out the difficulties which the applicant and the officials encountered while attempting to conduct business; further, their recital is necessary if I am to exercise my discretion in allowing an increase in the Tariff provided for under the Rules, to extend this discretion to the taxing officer or, in the alternative, to fix a lump sum.

Though the applicant has satisfied me of bad faith, that it was unfairly dealt with and that the conduct of the Department's officials was not beyond reproach, this conduct does not persist after the commencement of the proceedings in January 1984. I say this with some reservation because there is no doubt that the affidavits in reply, submitted by the Crown's witnesses, were vague and ambiguous and could have led to deception had a trial judge been required to decide the issues without the benefit of the cross-examinations. The cross-examinations were quite revealing in that they particularized the long and extensive dispute and pointed out the discrepancies between the statements contained in the affidavits and the actual facts. On the other hand, conduct between both counsel was consistent with acceptable standards in litigation.

As Mark M. Orkin in his book *The Law of Costs*, (1968) states, at page 53:

In a dispute *inter partes* the court has a general discretionary power to award costs as between solicitor and client, although not by way of damages.

Awarding costs on a solicitor-client basis in this case would be commensurate to awarding dam-

traditions dans le texte des affidavits soumis par les fonctionnaires concernés. Un aspect, parmi bien d'autres, laisse voir qu'on n'a peut-être pas joué franc-jeu dans la suspension des privilèges de la requérante, alors que les concurrents conservaient les leurs.

Tout cela étant dit, ai-je le pouvoir discrétionnaire d'adjuger les dépens sur la base procureur-client? J'en suis venu à la conclusion que non. Bien que la longue énumération des faits de l'espèce pourrait laisser croire que je penche dans cette direction, les faits en question ont été exposés pour d'autres fins: soit pour faire ressortir le comportement équivoque des fonctionnaires et pour signaler les difficultés auxquelles ont fait face la requérante et les fonctionnaires en tentant de mener l'affaire; de plus, l'énumération de ces faits est nécessaire si je dois exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder une augmentation du tarif prévu dans les Règles, pour confier ce pouvoir discrétionnaire à l'officier taxateur ou, subsidiairement, pour fixer une somme globale.

Bien que, la requérante m'ait convaincu qu'on a fait preuve de mauvaise foi à son endroit, qu'elle a été traitée injustement et que le comportement des fonctionnaires du Ministère n'a pas été sans reproches, ce comportement n'a pas persisté après le début des procédures en janvier 1984. Je dis cela, mais non sans certaines réserves, car il ne fait pas de doute que les affidavits déposés en réponse par les témoins de la Couronne étaient vagues et ambigus et auraient pu induire en erreur si un juge de première instance avait dû trancher les questions en litige sans le bénéfice des contre-interrogatoires. Ces derniers ont été très révélateurs en ce qu'ils ont apporté des précisions sur le long litige et signalé les divergences entre les déclarations contenues dans les affidavits et les faits réels. Par contre, entre eux, les deux avocats se sont conduits d'une manière conforme aux normes acceptables dans le domaine du litige.

Comme l'affirme Mark M. Orkin, dans son ouvrage *The Law of Costs*, (1968), à la page 53:

[TRADUCTION] Dans un litige *inter partes*, la cour possède un pouvoir discrétionnaire général pour adjuger les dépens entre procureur et client, non à titre de dommages-intérêts toutefois.

En l'espèce, le fait d'adjuger les dépens sur la base procureur-client équivaudrait à accorder des dom-

ages. Many times through their careers counsel will be retained by parties who will negotiate disputes, argue, and discuss for months, even years, before arriving at a solution without coming before the courts. In those cases no one seeks costs let alone expects the Court to award any. Costs can only be considered from the time litigation is initiated.

I have considered a number of cases that have come before the Federal Court of Canada and there are very few involving the awarding of costs on a solicitor-client basis. When it did occur, there was sufficient evidence before the presiding justice to find contempt of court, a party's failure to put in all the evidence, duplication of actions, frivolous and vexatious proceedings, unconscionable behaviour, or misconduct, resulting in unnecessary delays or expense.

I have concluded that the Ministry of National Revenue, Customs and Excise, should have realized long before September 1984 that their policy, adopted in December 1980, was almost impossible to enforce; that it created problems for the applicant and frustrated the officials. Their obstinacy and demeanour were not altered until an action was commenced and a solicitor who was retained by them undoubtedly had a great deal to do in persuading them to abandon these new guidelines. Approximately 4½ years after the policy was proclaimed, they finally conceded the impossibility of application of their regulations and conceded all of the relief sought by the applicant.

There are statutory provisions and sufficient jurisprudence, in both the Trial and Appeal Divisions of the Federal Court, which make it abundantly clear that the inherent discretion with respect to costs rests with the presiding judge. Rule 344(1) of the *Federal Court Rules* provides that:

*Rule 344.* ... the Court may direct the payment of a fixed or lump sum in lieu of taxed costs.

Rule 344(7) provides for a party to move the Court for special directions concerning costs

ages-intérêts. À de nombreuses reprises au cours de leur carrière, les avocats vont voir leurs services être retenus par des parties qui négocieront des litiges, se disputeront et discuteront pendant des mois, voire des années, avant d'en arriver à une solution sans recourir aux tribunaux. Dans de tels cas, personne ne demande de dépens et encore moins ne s'attend à ce que la Cour en adjuge. Les dépens ne peuvent être envisagés qu'à partir du moment où des procédures sont intentées.

J'ai examiné un certain nombre de causes dont a été saisie la Cour fédérale du Canada, mais très peu d'entre elles portent sur l'adjudication des dépens sur la base procureur-client. Quand ce fut le cas, le juge président l'audience disposait d'assez d'éléments de preuve pour conclure qu'il y avait eu outrage au tribunal, défaut par une partie de produire tous les éléments de preuve, chevauchement d'actions, procédures frivoles et vexatoires, conduite déraisonnable, ou inconduite entraînant des retards ou des dépenses inutiles.

J'en arrive à la conclusion que le ministère du Revenu national, Douanes et Accise, aurait dû se rendre compte, bien avant septembre 1984, qu'il était presque impossible de faire appliquer sa politique adoptée en décembre 1980; que cette politique a causé des difficultés à la requérante et de la frustration aux fonctionnaires. L'obstination et la conduite du Ministère ont persisté jusqu'à ce qu'une action soit intentée, et le procureur dont il a retenu les services y est sans doute pour beaucoup dans sa décision d'abandonner ces nouvelles lignes directrices. Environ quatre ans et demi après la proclamation de la politique, le Ministère a finalement admis qu'il était impossible d'appliquer ses règlements et a entièrement consenti au redressement sollicité par la requérante.

Il existe des dispositions législatives et suffisamment de décisions, tant de la Division de première instance que de la Division d'appel, qui établissent de façon très claire que le pouvoir discrétionnaire inhérent quant aux dépens appartient au juge président l'audition. Le paragraphe 344(1) des *Règles de la Cour fédérale* porte:

*Règle 344.* ... la Cour pourra prescrire le paiement d'une somme fixe ou globale au lieu de frais taxés.

La Règle 344(7) prévoit qu'une partie peut requérir la Cour de donner des directives spéciales au



including any direction contemplated by Tariff B. There is implied in this Rule a discretion on the part of the Trial Judge to vary the amounts set out in Tariff B. Paragraph 1(4)(a) of Tariff A provides that:

1. . . .

(4) The Court may

(a) make a direction whereby a step or all the steps in a proceeding shall be classified in a class other than that in which they would otherwise fall . . . .

In addition, section 3 of Tariff B represents authority for the exercise of the Court's discretion to vary the amounts set out in the Tariff:

3. No amounts other than those set out above shall be allowed on a party and party taxation, but any of the above amounts may be increased or decreased by direction of the Court in the judgment for costs or under Rule 344(7). [Emphasis added.]

Initially the discretion to increase or reduce the amount set out in the Tariff was vested in the taxing officer. Under the *Federal Court Rules*, this power is now vested in the Court and this change was recognized by Chief Justice Jaccett in *Bourque v. National Capital Commission*, [1972] F.C. 527 (C.A.). This principle was applied in *Aladdin Industries Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1973] F.C. 942 (T.D.), at page 944.

In *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. R.*, [1979] 1 F.C. 809 (T.D.), a lump sum in lieu of taxed costs was awarded. In addressing the issue of a lump sum award Walsh J. stated, at page 810:

This is a petition for directions concerning costs in these proceedings or for an order prescribing the payment of a global sum in place of costs. The problem of what constitutes appropriate sums to be allowed in lieu of taxed costs and the proper procedure to be followed for allowing them has become a difficult and controversial question which frequently misleads counsel for the parties in view of what was, at least until recently, conflicting jurisprudence. Amounts substantially in excess of the tariff, which in my view is unrealistic and outdated by contemporary standards save for the relatively few cases in this Court where the amounts involved and the time and effort expended are small were allowed by Kerr J. in the case of *Aladdin Industries Inc. v. Canadian Thermos Products Limited* ([1973] F.C. 942), and in a judgment I rendered in the case of *Crelinsten Fruit Company v. Maritime Fruit Carriers Co. Ltd.* [1976] 2 F.C. 316, in which although I substantially reduced the amounts claimed calculated on a time basis the

sujet des dépens, y compris une directive visée au Tarif B. Cette Règle laisse supposer que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire de modifier les sommes fixées dans le Tarif B. L'alinéa 1(4)a) du Tarif A prévoit que:

1. . . .

(4) La Cour pourra,

a) donner des instructions pour qu'une démarche ou mesure ou toutes les démarches et mesures d'une procédure fassent partie d'une classe autre que celle dont elles feraient autrement partie . . . .

En outre, l'article 3 du Tarif B autorise la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire pour modifier les sommes fixées au Tarif:

3. Il ne doit pas être accordé, par taxation, entre parties, d'autres sommes que celles indiquées ci-dessus; toutefois, tout ou partie des sommes indiquées ci-dessus peuvent être augmentées ou diminuées sur instructions données par la Cour dans le jugement relatif aux dépens ou en vertu de la Règle 344(7). [C'est moi qui souligne.]

Au début, le pouvoir discrétionnaire d'augmenter ou de réduire la somme fixée au Tarif appartenait à l'officier taxateur. En vertu des *Règles de la Cour fédérale*, c'est maintenant la Cour qui est investie de ce pouvoir, et ce changement a été reconnu par le juge en chef Jaccett dans *Bourque c. Commission de la Capitale nationale*, [1972] C.F. 527 (C.A.). On a appliqué ce principe dans l'affaire *Aladdin Industries Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1973] C.F. 942 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 944.

Dans l'arrêt *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. R.*, [1979] 1 C.F. 809 (1<sup>re</sup> inst.), on a adjugé une somme globale au lieu de frais taxés. Abordant la question de l'adjudication d'une somme globale, le juge Walsh a déclaré, à la page 810:

Il s'agit en l'espèce d'une requête afin d'obtenir des directives concernant les dépens de l'instance ou une ordonnance qui enjoindrait le paiement d'une somme fixe et globale en lieu et place des frais. La question de l'attribution de sommes appropriées au lieu de frais taxés et la procédure à suivre pour les attribuer est devenue difficile et controversée; elle induit fréquemment les avocats des parties en erreur vu l'existence, au moins jusqu'à tout récemment, d'une jurisprudence contradictoire. Dans l'affaire *Aladdin Industries Inc. c. Canadian Thermos Products Limited* ([1973] C.F. 942); le juge Kerr a accordé des sommes substantiellement supérieures au tarif, lequel à mon avis est irréaliste et dépassé par les normes contemporaines, si ce n'est pour quelques espèces relativement rares, dont la présente cour a à connaître, où les sommes impliquées et le temps et l'effort dépensés sont minimes; dans le jugement que j'ai rendu dans *Crelinsten Fruit Company c. Maritime Fruit Carriers Co. Ltd.* [1976] 2 C.F. 316, dans

amount involved was still greatly in excess of the tariff. I adopted the same policy in the case of *The Trustee Board of the Presbyterian Church in Canada v. The Queen* Court Nos. T-908-74 [[1977] 2 F.C. 107] and A-404-74 a judgment dated December 2, 1976, which unlike the other two cases referred to was an expropriation action although one which proceeded under the new Act.

Kerr J. awarded a lump sum in the case of *Food City Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 1437 (T.D.). The Court of Appeal has recognized the discretion exercised by a trial judge to vary the amounts set out in the Tariff and they so stated in *IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 F.C. 181 (C.A.), at pages 184-185:

The jurisprudence on the question of the extent to which a taxing officer's discretion in allowing specific items on a taxation is reviewable clearly indicates that the discretion ought not to be interfered with unless the amounts allowed are so inappropriate or his decision is so unreasonable as to suggest that an error in principle must have been the cause. (see: *Rickwood v. Aylmer* ([1954] O.W.N. 858); *Kaufman v. New York Underwriters Insurance Co.* ([1955] O.W.N. 496).)

Taking into account the circumstances of the case at bar, I am satisfied that they amply justify an increase in the amount over and above those set out in the Tariff and I say this for the following reasons:

- I am satisfied that there was different treatment afforded RCP Inc. compared to its competitors.
- The applicant was unable to obtain from the Minister of National Revenue any definitive statement as to how to comply with the policy.
- There is evidence throughout the negotiations of the willingness of RCP Inc. to comply with any request.
- The Department of National Revenue availed itself of threats to suspend stock piling privileges in order to force RCP Inc. to pay duty.
- There were statements under oath of Department officials confirming that it was virtually impossible to police end-use.
- The applicant was wrongfully accused of improper record-keeping.

lequel, quoique j'aie substantiellement réduit les sommes réclamées, calculées selon un taux horaire, celles accordées furent quand même considérablement supérieures au tarif. J'ai suivi la même ligne directrice dans l'affaire *Le Bureau de fiducie de l'Église presbytérienne au Canada c. La Reine*, n<sup>os</sup> du greffe T-908-74 [[1977] 2 C.F. 107] et A-404-74, non publiée, datée du 2 décembre 1976, qui, contrairement aux deux autres causes précitées, était une action en expropriation engagée, toutefois, sur le fondement de la nouvelle Loi.

Le juge Kerr a accordé une somme globale dans l'affaire *Food City Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 1437 (1<sup>re</sup> inst.). La Cour d'appel a reconnu le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de modifier les sommes fixées au Tarif et c'est ce qu'elle a dit dans *IBM Canada Liée c. Xerox of Canada Ltd.*, [1977] 1 C.F. 181 (C.A.), aux pages 184 et 185:

La théorie du droit sur la question de la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un fonctionnaire taxateur pour allouer des montants spécifiques révèle clairement qu'un tribunal ne devrait intervenir que lorsque les montants accordés sont inappropriés ou que la décision est déraisonnable au point de sembler résulter d'une erreur de principe. (Voir: *Rickwood c. Aylmer* ([1954] O.W.N. 858); *Kaufman c. New York Underwriters Insurance Co.* ([1955] O.W.N. 496).)

Je suis convaincu que les circonstances de l'es-pèce justifient amplement d'augmenter la somme au-delà de ce qui est prévu au Tarif et ce, pour les raisons suivantes:

- Je suis convaincu que RCP Inc. a reçu un traitement différent de celui réservé à ses concurrents.
- La requérante n'a pas réussi à obtenir du ministre du Revenu national une déclaration définitive sur la façon de se conformer à la politique.
- Il y a preuve, tout au long des négociations, de la volonté de RCP Inc. de satisfaire à toute demande.
- Le ministère du Revenu national a recouru à la menace de suspendre les privilèges de stockage afin de contraindre RCP Inc. à payer les droits.
- Des fonctionnaires du Ministère ont fait des déclarations sous serment qui confirment qu'il était pratiquement impossible de contrôler l'utilisation.
- C'est à tort qu'on a accusé la requérante d'avoir tenu ses dossiers de manière inadéquate.

-The Department of National Revenue officials agreed that RCP Inc. was not in default of any of the criteria that importers must comply with to qualify for exempt status.

-There was manifest and obvious bad faith on the part of the Department.

-There were unconscionable delays in reviewing or amending the policy until proceedings were commenced.

-The affidavits in reply submitted by Customs and Excise officials were deceptive.

I am satisfied that in this case I can take into account the previous conduct of the respondents which led to this litigation and it is my duty to consider the whole of the circumstances of the case and what led to the action, the necessity of lengthy cross-examinations of witnesses and the unusually prolonged argument for costs. For these and other reasons already outlined, I will exercise my discretion and fix a lump sum.

Near the close of the argument on this motion, I purposely raised the issue of the bill of costs with counsel for the Department. There were no comments on the bill as submitted by the applicant. No objection was taken to the time spent or the hourly rate charged that was outlined in the bill of costs. As I have already said, I cannot award costs on a solicitor-client basis, I cannot seek to compensate fully; as suggested by the author Orkin, I would be substituting costs for damages. This is not my intent nor my purpose.

The bill itself does not seem to include any amounts for time spent prior to the commencement of the action. If such were the case, I would delete them. As I interpret the bill of costs, the time docketed does appear reasonable for the services rendered and I find as a fact that the hours claimed were from the time litigation was contemplated. The total bill for professional services and time spent up to the launching of this motion amounts to \$20,000. I fix and allow this sum at \$10,000. There is a claim for disbursements of \$1,341.17 which appears to be justifiable save and

-Les fonctionnaires du ministère du Revenu national ont convenu que RCP Inc. respectait tous les critères auxquels les importateurs doivent se conformer pour avoir droit au statut d'importateur exempt de droits.

-Il y a eu mauvaise foi évidente de la part du Ministère.

-Il y a eu des retards déraisonnables dans la révision et la modification de la politique avant que ne soient intentées les procédures;

-Les affidavits déposés en réponse par les fonctionnaires de Douanes et Accise étaient trompeurs.

Je suis convaincu que je peux, en l'espèce, tenir compte de la conduite antérieure des intimés ayant donné lieu au présent litige, et j'ai le devoir de prendre en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire et ce qui a amené l'action, l'obligation de contre-interroger longuement les témoins et le débat inhabituellement long sur les dépens. Pour ces motifs et pour les autres raisons déjà soulignées, je vais exercer mon pouvoir discrétionnaire pour fixer une somme globale.

Vers la fin du débat sur la présente requête, j'ai délibérément soulevé la question du mémoire de frais à l'avocat du Ministère. Aucun commentaire n'a été formulé sur le mémoire soumis par la requérante. On n'a contesté ni le nombre d'heures de travail ni le taux horaire qui sont mentionnés dans le mémoire de frais. Comme je l'ai déjà dit, je ne peux adjuger les dépens sur la base procureur-client, je ne peux chercher à indemniser entièrement; car comme l'a laissé entendre l'auteur Orkin, je substituerai alors les dépens aux dommages-intérêts. Ce n'est là ni mon intention ni mon but.

Le mémoire lui-même ne semble pas inclure quelque somme que ce soit pour des heures travaillées avant l'introduction de l'action. Si tel était le cas, je les supprimerais. Suivant mon interprétation du mémoire de frais, le temps consigné semble raisonnable eu égard aux services rendus et je conclus au fait que le nombre d'heures réclamées a été calculé à partir du moment où le litige a été envisagé. Le montant total du compte pour les services professionnels et pour le temps consacré jusqu'à l'introduction de la présente requête s'élève à 20 000 \$. Je fixe et adjuge cette somme à

except the claim for photocopies for \$422.55. I hereby reduce this amount to \$100 and allow disbursements in the amount of \$1,018.62.

This motion for costs lasted two full days. No doubt it required extensive preparation by counsel for the applicant. I hereby fix and allow a lump sum of \$2,500 for this motion.

10 000 \$. On réclame des débours de 1 341,17 \$ qui semblent justifiables, à l'exception de la réclamation des frais de photocopies de 422,55 \$. Je réduis donc cette somme à 100 \$ et accorde à titre  
*a* de débours la somme de 1 018,62 \$.

La présente requête quant aux dépens a duré deux jours entiers. Il ne fait pas de doute qu'elle a imposé un travail de préparation considérable à l'avocat de la requérante. Je fixe et adjuge par la  
*b* présente une somme globale de 2 500 \$ pour la présente requête.