

Édouard Bourque and Paul Bourque (*Appellants*)

v.

National Capital Commission (*Respondent*)

Court of Appeal, Jackett C.J., Cameron and Sweet D.JJ.—Ottawa, April 25, 1972.

Practice—Costs—Jurisdiction—Judgment of Exchequer Court—Taxation of—Application of Federal Court Rules.

On June 9, 1970, the Exchequer Court gave judgment with costs for defendants in an expropriation action. On June 1, 1971, the *Federal Court Act* came into force. In August 1971 defendants applied to the Trial Division of this Court for an order for taxation of the costs on the Exchequer Court scale. The Trial Division dismissed the application.

Held, dismissing an appeal, there is no authority for this motion before the costs have been taxed.

Seem, there is no apparent difference in the scale of fees payable to expert witnesses under the Exchequer Court Rules (Tariff A, item 42, par. 3) and the Federal Court Rules (Tariff A, par. 4(2) and Tariff B, par. 2(2)).

Seem also, those parts of the Federal Court Rules as to amounts and procedure on a taxation of costs are retrospective, being matters of procedure.

Wright v. Hale (1860) 30 L.J.Ex. 40, referred to.

APPEAL from Trial Division.

H. Soloway, Q.C. for appellants.

George Ainslie, Q.C., and *Eileen Mitchell Thomas, Q.C.* for respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JACKETT C.J. (orally)—In an expropriation case, judgment was delivered by the Exchequer Court of Canada on June 9, 1970, which judgment provided *inter alia* that, "The defendants are entitled to recover their costs after taxation". The defendants in that action are the appellants in this appeal. When the *Federal Court Act* came into force on June 1, 1971, those costs had not been taxed. In August, 1971, the appellants made a motion before the Trial Division for an order directing that the defendants' party and party bill of costs, including fees to expert witnesses, be taxed on the scale of fees allowed in the Exchequer Court of

Édouard Bourque et Paul Bourque (*Appellants*)

c.

La Commission de la Capitale nationale (*Intimée*)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett et les juges suppléants Cameron et Sweet—Ottawa, le 25 avril 1972.

Pratique—Dépens—Compétence—Jugement de la Cour de l'Échiquier—Taxation—Application des règles de la Cour fédérale.

Le 9 juin 1970, la Cour de l'Échiquier a rendu un jugement avec dépens au profit des défendeurs à une action en expropriation. Le 1^{er} juin 1971, la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur. En août 1971, les défendeurs ont demandé à la Division de première instance de la présente Cour de rendre une ordonnance taxant les dépens d'après l'échelle qui était en vigueur à la Cour de l'Échiquier. La Division de première instance a rejeté la demande.

Arrêt: l'appel est rejeté. Il n'y a rien qui nous permet de statuer sur cette requête avant la taxation des dépens.

*Il sem*ble qu'il n'y a pas de différence apparente entre l'échelle des honoraires payables aux témoins experts en vertu des règles de la Cour de l'Échiquier (Tarif A, article 42, al. 3) et celle établie par les règles de la Cour fédérale (Tarif A, al. 4(2), et Tarif B, al. 2(2)).

*Il sem*ble également que les règles de la Cour fédérale qui traitent des montants et de la procédure de taxation des dépens sont rétroactives, car il s'agit de questions de procédure.

Arrêt cité: *Wright c. Hale* (1860) 30 L.J.Ex. 40.

APPEL de la Division de première instance.

H. Soloway, c.r. pour les appelants.

George Ainslie, c.r. et *Eileen Mitchell Thomas, c.r.* pour l'intimée.

Jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Lors d'une affaire d'expropriation, la Cour de l'Échiquier du Canada a rendu, le 9 juin 1970, un jugement qui prévoyait, entre autres, que «les défendeurs ont le droit de recouvrer leurs frais après taxation». Les défendeurs à cette action sont les appelants au présent appel. Lorsque la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971, ces frais n'avaient pas été taxés. En août 1971, les appelants ont présenté une requête devant la Division de première instance en vue d'obtenir une ordonnance donnant des instructions pour que l'état de frais entre les parties défenderesses, y compris les

Canada on June 9, 1970, when judgment was pronounced. That motion was dismissed "subject to a reference of the taxation to the designated officer of the Court . . ." by a judgment of the Trial Division delivered on August 23, 1971. This is an appeal from that judgment.

The motion made in the Trial Division was apparently designed to raise, and have determined, the question of law as to whether the Rules of Court adopted under the *Federal Court Act* or those previously in force apply to the taxation of the costs awarded by the judgment in this expropriation case. We know of no authority for such a motion and, on that ground alone, we are of the view that the motion was rightly dismissed.

Whether the Exchequer Court Rules or the Federal Court Rules are applicable to the taxation of costs awarded to the appellants, the procedure is substantially the same. The party entitled to costs may proceed to taxation of his costs before a taxing officer and, if dissatisfied with the taxation, he is entitled to a review of the taxation by the Court. This appears from Rule 263 of the Exchequer Court Rules, which reads as follows:

263. All costs between party and party shall be taxed pursuant to Tariff A contained in the Appendix to these Rules. Such costs shall be taxed by the Registrar or by his Deputy, and they shall be the Taxing Officers of the Court, exercising exclusive authority in respect of such taxation; subject, however, to review by the Court.

and from Rule 346(2) of the Federal Court Rules, which reads as follows:

Rule 346. (2) Costs shall be taxed by

- (a) a prothonotary, each of whom is a taxing officer, or
- (b) an officer of the Registry designated by order of the Court as a taxing officer,

subject to review by the Court upon the application of any party dissatisfied with such a taxation.

Not only are we unaware of any provision in either set of Rules for an application to the

honoraires des témoins experts, soit taxé d'après l'échelle des honoraires en vigueur à la Cour de l'Échiquier du Canada le 9 juin 1970, date à laquelle le jugement a été prononcé. La Division de première instance, dans un jugement rendu le 23 août 1971, a rejeté cette requête [TRADUCTION] «tout en prévoyant le renvoi de la question de la taxation aux fonctionnaires désignés de la Cour . . .». Le présent appel porte sur ce jugement.

La requête présentée devant la Division de première instance avait apparemment pour objet de soulever et de faire trancher la question de droit portant sur le point de savoir si ce sont les règles de la Cour adoptées en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* ou celles qui étaient antérieurement en vigueur qui s'appliquent à la taxation des frais accordés par le jugement de cette affaire d'expropriation. Il n'existe, selon nous, rien qui puisse justifier une telle requête et, pour ce seul motif, nous sommes d'avis que la requête a été rejetée à bon droit.

Que ce soient les règles de la Cour de l'Échiquier ou celles de la Cour fédérale qui s'appliquent à la taxation des frais accordés aux appellants, la procédure est essentiellement la même. La partie ayant droit aux frais peut réclamer la taxation de ses frais au fonctionnaire taxateur et, si elle n'est pas satisfaite de cette taxation, elle est fondée à la faire réviser par la Cour. Cette procédure découle de la Règle 263 des règles de la Cour de l'Échiquier, dont voici le texte:

263. Tous les frais entre parties doivent être taxés conformément au tarif A contenu dans l'Annexe des présentes règles. Ces frais sont taxés par le registraire ou le registraire adjoint. Ces derniers sont les fonctionnaires taxateurs de la Cour, exerçant une autorité exclusive à l'égard de cette taxation, sous réserve de révision par la Cour.

et de la Règle 346(2) des règles de la Cour fédérale, dont voici le texte:

Règle 346. (2) Les frais doivent être taxés par

- a) un protonotaire, chaque protonotaire étant un officier taxateur, ou
- b) un officier du greffe désigné par ordonnance de la Cour à titre d'officier taxateur,

sous réserve d'être révisés par la Cour sur demande d'une partie insatisfaite de cette taxation.

Non seulement nous ne connaissons dans aucun des deux recueils de règles de disposi-

Court for a decision on some question of principle before proceeding to taxation but we are of opinion that such a step is not advisable. Neither the parties nor the Court should be put to the expense and trouble of having questions of principle determined unless it becomes necessary to do so to determine the rights of the parties. Whether any such question is of any practical significance in this case cannot be ascertained until the appellants' costs have been taxed by a taxing officer.

In this case, the notice of motion makes special mention of "fees to expert witnesses", apparently on the basis that less will be taxable in respect of such fees under the new Rules than under the Exchequer Court Rules. It is not apparent to us that this is so. The applicable provision in Tariff A of the Exchequer Court Rules, which provides for fees to be allowed "in the taxation of costs between party and party", would seem to be the third paragraph of item 42, which reads as follows:

In expropriation cases, witnesses called upon to give opinion evidence as to the values of the land expropriated, in lieu of the *per diem* fee allowed to witnesses under Items 40, 41 and the first paragraph of Item 42, may be granted a special *per diem* fee for attendance in Court, plus an allowance for the time necessarily and usefully spent by them in viewing the property in question, for necessary searches at Registry Offices and for other necessary work done by them to assist them in arriving at their valuation of the expropriated property, such allowances to be fixed by the Taxing Officer subject to review by the Court.

In other words, it allows "a special *per diem* fee for attendance in Court, plus an allowance for the time necessarily and usefully spent . . . to assist them in arriving at their valuation . . . such allowances to be fixed by the Taxing Officer subject to review by the Court". In the Federal Court Rules, we find that paragraph 4(2) of Tariff A provides as follows:

(2) In lieu of making a payment under section 3, there may be paid to a witness who appears to give evidence as an expert a reasonable payment for the services performed by the witness in preparing himself to give evidence and giving evidence.

tions permettant de demander à la Cour de trancher une question de principe avant de procéder à la taxation, mais nous sommes d'avis qu'une telle démarche n'est pas judicieuse. Ni les parties ni la Cour ne doivent être contraintes de subir la dépense et l'ennui d'avoir à décider sur des questions de principe, à moins que cela ne devienne nécessaire pour fixer les droits des parties. Il n'est pas possible de savoir si une question semblable présente quelque intérêt pratique en l'espèce, avant la taxation des frais des appelants par un fonctionnaire taxateur.

En l'espèce, l'avis de requête insiste particulièrement sur les [TRADUCTION] «honoraires aux témoins experts», apparemment en considérant qu'à l'égard de ces honoraires, la taxation sera moins élevée en vertu des nouvelles règles qu'elle ne l'aurait été en vertu des règles de la Cour de l'Échiquier. Il ne nous semble pas qu'il en soit ainsi. La disposition applicable du tarif A des règles de la Cour de l'Échiquier, prévoyant les honoraires à allouer «dans la taxation des frais entre parties», semble être le troisième alinéa de l'article 42, dont voici le texte:

Dans les causes en expropriation, il peut être accordé aux témoins appelés à exprimer leur avis sur les valeurs des terrains expropriés, au lieu de l'indemnité *per diem* consentie aux témoins sous le régime des articles 40, 41 et du premier paragraphe de l'article 42, une indemnité *per diem* spéciale pour leur présence devant le tribunal, plus un montant pour le temps qu'ils ont nécessairement et utilement consacré à visiter la propriété en question, pour les recherches nécessaires aux bureaux d'enregistrement et pour tout autre travail nécessaire qu'ils accomplissent en vue d'établir leur estimation de la propriété expropriée, lesdits montants devant être fixés par l'officier taxateur, sous réserve de révision par la Cour.

En d'autres termes, cet alinéa accorde «une indemnité *per diem* spéciale pour leur présence devant le tribunal, plus un montant pour le temps . . . nécessairement et utilement consacré . . . en vue d'établir leur estimation . . . lesdits montants devant être fixés par l'officier taxateur, sous réserve de révision par la Cour». Dans les règles de la Cour fédérale, nous trouvons l'alinéa 4(2) du tarif A, qui prévoit ce qui suit:

(2) Au lieu de faire un versement aux termes de l'article 3, la partie peut verser à un témoin qui comparait pour déposer en qualité d'expert une somme raisonnable en compensation de ce que le témoin a dû faire pour se préparer à déposer et pour déposer.

and that Tariff B, which regulates the amounts that may be allowed in a party and party taxation, provides (paragraph 2(2)) as follows:

2. (2) *Disbursements*

(a) all disbursements made under Tariff A may be allowed, except that payments to a witness under paragraph 4(2) may only be allowed to the extent directed by the Court under Rule 344(7),

(b) such other disbursements may be allowed as were essential for the conduct of the action.

(It is true that this provision contemplates a direction from the Court within a time that has expired in this case but we have no doubt that such time would be extended, in the circumstances of this case, under Rule 3(c)). It is not apparent that the amounts that would be allowed for expert witnesses in an expropriation case under the Federal Court Rules are either more or less than they would be under the Exchequer Court Rules.

In the circumstances, it is preferable not to express an opinion on the question of principle that was argued on the motion in the Trial Division. That should be left until it arises in an appeal where it is not merely an academic question and after the parties whose rights will be affected have had an opportunity to be heard. It is not an easy question upon which to reach a conclusion. We are particularly impressed by certain of the decisions cited by the parties, such as: *Delap v. Charlebois* (1899) 18 P.R. 417; *Earle v. Burland* (1904) 8 O.L.R. 174; *Des Brisay v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* [1940] 4 D.L.R. 171; and *Gar Wood Industries v. Sicard Ltée* [1950] Ex.C.R. 136. On the other hand, the principle established as long ago as 1860 in *Wright v. Hale* 30 L.J.Ex. 40, was not discussed in those cases and is still regarded, by at least one authority, as good law. See *Maxwell on Interpretation of Statutes* 12th ed., p. 224, where it is said that "Statutes affecting costs are of a procedural nature for the purposes of the rules about retrospectivity". In *Wright v. Hale*, Pollock C.B. said at p. 42:

Le tarif B, qui régit la question des sommes pouvant être accordées pour les frais taxés entre parties, prévoit, (alinéa 2(2)), ce qui suit:

2. (2) *Débours*

a) tous les débours visés au tarif A peuvent être accordés; toutefois les paiements faits à un témoin aux termes du paragraphe 4(2) ne peuvent être accordés que dans la mesure où la Cour le permet en vertu de la Règle 344(7),

b) peuvent également être accordés les autres débours qui, selon la conviction du fonctionnaire taxateur, étaient essentiels à la conduite de l'action.

(Il est vrai que cette disposition prévoit que la Cour donnera des instructions dans un délai qui est expiré en l'espèce, mais nous ne doutons pas que ce délai serait prolongé, dans les circonstances de l'espèce, aux termes de la Règle 3c.) Il ne nous semble pas que les sommes qui peuvent être accordées aux témoins experts dans une action en expropriation sont plus ou moins élevées en vertu des règles de la Cour fédérale qu'elles ne l'auraient été en vertu des règles de la Cour de l'Échiquier.

Dans ces conditions, il est préférable de ne pas formuler d'opinion sur la question de principe qu'on a plaidée lors de la requête devant la Division de première instance. Il convient de laisser de côté cette question jusqu'à ce qu'elle se pose dans un appel où elle ne sera pas purement et simplement une question abstraite et on la tranchera après avoir fourni aux parties dont les droits seront en cause l'occasion d'être entendues. Ce n'est pas une question sur laquelle il est facile de conclure. Nous avons été particulièrement frappés par un certain nombre de décisions que les parties ont citées, comme les arrêts: *Delap c. Charlebois* (1899) 18 P.R. 417; *Earle c. Burland* (1904) 8 O.L.R. 174; *Des Brisay c. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* [1940] 4 D.L.R. 171; et *Gar Wood Industries c. Sicard Ltée* [1950] R.C.É. 136. Par ailleurs, le principe établi dès 1860 dans l'arrêt *Wright c. Hale* 30 L.J.Ex. 40, n'a pas été discuté dans ces affaires et est encore considéré, au moins par une autorité, comme valide. Voir *Maxwell on Interpretation of Statutes* 12^e éd., p. 224, où on lit que [TRADUCTION] «les lois relatives aux frais sont par nature des lois de procédure aux fins des règles concernant la rétroactivité». Dans l'arrêt *Wright c. Hale*, le juge Pollock C.B. a déclaré à la page 42:

I have always understood that there is a considerable difference between laws which affect the vested rights and interests of parties, and those laws which merely affect the proceedings of Courts; as, for instance, declaring what shall be deemed good service, what shall be the criterion of the right to costs, how much costs shall be asked, the manner in which witnesses shall be paid, or what witnesses the party shall be entitled to, and so on. For instance, if an act of parliament were to say that in matters of mere opinion and judgment, no person shall be allowed to call more than three witnesses, I think that would apply to all actions, whether then pending or thereafter to be brought. It would be a matter regulating the practice; and I think you could not with any propriety say, "I had the right to call as many witnesses as I thought necessary to establish my case, and I wished to have called ten surveyors, ten brokers, ten ship's husbands, and so on." I do not think that a matter of that sort can be called a right, nor do I think the title to costs can be called a right in any sense in which Lord Coke in his *Institutes*, or my Lord Chief Justice Truro, in the case referred to by Mr. Chambers, has spoken of rights. I think that where an act of parliament alters the proceedings, which are to obtain in the administration of justice, and does not specially say that it shall not apply to any action already brought, but merely causing the operation to pause for a certain time, and giving an opportunity for parties to retire from suits, it applies to actions already brought.

We should have thought that, at the very least, those parts of the new rules that lay down the procedure for taxing costs are retrospective in nature and it would seem difficult, in many cases, to separate the rules for determining amounts from the procedure. This is particularly so where there has been a change from having the discretion as to amounts vested in the taxing officer to vesting it in the Court, which is one of the most important changes resulting from the substitution of the Federal Court Rules for the Exchequer Court Rules. When the matter finally comes to be determined it may well be that the conclusion of the Associate Chief Justice that the matter is settled by section 62(6) of the *Federal Court Act* will be adopted. It may also be that provisions of the *Interpretation Act*, such as sections 35, 36 and 37, will have some bearing on the matter.

In our view the appeal should be dismissed but, as it was not resisted, without costs.

[TRADUCTION] J'ai toujours constaté qu'il existe une différence considérable entre les lois qui concernent les droits et les intérêts acquis des parties et celles qui concernent purement et simplement la procédure des tribunaux, comme, par exemple, le fait de déclarer ce qui sera réputé être une signification valable, quel sera le critère du droit aux frais, à combien s'élèveront les frais réclamés, la manière selon laquelle les témoins seront payés, ou à quels témoins les parties auront droit de faire appel et ainsi de suite. Par exemple, si une loi du parlement devait déclarer qu'en matière de pur et simple exposé des motifs et de jugement, nul ne pourra citer plus de trois témoins, je pense que cela s'appliquerait à toutes les actions, qu'elles soient pendantes ou qu'elles doivent être intentées par la suite. Ce serait une question fixant des règles de procédure; et je crois qu'on ne pourrait dire avec justesse: «j'avais le droit de citer autant de témoins que je le jugeais nécessaire pour établir les faits et je souhaitais citer dix géomètres, dix courtiers, dix capitaines d'armement et ainsi de suite». Je ne pense pas qu'une chose de ce genre puisse être appelée un droit, et je ne pense pas davantage que le titre à se voir allouer les frais puisse être appelé un droit au sens où Lord Coke dans ses *Institutes*, ou mon juge en chef Lord Truro dans l'affaire que cite M. Chambers, a parlé de droits. Je pense que, lorsqu'une loi du parlement modifie les procédures qui doivent prévaloir dans l'administration de la justice et lorsqu'elle ne prévoit pas spécialement que cela ne s'appliquera pas à toute action déjà intentée, mais lorsqu'elle en fait cesser purement et simplement le fonctionnement pendant un certain temps et donne la possibilité aux parties de retirer leur poursuite, cela s'applique aux actions déjà intentées.

Nous pensons que tout au moins les parties des nouvelles règles qui fixent la procédure de taxation des frais sont rétroactives de par leur nature et il semble difficile, dans de nombreux cas, de séparer les règles qui servent à déterminer les sommes de celles de la procédure. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il y a un changement dans le pouvoir discrétionnaire relatif aux sommes qu'il appartenait aux fonctionnaires taxateurs de fixer et qui passe à la Cour, ce qui est l'un des plus importants changements résultant du remplacement des règles de la Cour de l'Échiquier par celles de la Cour fédérale. Alors que l'affaire sera en définitive tranchée, il est fort possible qu'on adopte la conclusion du juge en chef adjoint selon laquelle la question est réglée à l'article 62(6) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il se peut également que certaines dispositions de la *Loi d'interprétation*, comme les articles 35, 36 et 37, aient une certaine influence en ce domaine.

A notre avis, il y a lieu de rejeter l'appel, mais, en l'absence d'opposition, sans frais.